

internetowy
KWARTALNIK

4(12)

2023

ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

SERIA ANTYMONOPOLOWA

- Sądowa kontrola decyzji Prezesa UOKiK w sprawach koncentracji – wybrane aspekty w oparciu o najnowsze orzecznictwo (sprawy *Agora/Eurozet* oraz *Orlen/Polska Press*)
- Legal Tests and the Object–Effect Dichotomy under Article 102 TFEU
- The Road to Prosperity. Reflections on Polish Antitrust in Turbulent Times
- Dopuszczalne formy pomocy państwa na rzecz linii lotniczych w dobie pandemii COVID-19 (część I)
- Znaczenie niezależności Prezesa UKE dla realizacji unijnych praw podstawowych na przykładzie postępowania karowego prowadzonego na podstawie prawa telekomunikacyjnego
- Odpowiedzialność karnoadministracyjna kierownika operatora usługi kluczowej za niezachowanie należytej staranności

ISSN 2299-5749

internetowy

KWARTALNIK

ANTYMONOPOLOWY I
REGULACYJNY

4(12)

2023

146. publikacja Programu Wydawniczego CARS

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

Redaktor statystyczny: prof. dr hab. Jerzy Wierziński

Redaktor językowy: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 4.0 Polska

Redakcja: Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS);

PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-126;

www.ikar.wz.uw.edu.pl

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

Wydawca: 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

e-mail: 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.

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

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

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

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

Dr **Michał Będkowski-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.

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

Dr hab. **Marzena Czarnecka**, prof. ucz. (kierownik Katedry Transformacji Energetycznej Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczna ds. regulacji sektora elektroenergetycznego i odnawialnych źródeł energii; e-mail: marzena.czarnecka@ue.katowice.pl.

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

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.

Dr **Marcin Kraśniewski** (adiunkt w Katedrze Transformacji Energetycznej Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczny ds. regulacji sektora gazowego, ciepłowniczego i paliwowego; e-mail: mar.krasniewski@gmail.com.

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

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

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.

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

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

Spis treści

Prawo ochrony konkurencji, sądownictwo, orzecznictwo i administracyjne prawo gospodarcze (od redaktora prowadzącego)	5
---	---

Artykuły

Jan Polański, The Road to Prosperity. Reflections on Polish Antitrust in Turbulent Times	7
Ioannis Apostolakis, Legal Tests and the Object–Effect Dichotomy under Article 102 TFEU.	31
Jadwiga Urban-Kozłowska, Dopuszczalne formy pomocy państwa na rzecz linii lotniczych w dobie pandemii COVID-19 (część I).	46
Michalina Szpyrka, Znaczenie niezależności Prezesa UKE dla realizacji unijnych praw podstawowych na przykładzie postępowania karowego prowadzonego na podstawie prawa telekomunikacyjnego	62
Mariusz Czyżak, Odpowiedzialność karnoadministracyjna kierownika operatora usługi kluczowej za niezachowanie należytej staranności.	83

Przegląd prawa i orzecznictwa

Anna Celejewska-Rajchert, Filip Drgas, Sądowa kontrola decyzji Prezesa UOKiK w sprawach koncentracji – wybrane aspekty w oparciu o najnowsze orzecznictwo (sprawy <i>Agora/Eurozet</i> oraz <i>Orlen/Polska Press</i>)	97
---	----

Sprawozdania

Sprawozdanie z międzynarodowej konferencji pn. „Antitrust Private Enforcement: Lessons for Poland”, Warszawa, 30 maja 2023 roku (Szymon Gołębiowski, Marcin Alberski)	117
--	-----

Contents, Summaries and Key Words	120
--	-----

Prawo ochrony konkurencji, sądownictwo, orzecznictwo i administracyjne prawo gospodarcze (od redaktora prowadzącego)

Nikt zapewne nie ma wątpliwości, że w krajowym i unijnym prawie ochrony konkurencji zachodzą dynamiczne zmiany. Nie będzie przesadne stwierdzenie, że są one w znacznej mierze związane z ekspansją prawa ochrony konkurencji w szerokim znaczeniu. Nawet bowiem w chwili, gdy piszę ten wstęp, na LinkedIn rozgorzała dyskusja o ostatnich zmianach w prawie Unii Europejskiej, a wyraz „gatekeeper” wydaje się pojawiać z ogromną częstotliwością. Nie można jednak ulec wrażeniu, że obrany głównie przez Komisję Europejską kierunek rozwoju tej dziedziny prawa jest pokłosiem osiągnięcia stanu, jeśli nie idealnego, to przynajmniej *equilibrium* w prawie antymonopolowym Unii Europejskiej (względnie również krajowym). Być może nawet na prawo ochrony konkurencji powinno się coraz częściej spoglądać z perspektywy prawa gospodarczego publicznego czy gospodarczego prawa administracyjnego i to wbrew dającemu się odczuciu poczuciu odrębności, by nie powiedzieć „ekskluzywności”, prawa ochrony konkurencji oraz jego poniekąd hermetycznej – do pewnego stopnia – charakterystyki.

Powyższy akapit nawiązuje do podwójnej natury zeszytu, który właśnie Państwo albo przeczytaliście z takim zainteresowaniem, że uznaliście, iż warto nawet zapoznać się ze słowem wstępnym redaktora prowadzącego, albo od tej części zaczynacie, aby zorientować się jakie treści zechcieli Państwu przekazać Autorzy i jaki jest przewodni temat niniejszego numeru iKAR-a. I właśnie w tym miejscu dochodzi do częściowego rozejścia się planowanego motywu przewodniego zeszytu i jego ostatecznego kształtu, o czym winien jestem Państwu kilka słów wyjaśnienia.

W odpowiedzi na rozrastającą się w naszym środowisku debatę o sądownictwie, o jego roli, o zagrożeniach dla jego działalności i naszych względem niego oczekiwaniach moim założeniem było zebranie różnorodnych tekstów traktujących o orzecznictwie i judykaturze w ramach szeroko pojętego prawa ochrony konkurencji. Tej wszechobecnej potrzeby zabierania głosu w tej problematyce nie udało się jednak przenieść z sal konferencyjnych, postów na LinkedIn czy rozmów kularowych na karty periodyku naukowego poświęconego przecież materii antymonopolowo-regulacyjnej. Dlatego cieszy mnie, że zeszyt ten zawiera tak cenny głos w owej dyskusji, jakim jest artykuł Anny Celejewskiej-Rajchert oraz Filipa Drgasa, którzy dotyczą pryncypialnego zagadnienia kontroli sądowej decyzji krajowego organu antymonopolowego przez pryzmat wybranych spraw.

Nie oznacza to bynajmniej, że wątek sądów i orzecznictwa jest obcy pozostałym tekstom – aczkolwiek nie pojawia się on już jako leitmotyw. I właśnie to daje asumpt dającej się zauważyć podwójnej natury niniejszego zeszytu – obok tego znaczącego akcentu dotyczącego sądownictwa, Autorzy w pozostałych tekstach poruszyli całą paletę tematów, które świadczą o tym, że w prawie ochrony konkurencji jest jeszcze nie tylko wiele kwestii do przedyskutowania, nawet w zakresie podstawowych – wydawałoby się – spraw, lecz także że wspomniana już perspektywa gospodarczego prawa administracyjnego znajduje swoje uzasadnienie.

Do rozmowy wokół problemów prawa ochrony konkurencji zachęcają między innymi tekst Jana Polańskiego, który dzieli się swymi refleksjami o polskim prawie antytrustowym, nakreślając możliwie też jego przyszłość, jak również wywody prowadzone przez Ioannisa Apostolakis o dychotomii naruszeń art. 102 TFUE ze względu na cel i skutek. Z kolei Jadwiga Urban-Kozłowska w dwuczęściowym artykule obszernie i skrupulatnie opracowała temat form pomocy państwa na rzecz linii lotniczych w dobie pandemii COVID-19. W niniejszym numerze znajdziecie Państwo pierwszą część tego opracowania.

Teksty Michaliny Szpyrki oraz Mariusza Czyżaka poświęcone, odpowiednio, znaczeniu niezależności Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz przewidzianej ustawą o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa odpowiedzialności karnoadministracyjnej kierownika operatora usługi kluczowej stanowią znakomite przykłady potwierdzające, że w ramach administracyjnego prawa gospodarczego nie istnieją „samotne wyspy”, a wyzwania poszczególnych wycinków tej przestrzeni prawa są nierzadko do siebie zbliżone. Dyskurs nie powinien się zatem odbywać z pominięciem tych wycinków, a cel konwergencji administracyjnego prawa gospodarczego nie jest celem samym w sobie, lecz naturalną konsekwencją i potrzebą zagwarantowania pewności i jedności prawa.

Zeszyt zamyka sprawozdanie autorstwa Szymona Gołębiowskiego i Marcina Alberskiego z majowej konferencji poświęconej prywatnoprawnemu wdrażaniu prawa konkurencji. Szczególnie osoby, które z różnych przyczyn nie mogły wziąć udział w wydarzeniu, zyskują możliwość zapoznania się z najważniejszymi informacjami o jego przebiegu i pojawiających się w jego toku referatach i niektórych konkretnych тезach.

Na koniec pragnę jeszcze zwrócić Państwa uwagę, że zmiany dotknęły nie tylko samej litery czy stosowania prawa ochrony konkurencji. W tegorocznych zeszytach *internetowego Kwartalnika Antymonopolowego i Regulacyjnego* możecie bowiem Państwo znaleźć także artykuły anglojęzyczne. Nie inaczej jest w niniejszym numerze, który zawiera dwa takie teksty. Jestem przekonany, że wszyscy będziemy beneficjentami otwarcia się iKAR-a na taką zmianę, a dowodem tego niech będą artykuły, które znajdują się bezpośrednio na kolejnych stronach.

Kraków, 1 września 2023 roku

dr Kamil Dobosz
Katedra Polityk Regulacyjnych
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2438-6369>

Jan Polański*

The Road to Prosperity. Reflections on Polish Antitrust in Turbulent Times

Table of contents

- I. Introduction
- II. Roads ahead
 1. Where are we?
 2. The role of antitrust
 3. Antitrust dead-ends
- III. Changes
 1. Negative changes
 - 1.1. Collective body
 - 1.2. Advisory board
 2. Positive changes
 - 2.1. Confidentiality claims
 - 2.2. Settlements
 - 2.3. Non-leniency whistle-blowers
 3. To be considered
 - 3.1. Hearing officer
 - 3.2. Non-economic interests
- IV. Antitrust and the “longue durée”
 1. Antitrust and power
 2. Antitrust and institutions
- V. Conclusion

Summary

The “end of history”, which was once speculated, did not happen. In international politics, this resulted in much turbulence, in particular in 2022. In antitrust, in turn, there is a renewed interest in discussing its goals and assessment methods. When it comes to international politics and military reforms, Poland has taken important actions to ensure that in spite of the turbulent times, it will still take further steps on the road to prosperity, on which it had embarked in 1989. Less has been said about economic policy. Yet, it is economic policy that provides a solid base for an active international policy and the creation of a prosperous society. This article constitutes part of a “scoping exercise” aimed at facilitating a debate over antitrust policy in Poland. As a discursive

* Antitrust Policy Advisor, Polish Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK). The views expressed in this text are the author's own and do not necessarily reflect those of the Polish Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4048-1860>. 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.

text, it considers a number of more technical proposals that have been made in the last few years, and highlights some systemic issues that deserve further discussion. It concludes that even if none of those issues currently attract the attention of the general public in Poland, this does not mean that no discussion should take place.

Key words: antitrust enforcement; antitrust policy; antitrust reform; economic policy; effective enforcement; due process; non-economic goals.

JEL: K21

Droga do pomyślności. Refleksje na temat polskiego prawa antymonopolowego w trudnych czasach

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Drogi przed nami
 1. Gdzie jesteśmy?
 2. Rola prawa antymonopolowego
 3. Antymonopolowe ślepe uliczki
- III. Zmiany
 1. Zmiany negatywne
 - 1.1. Organ kolegialny
 - 1.2. Rada doradcza
 2. Zmiany pozytywne
 - 2.1. Ograniczenia prawa wglądu
 - 2.2. Rozwiązania ugodowe
 - 2.3. Sygnaliści
 3. Zmiany do rozważenia
 - 3.1. Urzędnik do spraw wysłuchań
 - 3.2. Interesy pozaekonomiczne
- IV. Prawo antymonopolowe a „longue durée”
 1. Prawo antymonopolowe a władza
 2. Prawo antymonopolowe a instytucje
- V. Wnioski

Streszczenie

Zapowiadany kiedyś „koniec historii” nie nastąpił. Skutkiem powyższego, w szczególności w 2022 r., stały się istotne zawirowania na arenie międzynarodowej. Z kolei w prawie antymonopolowym odżywa zainteresowanie dyskusjami na temat jego celów oraz metod oceny. W odniesieniu do polityki międzynarodowej i reform wojskowych, w Polsce podjęto istotne kroki, mające sprawić,

że mimo trudniejszych czasów, Polska nadal będzie podążać obroną w 1989 r. „drogą do pomysłowości”. Mniej mówi się jednak o polityce gospodarczej. Niemniej to polityka gospodarcza dostarcza solidnych podstaw dla bardziej aktywnej polityki międzynarodowej i tworzenia prosperującego społeczeństwa. Niniejszy artykuł stanowi próbę ustalenia zakresu możliwej debaty na temat polityki antymonopolowej w Polsce. Będąc tekstem dyskursywnym, artykuł porusza temat kilku bardziej „technicznych” propozycji, które przedstawiane były w ostatnich latach, a zarazem wskazuje na bardziej systemowe kwestie, które zasługują na dyskusję. Artykuł wskazuje, że nawet jeżeli tematy te nie koncentrują dziś uwagi szerzej pojętej opinii publicznej w Polsce, nie oznacza to, że dyskusja w tym zakresie nie powinna się toczyć.

Słowa kluczowe: wdrażanie prawa antymonopolowego; polityka antymonopolowa; reformy antymonopolowe; polityka gospodarcza; skuteczne wdrażanie prawa; sprawiedliwość proceduralna; cele pozaekonomiczne.

I. Introduction

Shortly after the adoption of the 2014 amendment to the Polish Competition Act, Tadeusz Skoczny remarked that each legislative change paves the way for further improvements.¹ Taking into account that in March 2023 the Polish parliament adopted an amendment implementing the ECN+ directive, it is a good moment to start reflecting on what improvements might still be needed. It is also a good opportunity to respond to Aleksander Stawicki’s (2021a) invitation to a discussion about the direction into which Polish antitrust should go.

In this article, I allow myself to comment on some of proposals made by Stawicki and to share my own thoughts. While the topic concerns Polish antitrust and issues that are mostly national by nature, I suggest to continue this discussion in English. First, because this will make it easier for non-Polish researchers interested in national developments to keep track on what is happening in Poland. Second, the Polish NCA, along with other Polish government actors, is making attempts to strengthen regional cooperation (Cseres and Mazaraki, 2023) – having this discussion in English might be of help to all those who are also making efforts to improve their antitrust enforcement at national levels.

However, writing this article in English, I need to make a reservation: to keep the discussion dynamic, I do not explain all peculiarities and technicalities of Polish antitrust. In other words, this text takes the point of view of a person who is well-acquainted with the Polish legal framework and practicalities of antitrust enforcement in Poland. This might be an inconvenience for a non-Polish reader, yet still a step forward in making the Polish point of view more accessible.

Since Stawicki’s original article was more discursive rather than descriptive, I proceed in a similar way. In consequence, this article is not intended as a thorough academic analysis of all issues covered further on. It is instead part of a “scoping exercise” aimed at facilitating a debate over Polish antitrust. Being a form of such a scoping exercise, the article does not follow a classic structure of a step-by-step analysis, but is rather divided into three parts which serve following

¹ This remark was made during a 2015 conference hosted by the Polish NCA, and while I quote it from memory, a written report from the conference was published by Aziewicz and Szwedziak-Bork (2015).

purposes. First, I reflect on where we are with antitrust enforcement as of today – I try to capture what seems to me as a more elusive issue with Polish antitrust. The reader is invited to disagree on this snapshot of the status quo, as this part of the article is more rooted in my general perception of global trends and the zeitgeist of Polish antitrust enforcement during more or less the last decade. Based on this overview, I then discuss examples of possible changes (negative, positive, and more ambiguous) that could be brought to Polish antitrust with relatively low costs and considerable benefits, i.e. a proper net outcome. In the last part, I touch upon two more fundamental issues, which are however left with a more open-ended conclusion – this part is supposed to serve as a reminder and an invitation to look at Polish antitrust in a broader perspective than is often the case when concrete proposals of changes appear on the table.

II. Roads ahead

1. Where are we?

In his article, Stawicki asks: “where are we and where are we heading?”. Asked in 2021, this question felt different already in 2022, and it sounds even more different in 2023.

In my 2020 article on Neobrandeisianism (Polański, 2020a), to which Stawicki refers, I suggested that at least insofar the Neobrandeisians are concerned the answer to the question “where are we?” was “in a bad place”, and the answer to “where should we head?” was “somewhere else”, without the final destination being clearly defined.

I also pointed out that it might be that the discussions over antitrust that had started a few years ago are more special than similar discussions before. I argued that apart from internal factors (such as the validity of the Chicago interpretation of antitrust goals), those discussions might have been influenced by external factors and be part of broader global changes, both economic and political. I was pointing at domestic economic issues in the United States and growing geopolitical tensions between the United States and China.²

In his 2007 alternative history novel, *Ice*, Jacek Dukaj – a writer and thinker, whose scope of interest resembles that of Stanisław Lem – pictured a frozen world.³ A world that was covered in ice not just literally, but also in a “the end of history” type of feeling, with tsarist Russia still existing in the 1920s, Poland and other nations of the region never regaining (or gaining) their independence, and European powers remaining interlocked in their power struggle.⁴ Yet, ice started to melt. This process of melting described by Dukaj in 2007 feels very accurate in 2023.

There are “*decades where nothing happens; and there are weeks where decades happen*”.⁵ In February 2022, we likely witnessed decades happening when Russian troops advanced on Kiev and failed to capture it. Furthermore, in just last two years, a number of unprecedented developments took place. The United States imposed extraordinary measures with regard to semiconductors, which restrict trade with China (Yoon, 2022).⁶ The European Union proposed

² Tim Wu’s recent interview, which he gave after leaving the White House, provides valuable insights on the US perspective on the US-China rivalry (Foroohar, 2023a). More recently, the impact of geopolitics on economic and antitrust policy has also been noticed by e.g. Schrepel (2023).

³ The novel is unavailable in English as of 2023, yet it is expected to be published. Ukrainian, Russian, Bulgarian, and Czech translations are already available.

⁴ About “the end of history” in antitrust, see Khan (2020); Polański (2020a, p. 45); Polański (2021, p. 53).

⁵ Since this quote comes from Lenin, it might be prudent to point out that accurate observations are sometimes voiced by questionable authors; this reference should thus not be taken in any different way than e.g. Friedrich Hayek quoting Lenin in *The Road to Serfdom*.

⁶ On semiconductors, see also FP (2021).

its own Chips Act (Cerulus, 2022). Further, the United States enacted the Inflation Reduction Act, causing a negative reaction in those EU member states that so far have been expanding their position in the US market (Reuters, 2023). The European energy market undergone a shock therapy. Nord Stream, which in 2020 led to the imposition of the highest ever antitrust fine by the Polish Competition Authority, was (partially) blown up in 2022. Following economic sanctions imposed on Russia, dedollarisation might become a stronger trend (Rovnick and George, 2023). In the United States, it is discussed whether certain Chinese companies should be excluded from the US market for security reasons (Maheshwari and Holpuch, 2023). There is also a stronger push within the EU to relax state aid rules (Stolton, 2023).

Each of these developments could serve as a topic for a discussion on its own. However, one issue in particular appears to often remain under the radar. Less free trade might require more robust antitrust enforcement. Global free trade is a strong driver for competition – it is harder to cartelise a market, if there is competition from abroad.⁷ It is harder to be a monopolist, if markets are not protected by tariffs and other trade restrictions.

There is also a more elusive side to this issue. We might be entering a period when questions over optimal political and economic systems are more frequently asked. Aside from geopolitical tensions, this is influenced by technological changes (Orbach, 2017, pp. 11–24) and what can be seen as a crisis of democracy.⁸

While each generation's feeling that it lives in extraordinary times might be generally false (had everyone lived in extraordinary times, no one actually would), it might be true in the sense that each generation faces the same dilemma: are we heading in the right direction or not? Should we change something or ensure that nothing changes?⁹ Against this backdrop, the answer to the question of "where are we?" might be that we are at a crossroads – whether it is just one of many insignificant crossroads or a major one will likely be for history to tell. Still, while antitrust policy can only be understood backwards, it must be made forwards – and with this Kierkegaardian conclusion in mind, it would indeed be prudent to reflect on possible roads ahead.

2. The role of antitrust

It would be an overstatement to say that antitrust will have the most important role to play in the next few years. In particular from the point of view of Poland and other Central and Eastern European countries, security, military, and international factors might attract far more attention. Yet, the role of antitrust should not be underestimated. While Robert Bork has recently received much criticism, his account of the role of antitrust remains up to date: *"its mystique, its legends, its celebration by all branches of the federal government constitute an exceptionally potent educative*

⁷ The issue of free international trade is also closely linked to geopolitics. The 1907 memorandum by Eyre Crowe is probably the most well-known example of dilemmas faced by maritime powers (the UK in 1907, the US today) in the context of the system of free trade becoming an important source of growth for a competing power. On Crowe's memorandum see generally e.g. Kissinger (2012, pp. 514–527).

⁸ Insofar antitrust is concerned, the topic of democratic deficit in antitrust has been covered by e.g. First and Waller (2013) and Waller (2019). The issue of antitrust and democracy is often covered by Eleanor Fox, see e.g. Fox (2019). More recently, it has also been discussed by Crane (2022); the Polish reader might also be interested in an outline by Molski (2018). Bernatt (2022), on the other hand, discusses it from the point of view of illiberal democracy. My own use of the term "crisis of democracy" does not refer to what is often labelled as "populism" rather to the fact that political systems in a number of countries considered democratic proved to be unsustainable in the sense that they generated strong social tensions.

⁹ This dilemma might be extraordinary also in the sense that being unable to escape what Milan Kundera called the *"Einmal ist keinmal"* problem, each generation learns about its challenges on its own and has only one chance to make a decision.

force that affects our thought, for better or for worse in ways we do not fully realize, about all the aspect of society the law touches” (Bork, 1978/2021, p. 8).

Such issues as the role of competition, market power (or even private power more generally), the role of government with regard to markets, all present and fundamental in antitrust, impact the perception of other policies. In turbulent times, such as those as we see today (and might still see in the future), ensuring that antitrust plays an educative role is important.

It can be questioned though to what extent this educative role has been so far fulfilled in Poland and whether as of today antitrust is ready to play it (this, in fact, also concerns Europe in general, although Poland is my main focus in this article). Antitrust in Poland is hermetic and competition culture is not widespread. While e.g. Martyniszyn and Bernatt (2019, p. 58) note that one of the most significant successes of Polish antitrust is its vibrant antitrust community, it might also be that one of its largest failures is that antitrust remains a niche (this is not to cast blame, merely describe the situation).¹⁰

There are obviously many reasons for this. Partly, this has been a global trend (recall Hofstadter’s (1965/2008, p. 189) observation from the 1960s that the United States used to have an antitrust movement without litigation, but then happened to have antitrust litigation without a movement). Partly, it became overshadowed by consumer protection. There are likely other reasons as well.¹¹ Still, it can be argued that the way antitrust is “sold” to the wider public is ineffective.

A common way of explaining to the public why antitrust matters is by pointing out that it leads to lower prices and consumer welfare. This is true and important, but in the long run, this hardly sparks any emotion. While some argue that antitrust should operate “without romance” (Schrepel, 2020), this does not seem to be an effective way to build popular support or interest.¹²

¹⁰ There are, however, unexpected benefits from being a niche subject: remaining a niche area of interest, Polish antitrust managed to be largely insulated from interference that could bring it into a wrong direction.

¹¹ For instance, it can be argued that antitrust had to become a hermetic field, since it matured, see generally: Hovenkamp (2018, p. 636), saying e.g. “This Article began with a historical question about whatever happened to the antitrust movement. The short answer is that antitrust grew up. It ceased to be the stuff of political banners and loose rhetoric and turned into a serious discipline, applying defensible legal and empirical techniques to problems within its range of competence”. From a more Polish-centric point of view, one could also consider a suggestion made by Bernatt and Janik (2023, pp. 5, 39), which however does not directly concern the problem of antitrust being a niche, but a connected issue of the intensity of antitrust enforcement. In their 2023 working paper (which, obviously, should not be treated as a final product), Bernatt and Janik appear to suggest that weak antitrust enforcement is linked with what they call: “the political change that brought an illiberal party to power and resulted in significant personnel changes” and that enforcement reached its lowest level in 2016–2019. I do not share this reasoning in scientific terms. First, it appears to rest on a premise that the intensity of enforcement is properly reflected in the number of infringement decisions. In general terms, this is wrong – one can imagine a jurisdiction with very intense enforcement and no infringement decisions (in fact, if deterrence was perfect, there would be no infringements at all and hence no infringement decisions; still to achieve perfect deterrence, one might pursue a very intense enforcement policy). Furthermore, infringement decisions are in fact a glimpse into a more distant past, not the year in which a decision was issued. In other words, since investigations take considerable amount of time (let it be 3–4 years), the number of infringement decisions reflects the intensity of enforcement 3–4 years earlier. A more reliable marker of enforcement intensity would be e.g. the number of dawn raids, or a combination of a number of markers. Second, if one looks at the number of dawn raids, this picture becomes different: since around 2017, the number of dawn raids has grown to record levels, even despite unfavourable case law developments in 2017 and 2019 (for a discussion of some of those developments, see Polański, 2020b). Third, Bernatt and Janik do not take into account that significant personnel changes had taken place also before November 2015. This includes the highly unexpected removal of Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel from the position of the head of the authority in 2014 by (then) prime minister Donald Tusk, and the appointment of Adam Jasser to the position. In 2014, the (former) Deputy Director Agata Zawłocka-Turno moved from the Antitrust Department to the Legal Service, which left her previous post unoccupied. In 2015, the (former) Director of the Antitrust Department, Grzegorz Materna, left the authority to soon join Krasnodębska-Tomkiel’s law firm.

¹² There is an interesting parallel between effective antitrust advocacy and free market advocacy. For instance, faced with vanishing support for free market and liberal policies in the 1940s, Hayek was concluding that free market ideals lack a utopia (Burgin, 2012, p. 107). Such a utopia was soon depicted by Rand in her novels that promoted romantic heroes and an idealised vision of free market capitalism – a style which she discussed in more detail in her “The Romantic Manifesto” (Rand herself despised Hayek, as well as antitrust, but the point here is about argumentation styles). This further led to growing interest in free market policies under a phenomenon known as: “it usually begins with Ayn Rand” (for a general discussion of the phenomenon, see: Burns, 2009, pp. 247–278). Friedman, in turn, considered it desirable to picture some utopia, but distanced himself from the methods adopted by Rand (and Mises, whose method of argument was academic, yet based on “a priori” arguments), concluding that her abstract and romantic arguments make her an ineffective and marginalised advocate; he instead preferred combining a reference to some utopia with partial solutions that are politically achievable at a given time (Burgin, 2012, p. 196). Discussing this issue in a somewhat different context, Mirowski (2015, p. 441) argues that there have been two groups of neoliberal free market advocates: the “Pragmatists” and the “Romanticists”, forming a “Friedmanite and Hayekian wing” and/or two camps: followers of the Chicago School and followers of the Austrian School.

It is interesting to see how this perception of antitrust changed in Poland itself. If one looks into for instance an explanation of why antitrust matters included in one of Tadeusz Skoczny's works from the 1990s, his argument back then was that: "*this transformation* [that takes place in Central and Eastern Europe following the fall of communism] *consists in eliminating the causes and symptoms of centrally planned economies, and in creating foundations for a market economy based on competition, which in turn serves not only economic aims, but which also neutralises power. This is possible since competition in the market prevents the emergence of a position of economic power that threatens or even eliminates the freedom of others, in the first place just in the economic sphere, and then also when it comes to political rights*" (Skoczny and Janusz, 1995, p. 11).¹³ And yet, today a common narrative about antitrust in Poland is that: "antitrust is a restriction of freedom that is necessary to attain public goals".¹⁴ Surely, arguing that antitrust is a restriction of freedom is interesting on a theoretical level. Still, to see antitrust lawyers arguing that antitrust is desirable yet at the same time is a restriction of freedom is surprising, as it comes across almost as saying that: "we will take your freedom, but we will give you some glass and ceramic beads in exchange".

In the United States, scholars, like Luigi Zingales (2014), and advocates like Barry Lynn (2010, 2020), take a different route. They argue that antitrust is ultimately part of the American political tradition of liberty, with the American Revolution being a revolt against crony capitalism and monopolies, such as the East India Company.¹⁵ The US Supreme Court itself once remarked that antitrust is the Magna Carta of free enterprise.¹⁶ In the Polish political tradition, which prided itself on the concept of the Golden Liberty, and a system of *forma mixta*, one could attempt making a similar parallel with regard to antitrust serving as a contemporary balancing mechanism, yet one directed at private power.¹⁷ In any case, however, to fulfil its educative role not just within the hermetic circle of competition lawyers, but also outside it, **antitrust needs a story** – and the story that has been so far told is not the most appealing, taking into account what antitrust stands for.

3. Antitrust dead-ends

There are also perspectives, which I believe are ultimately unproductive when it comes to discussing current antitrust issues. In his article, Stawicki (2021a, p. 50) points out that: "*for a long time, there has been an ill-advised belief on the part of the legislator [parliament] that the fewer of those [defence] rights [afforded to undertakings], the better it is. I believe it is the other way around*". With much of Polish antitrust literature being developed by private practitioners, the "more rights are always better" position seems to be dominant in the Polish antitrust community; not to mention that arguing against such rights can be easily vilified.

¹³ A similar point with regard to political and economic transformations of the 1990s is made by Waller (2019, pp. 811–812).

¹⁴ I discussed this issue in Polański (2020a, pp. 65–68). See also, Bernatt (2011, p. 23).

¹⁵ As part of this approach, one could also see the popularisation of antitrust and making it a kitchen table topic, see Foroohar (2023b). On the popularisation of antitrust, see also Waller (2022), observing that: "*Pop culture and the depiction of the industrialists of the Gilded Age were an important part of the forces that created state and federal antitrust law in the first place*".

¹⁶ 405 U.S. 596, 610 (1972), *Topco*.

¹⁷ Tim Wu makes similar parallels in relation to the United States and its strong attachment to "checks and balances" in his arguments concerning regulation (Wu, 2011, pp. 300–321) and antitrust (Wu, 2018, p. 54). A non-Polish reader unfamiliar with Polish political tradition, and the fact that at its classic core it is often more similar to that of the English-speaking world rather than continental Europe, may find interesting following research: Wagner et al., 1958; Cole, 1999; Baluk-Ulewiczowa, 2009; Urbaniak et al., 2021; Frost, 2022.

Still, such a perspective fails to address any of the existential issues of antitrust policy. It does not offer any comprehensive framework to investigate antitrust issues, aside from creating a kind of presumption and expectation that further and further procedural rights will be granted.

This is not to say that this perspective is irrelevant, rather that there are no major, systemic problems with rights of defence in antitrust cases in Poland. In consequence, there are no obstacles that could be solved in that regard and lead to any major qualitative changes in antitrust enforcement.¹⁸ It is understandable that opinions are often presented in simplified ways (and there are surely claims made in this article itself that are simplified and not presented in a fully precise way), but it nonetheless seems relevant to point out that the position quoted above, if taken literally, is wrong.

An example might help illustrating why. The right to appeal is one of fundamental elements that reduce the risk of a wrongful finding of infringement. Thus, an undertaking may appeal an infringement decision to a court. And then to a second instance court. And subsequently to the Supreme Court. Yet, what about granting undertakings an even further right to appeal? And then a further and further one? Surely, there would be more rights and a very low risk of false positive errors, yet this would hardly be a good development for antitrust.

The point here is that enforcement systems are complex and they should be assessed **on a net basis**: what are the benefits of a particular change and what are possible costs and risks?¹⁹ There might be powers that are granted to an antitrust authority which generate small risks and/or prevent large losses; it might also be that certain rights afforded to undertakings make law ineffective thus increasing the risk of under-enforcement. This is not a simple tit-for-tat process that would result in e.g. granting another defence right, if a new power is granted to an authority (“the authority may now impose higher fines, so in exchange we want to have a broader legal professional privilege”).²⁰ A combination of the narrative that antitrust restricts freedom with the “more rights” narrative is a one way street towards marginalisation of antitrust. Such marginalisation, in turn, may create an antitrust vacuum that generates its own risks, since at the end of the day “*ideas have consequences*” (Polański, 2020a, p. 72).²¹

Against this backdrop, my view is that a discussion about the future of Polish antitrust should start with a recognition of why antitrust enforcement matters.²² From this follows the next step: achieving this goal at a possibly low cost, with the assessment of possible actions being made

¹⁸ Here, again, it should be stressed that it does not follow from this that no concerns over rights of defence are voiced by some authors. For instance, the issue of the privilege against self-incrimination was discussed at length in Polish literature (see e.g. Turno, 2009; Bernatt, 2011; Turno and Zawłocka-Turno, 2012; Stawicki, 2021b). Yet, any changes in that regard – even if deemed useful – cannot be seen as “major” or concerning “systemic” problems. As pointed out even by the advocates of introducing explicit anti-self-incrimination provisions into the Polish Competition Act, the privilege against self-incrimination is applicable in Poland as it follows from e.g. the European Convention on Human Rights (Stawicki, 2021b, p. 89). See also Section IV of this article in which the issue of more open-textured legislation and of the interplay between the legislative, executive, and judiciary branches is discussed.

¹⁹ Stawicki also remarks that “*certain equality of arms*” is advisable. This could be taken as an acknowledgment that a balanced approach is needed. Yet, he makes this point following the passage quoted earlier and it seems to be that it was not meant as an argument for a balanced approach, rather that “equality of arms” was used in the sense of defence rights.

²⁰ In his article, Stawicki asks whether a broader discussion about antitrust goals is taking place in Poland and if not, whether such lack of a discussion should be seen as “*shameful*”. It is noteworthy that while in many jurisdictions discussions are taking place regarding the role of antitrust in a changing world, the most hotly debated issue in Poland in 2023 was whether cursory look during dawn raids should be allowed; only a handful of private practitioners were pointing out that perhaps cursory look does not deserve the level of attention it received.

²¹ One of such risks is that once social tensions grow to the point where “something has to be done”, direct and more burdensome forms of regulation may become a tool to go. For a similar point being made by the Polish NCA, see OECD (2023c, pp. 15–16).

²² A recent background note prepared by the OECD (2023a) provides a useful overview of possible reasons for which antitrust might matter.

on a net basis.²³ Sticking to such a “net” approach, the next section discusses some of possible further changes to Polish antitrust. Most of them are of more technical nature. More fundamental issues are covered in Section IV.

III. Changes

The number of possible changes to Polish antitrust is large (in fact, it is infinite, insofar we speak about “possibilities”). Since this article is meant as an overview stimulating possible future discussion, this section includes a selection of changes that could be looked at under the net assessment approach outlined earlier.²⁴ It first outlines two negative changes that would likely bring fewer benefits than one can expect, and then three positive changes that might contribute to enforcement without possibly generating much controversy outside (or inside) the Polish antitrust community. The section closes with two proposals that would likely require more debate before being more seriously taken into account.

1. Negative changes

1.1. Collective body

The most revolutionary proposal covered by Stawicki is the idea of an overhaul of the Polish institutional system. This could consist in replacing the current monocratic system with a collective body that issues antitrust decisions – something akin to the US Federal Trade Commission. More independence and more expertise are put forward as the main arguments for such a model (Podrecki et al., 2019).

I think that in the context of the implementation of the ECN+ directive, this proposal should remain out of question until 2028. Any attempts to introduce this model earlier would go against the idea of independent antitrust authorities and would create a dangerous precedent of overhauling the whole institutional system during the term of an incumbent head of the competition authority.²⁵

In any case, however, the significance of this change in terms of increasing effectiveness might be overrated. The idea is based on a false premise that having more members (possibly with diverse backgrounds) at the top level of a competition agency would significantly alter the quality of output (i.e. mostly infringement decisions). Yet, everyone acquainted with how large bureaucratic institutions work (and there is nothing inherently wrong with antitrust authorities being large and bureaucratic) likely knows that the contents of infringement decisions cannot be realistically reviewed by top members of any organisation. A decision which is based on hundreds or

²³ Making a “net assessment” does not necessarily mean conducting some sort of quantification of all possible costs and benefits. There is no reason to believe that attempts to *quantify* such costs and benefits would lead to any better results than “economic extravaganza” in antitrust analysis (on “economic extravaganza”, see Bork, 1978/2021, p. 125). Still, a net assessment would be a step forward even if it came down to just analysing possible costs and benefits in a more structured way, i.e. listing them and trying to outline risks and profits. In fact, most people likely unconsciously perform such exercises, yet there is a difference between doing so unconsciously and in a more structured way – the latter prevents one from accepting too easily assumptions that come to one’s attention first.

²⁴ Being a selection, this review is thus by no means complete. The negative changes discussed further on are linked to two proposals already made by Stawicki and other authors. Positive changes were picked based on my own assessment of net benefits, which is explained further on. A change that would likely significantly alter the dynamics of antitrust enforcement in Poland, yet one which is not discussed in this article, is amending the rules on fine payments in Poland. Fines in Poland are not paid immediately (like at the EU level), but only after they are confirmed by courts. In practical terms, this means that a fine may become final after even 10 years since the time of its imposition. For very brief remarks on this issue, see e.g. Bernatt and Janik, 2023, p. 43.

²⁵ Of much controversy would also be attempts to relocate the competition enforcement powers from the antitrust authority during the term of its head. On a past idea of large institutional overhauls but in the area of energy regulation, not antitrust, see Piszczatowska and Dolatowski (2017).

thousands of pieces of evidence, and which amounts to hundreds of pages, is typically thoroughly known by the case team, known by direct superiors, generally known by indirect superiors, and accepted by the top hierarchy – in a typical large organisation, draft decisions are also reviewed in a horizontal dimension by additional reviewers, e.g. the chief economist team and legal service, whose specific task is to further ensure the quality of decision-making. The final product is mostly affected by the quality of this institutional process, since this is the nature of large bureaucratic institutions.

1.2. Advisory board

As an alternative to a collective body, Stawicki points out that an advisory body could be considered. This change may be introduced through legislative amendments, but does not require them. In fact, there used to be a form of an advisory board that operated before 2008 and then for a brief period after 2014. There seem to be at least two possible tasks for such a board: (a) to advise on general policy issues; (b) to advise on concrete decisions.

I believe that on a net basis, the utility of such a board in the Polish institutional framework is marginal.

When it comes to concrete decisions, members of an advisory board could hardly have access to file. It is also questionable whether members of such a board would be in any better position to spot deficiencies of an investigation than parties to proceedings, complainants, and regular employees of the authority engaged in a review process (i.e. members of the chief economist team or legal service).

When it comes to policy issues, it is unclear why an advisory board is needed for this and why there should be a group of people somehow “privileged” by the authority to make policy recommendations, without being actually employed by the authority. Taking into account that there are no obstacles to publicly advocating one’s preferred policy, an advisory body appears to mostly serve a function of “distributing respect”.

On the other side of the balance sheet, there are considerable “costs” that need to be taken into account. For instance, how to ensure that the members of an advisory board are impartial? Should they be required to disclose their financial statements in a similar way as civil servants do? Who should verify whether they are free from conflicts of interest? How to prevent their capture by interest groups? Who should be included into the pool of possible candidates to ensure an adequate level of actual market or enforcement expertise, without at the same time involving people who are active as private practitioners? Is the group of qualified candidates, who are not at the same time private practitioners, large enough in a mid-sized country such as Poland?

Any further discussion about this type of board should start with answering these questions and making a net assessment. Generally, there seem to be better and more cost-effective solutions to ensure that an antitrust authority remains well-informed and up-to-date with its information over market issues. An open-door policy and public consultations may serve as most basic examples.

2. Positive changes

2.1. Confidentiality claims

The confidentiality claims system envisaged in the Polish Competition Act is as of 2023 antiquated. It was amended back in 2014, but without introducing any significant changes. It does not take into account that: (a) as of 2023, the file of a typical antitrust case includes much more evidence and information, in particular digital evidence; (b) the number of parties in a typical antitrust case becomes higher, insofar parent-companies, subsidiaries, and managers are more often prosecuted. Furthermore, while confidentiality-related decisions could only be appealed to the first instance court in the past, now they are often appealed further to the court of appeals.

The impact of all these changes on the duration of investigations is negative, and the balance becomes dangerously tipped from “antitrust proceedings” into the direction of “proceedings concerning confidentiality claims, with some antitrust elements”. This trend is not unique to Poland. For instance, the European Commission has recently adopted soft law documents that regulate confidentiality rings and data rooms as measures that may facilitate access to file (EC, 2021a; EC, 2021b).

However, it is questionable to what extent such measures are feasible under the current legal framework in Poland. In consequence, introducing confidentiality rings and data rooms directly in the Polish Competition Act might be a useful development. More broadly, however, it could be considered whether all decisions concerning confidentiality claims should be challengeable within the administrative procedure; it might be an option to make some of them challengeable only when an infringement decision itself is challenged. Possible solutions with regard to confidentiality claims can also be combined with the idea of introducing a hearing officer (this will be covered further on).

2.2. Settlements

The Polish settlement system introduced in 2014 is highly faulty. In my view, it was based on a false premise that what matters is the 10% reduction, and since this level of reduction is used at the EU level, it is sufficient to replicate this part of the EU cartel settlement model.

The main problem with the Polish settlement system is that it does not offer any easy way to achieve procedural gains, i.e. quicker resolution of cases. The issue of hybrid procedures is not explicitly covered by Article 89a of the Polish Competition Act, leading to legal ambiguity. So far, the Polish Competition Authority has issued full-length decisions, even if it settled cases.²⁶ In consequence, there is no cost-reduction in relation to enforcement (aside from no litigation), and there is no gain for undertakings from having shorter decisions (and thus not having their internal affairs discussed thoroughly in non-confidential decisions that become available to the public). The Polish settlement system was criticised from the very start (Bernatt and Turno, 2015, pp. 82–88).

A possible improvement could be following.

Article 89a should be amended in such a way that it explicitly regulates hybrid decisions, streamlined statements of objections, and streamlined decisions. Article 89a could be limited to

²⁶ For such cases, see: *Brother* (Decision RKR-10/2019); *Vegetables* (Decision RGD-11/2019); *Yamaha* (Decision DOK-4/2020); *Fitness Clubs* (Decision DOK-6/2020); *Walter* (Decision RŁO 11/2020); *Fellowes* (Decision RKR-1/2021); *DBK/Wanicki* (DOK-6/2021); *DAF Dealers* (DOK-8/2021).

infringements that also qualify for leniency.²⁷ In other words, abuse of dominance should be out of the scope of Article 89a. The 10% level of reduction is, in my view, sufficient. Article 89a should only concern procedural efficiencies and the 10% reduction is adequate in that regard – any other cooperation should be rewarded under leniency. Long story short: Article 89a should become more similar to the EU cartel settlement model.

At the same time, a new Article 89b could also be introduced. Article 89b could cover both procedural efficiencies and other types of cooperation. It would concern all types of cases that do not fall within the scope of (amended) Article 89a. The level of reduction should be higher in such cases, possibly going as far as 50%. This would resemble what the European Commission effectively did in its RPM investigations in 2018.²⁸ A similar model has been recently introduced in Italy.²⁹ It is also possible to consider whether settlements should end with a form of a “guilty plea” or allow “*nolo contendere*” submissions. A mixed system is an option too, with e.g. higher fine reductions in case of clear and unequivocal guilty pleas.

On a net basis, there seem to be no negative consequences of such a model in comparison to the current one. Obviously, this does not mean that there are no possible negative consequences at all. For instance, some might argue that more frequent use of settlement decisions will remove positive effects that may come from developing case law through litigation.³⁰ Also, the public will lose access to thoroughly discussed case facts. However, while true, such possible negative effects cannot be assessed without taking into account positive effects (hence, the caveat “on a net basis”).

2.3. Non-leniency whistle-blowers

Since 2017, the Polish Competition Authority has been promoting non-leniency whistleblowing in a more organised and systemic way. However, the position of non-leniency whistle-blowers is not regulated in the Polish Competition Act.

I first argued that non-leniency whistle-blowers should be of interest to competition authorities (almost) a decade ago (Polański, 2014a; Polański, 2014b) – I still believe so. The bare minimum that could be considered would be to introduce a mechanism that would make it easier to protect the identity of non-leniency whistle-blowers, e.g. as an explicit ground to restrict access to file under Article 69 of the Polish Competition Act. A clear regulation in that respect would provide more legal certainty and likely a stronger feeling of safety to whistle-blowers.

There is obviously controversy surrounding anonymous submissions and not allowing defendants to access certain pieces of evidence (without going into details, the infamous Dreyfuss case outlines the most relevant risks). However, insofar anonymous submissions are used in the context of dawn raids (in particular on corporate premises, as opposed to private homes), these risks should be considered lower than in case of using anonymous witness statements to find infringements.

²⁷ In Poland, this means all infringements that fall within the scope of Article 101 TFEU and its national equivalent, since the Polish leniency programme is broader than the leniency programme used by the European Commission.

²⁸ *Philips* (Case AT.40181); *Asus* (Case AT.40465); *Denon & Marantz* (Case AT.40469); *Philips* (Case AT.40181); *Pioneer* (Case AT.40182).

²⁹ *Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-quater della legge 10 Ottobre 1990, N. 287*, para. 25–26 (16.05.2023).

³⁰ On this last issue, see e.g. Zawłocka-Turno (2019, p. 90), who however makes this point not in relation to formalised settlement procedures, but informal settlements such as those reached by the European Commission in a series of its RPM investigations in 2018. I discussed a similar point in Polański (2013, pp. 65–66).

There is also controversy with regard to providing monetary rewards to informants. My position on this issue has not changed since 2014 (Polański, 2014a; Polański, 2014b): I still believe that in the context of difficulties in ensuring deterrence, many competition authorities will opt for such instruments.³¹

3. To be considered

3.1. Hearing officer

In his article, Stawicki proposes to consider an introduction of the role of a “hearing officer” at the Polish Competition Authority. In my view, the idea of a hearing officer is not inherently wrong. However, introducing such a role should not take place “just because” there is a similar role at the European Commission. The European Commission uses an institutional and procedural model in which a number of actions, which in Poland can be challenged directly to the court, cannot be challenged to EU courts. Introducing a position of a hearing officer just because it is seen as an improvement with regard to due process moves dangerously close to a form of a “cargo cult”, i.e. imitating behaviour, believing that just doing so is relevant.

There would generally be more reasons to introduce an office of a hearing officer if e.g. the Polish system of access to file would be significantly changed to resemble that used by the European Commission.

3.2. Non-economic interests

The problem of analysing non-economic interests under antitrust is one of major parts of the current debate over the future of antitrust.³² Sustainability is the most well-known example of a non-economic interest (see e.g. Monti and Mulder, 2017; Gerbrandy, 2017), which has recently made its way into the horizontal guidelines of the European Commission. Other interests include e.g. free speech and media plurality (Stucke and Grunes, 2001; Day, 2020; Polański, 2022a).³³

From the point of view of Polish antitrust, media plurality caused much controversy in the context of *Orlen/Polska Press* merger (Banasiński and Rojszczak, 2022; Derdak, 2022; Krzyżewski, 2022). Recently, this has also led to comments being made by the Polish ombudsman that merger laws should be amended to better take into account media plurality issues (Sobczak, 2022).

Taking into account geopolitical and technological developments, it might also become increasingly more controversial how fake news and misinformation are handled (on this issue in general see e.g. Wu, 2018). Cooperation between undertakings can be useful in terms of mitigating risks that come from troll farms, deep fakes, and AI-generated content created for malicious reasons. In Central and Eastern Europe, where geopolitical tensions are currently strongly felt, this has already led to public signalling aimed at promoting more self-regulation.³⁴ Yet, such cooperation

³¹ It is noteworthy that in 2023 the CMA introduced a higher reward for informants in the UK (CMA, 2023). In the United States, non-leniency whistleblower protection was strengthened in 2020 (see: Criminal Antitrust Anti-Retaliation Act, CAARA) and proposals were also made to introduce informant rewards (see: Senator Amy Klobuchar’s proposal for Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act, CALERA), even despite the fact that a decade ago, American enforcers had been somewhat sceptical with regard to rewarding non-leniency whistle-blowers (GAO, 2011, p. 45). The topic has been recently covered also by the OECD (2023b).

³² The issue of non-economic interests is related to both the goals of antitrust and standards of assessment – the difference between the two has been recently discussed by OECD (2023a), with the Polish NCA contributing to the debate (OECD, 2023c).

³³ The Polish reader might also be interested in brief remarks by Molski (2018, pp. 588–589).

³⁴ The Chancellery of the Prime Minister of Poland, “An Open Letter to Big Social Media Tech”, <https://www.gov.pl/web/primeminister/an-open-letter-to-big-social-media-tech>, accessed 10 June 2023.

might also lead to free speech and antitrust concerns (Douek, 2020; Polański, 2023).³⁵ Private censorship implemented through unilateral actions is also a subject of controversy (Polański, 2021; Polański, 2022a; OECD, 2023c, pp. 8–9).

IV. Antitrust and the “longue durée”

There are two larger topics worthy of a discussion that are more “philosophical” and more relevant in a long term than those discussed earlier. In Poland, both of them have been overshadowed in the last few years by economisation and procedural fairness issues. The first one concerns antitrust and its relation with power and power distribution, the other one institution-building.

1. Antitrust and power

In the introduction to his article, Stawicki makes in passing a comment which touches upon an issue far more important than it may seem at first glance. He argues that while Polish antitrust was largely modelled upon the EU model, with much room for case law to develop organically, this is not necessarily a desirable outcome. The argument is that in civil law jurisdictions (i.e. in all continental European jurisdictions), obligations imposed on undertakings should follow from statutes.³⁶

While this might seem like a technical issue, it is part of a much larger topic of power distribution and decision-making. It falls within the scope of currently ongoing discussions concerning antitrust, or more broadly market regulation. These discussions often share a common concern: “who governs?”. While not stated explicitly, this issue can be seen in e.g. Eleanor Fox’s narrative, insofar she asks about how many decisions should be left to “the market” (Fox, 2023). Wu appears to be planning to frame this issue in terms of distribution of economic power (Foroohar, 2023a). Lynn (2020) argues for “liberty from all masters”. Shoshanna Zuboff (2019, p. 521) asks this question directly: “*who decides?*”, and so do Whish and Bailey (2015, pp. 24–25), recalling also Amato’s (1997) discussion. The question goes back to a similar question of “*who governs?*” being directly asked by Bork in *The Antitrust Paradox* (Bork, 1978/2021, p. 8). In *The Road to Serfdom*, Hayek (1944, p. 76) phrased a similar question as “*who, whom?*”, after it had been first asked by his intellectual opponents.

This question can be seen in three areas today. Each of them is present in antitrust, each shows its educative side, and it would be prudent not to lose sight of any of these areas when discussing the future of Polish antitrust. These three levels are: (a) public and private power; (b) legislature-executive-judicature; (c) states’ rights vs federalism.

Public and private power. This first area is one of the main subjects of interest nowadays. Stawicki mentions this issue as the problem of the “invisible hand of the market” being responsible for finding solutions or governments (and undertakings acting collectively) being more responsible. Many of those discussions take place in the United States. Surprisingly, in Poland, which is

³⁵ This issue is in fact related to a far greater problem of whether certain decisions should be made collectively by corporations or by public institutions and elected officials. On the legitimacy of corporate social responsibility from the point of view of antitrust, see generally e.g. Claassen and Gerbrandy (2018), Goldman (1995). See also Section IV and the issue of balancing private and public power there.

³⁶ This argument does not appear to be correct, since even in common law jurisdictions antitrust laws are enacted through statutes, although there was a brief period of pre-Sherman antitrust litigation in the United States (Amato, 1997, pp. 7–10; Grady, 1992). Likewise, also in continental Europe, all obligations of undertakings follow from statutory law – it is simply that antitrust laws are phrased in broad terms and require more interpretation. Since this issue appears to be based on a misunderstanding, in the main text I focus instead on a more interesting problem related to Stawicki’s argument.

a mid-sized country with a mid-sized economy, there still seems to be far more concern over public power among Polish commentators than about the rise and vastness of private power.³⁷

Legislature-executive-judicature. This is the area mentioned at the outset of this section; it extends into a far greater question than simply whether it is better to have wide and flexible competition rules and develop them through case law, or to have a more active legislator.

Antonin Scalia's views may serve as a starting point for a brief outline of this issue. When commenting on legal developments in the United States, Scalia (2009) once pointed out that in the early twentieth century, the United States had become focused on the idea of independent agencies and governance by experts. Hence, for instance the Federal Trade Commission and a number of other agencies had been established, all free from supervision by the president, i.e. the actual executive. The ECN+ implementation strengthens a similar model with regard to Polish antitrust by introducing a term of the head of the Polish NCA, albeit admittedly similar models were already in place in relation to telecommunication and energy regulation.

According to Scalia, the independent agencies model of governance largely failed in the United States, and caused much controversy over its legitimacy.³⁸ Today, these concerns in the United States are present again in the context of the FTC making attempts to use its powers to regulate unfair methods of competition (see e.g. Merrill, 2022; for an opposite viewpoint see: Chopra and Khan, 2020). Other authors, more specialised in the area of market regulation, for instance Phillipon (2019), argue the opposite than Scalia: the US economic model started to underperform, since it gave up on the idea of regulated competition ensured by independent agencies. Conversely, the EU internal market overperformed insofar it was subject to independent regulation that ensures competition.

A further point made by Scalia is that while the United States had been focused on independent regulators in the early twentieth century, subsequently the role of judges started to grow. His concern was that judges started to become the "mullahs of the West", making complex political decisions without much democratic legitimacy. This is also a concern that can be seen throughout Bork's *The Antitrust Paradox*, with very explicit foreshadowing in the introduction itself (Bork's "who governs?" refers to judicial activism). This is a controversial topic, in particular in Poland – an interested reader might be surprised with Bork's views in that regard.³⁹ Not long ago, some controversies surrounding this subject were covered during a conference organised by CARS,

³⁷ Due to the size and vastness of private power in the modern world, some even argue that it is a new type of "bigness", see: Gerbrandy and Phoa (2022). An interesting (and publicly known, as opposed to possible lobbying efforts behind closed doors) example of a direct clash between public and private power took place in Australia (Meaker, 2022). In Poland, many controversies were caused when the US ambassador to Poland reportedly intervened in favour of US companies operating in Poland, leading subsequently to criticism both by the Polish alt-right (DGP, 2020) and alt-left (RP, 2020).

³⁸ In Europe, some authors made attempts to re-conceptualise the legitimacy of antitrust authorities (see e.g. Gerbrandy and Polański, 2013). The concern over making the mandate of independent agencies too broad is, however, ongoing (Tirole, 2023).

³⁹ While Bork comments on the role of judges in a democratic society in *The Antitrust Paradox*, he makes his views more clear in other of his works, e.g. *Slouching Towards Gomorrah*. Bork (1996/2010, p. 169) argues, for instance, that: "Any more serious efforts to limit the powers of the courts will run into the familiar refrain that this would threaten our liberties. To the contrary, it is now clear that it is the courts that threaten our liberty...the liberty to govern ourselves...more profoundly than does any legislature", and that: "(...) For sheerchutzpah that is hard to beat. It is the judiciary's assumption of power not rightfully its own that has weakened, indeed severely damaged, the constitutional structure of the nation. It has been the judiciary, and not its critics, that has misled the public as to the role of judges in a constitutional democracy". He further adds that: "Robert LaFollette, if I recall correctly, proposed amending the Constitution to allow the Senate by a two-thirds vote to override Supreme Court decisions. Learned Hand, considered to be America's premier appellate judge, was nearly apoplectic at the Supreme Court of his day. In 1914, Hand wrote to Felix Frankfurter denouncing "the fatuous floundering of the Supreme Court which goes by the name of Constitutional Law. Am I perverted that I alone of those who touch it have acquired such a contempt for the subject? I can scarcely think of a matter to which the human mind has been applied with less credit to itself than that." He referred to the Court and its constitutional rulings as "that solemn farce"."

although without going too much into the issue outlined above, aside from Kent Barnett's discussion of the logic of the *Chevron* doctrine.⁴⁰

A possible answer to this issue could simply be to “*turn back time to the good old days*” and expect more activity on the part of legislators. Yet, social and legal trends typically do not happen without reason, and both the move towards passing more powers to the executive and to the judiciary might have been caused (at least partly) by the inability of legislators to regulate increasingly more complex issues, and thus preferring to leave them to be “sorted out” by other branches of the government.⁴¹ The problem of power distribution in this area might at first glance be most closely linked to the crisis of democracy mentioned in Section II. Still, insofar one might blame this crisis solely on e.g. attempts to limit the power of judiciary or vanishing power of legislators, this too might be an oversimplification, as social tensions that generate less stability of political systems might also be caused by power shifts in relation to private actors (see above) and supra-national entities (see below).

States' rights vs federalism. In the European Union, antitrust introduces an interesting dynamic between federalism and member states' sovereignty. This is mostly because Article 101 and 102 TFEU are also enforced by national competition authorities, insofar there is an “effect on trade” within the internal market. In the past, in particular under the Article 101 TFEU notification system, the effect on trade criterion provided a useful way of reducing the risk of overburdening the European Commission. As of today, however, there appear to be stronger incentives on the part of decision-makers to conclude that trade is affected: from the EU point of view this means that EU law is applicable; for NCAs this means that their cases can be easier defended under arguments based on EU law, which puts much emphasis on effectiveness. This indirectly means that the role of EU courts grows.

Furthermore, Regulation 1/2003 itself puts clear limits on what the members states can do when it comes to anticompetitive agreements.⁴² Likewise, the ECN+ directive introduced a number of tools that might be useful to NCAs, but which at the same time restrict the ability of the member states to introduce their own legal and institutional solutions. While aimed at ensuring the effectiveness of EU law, the ECN+ directive has also a strong effect on national law – for instance, it is unlikely that the member states will implement different institutional and procedural solutions with regard to the enforcement of national laws, and different ones in relation to EU law.⁴³ Hence, EU standards effectively become national standards, even if EU law is not applicable.⁴⁴ At the level of the ECJ, which partly links back to the issue of the role of judiciary in democratic societies, we saw developments such as those concerning limitation periods or burden of proof,

⁴⁰ 467 U.S. 837 (1984), *Chevron*. For a report from this conference, see Zoboli (2019). The above-mentioned is not to say that the Chevron doctrine has not been covered by Polish authors – conversely, the topic has been discussed at length by Bernatt (2016).

⁴¹ If one looks outside the field of legal scholarship, or even outside the area of academic research, there are arguments that the twilight of legislators is a trend that might be a result of broader social changes. In his role of a futurologist, Dukaj (2019, p. 344) for instance argues that law (understood as an abstract set of rules) is dying, because societies are changing. The hypothesis is that we are moving from a civilisation of writing towards a civilisation of experiences. The former valued abstraction, logic, linearity; the latter focuses on feeling(s), emotion, experience. From those subtle changes come larger ones: abstract laws are not in high currency, since people find it increasingly more controversial that individual cases are judged without regard to individual circumstances.

⁴² Article 3 of the Regulation 1/2003.

⁴³ In the Polish context, the ECN+ directive also caused controversy as it required amendments in the area of criminal law – an issue, which led to a rare instance of the Legislative Council being requested to provide its opinion on how such changes can be introduced.

⁴⁴ More broadly on the issue of “Europeanisation”, as seen a decade ago, see Cseres (2013).

which put further limits on procedural autonomy.⁴⁵ The issue of EU institutions assessing the rule of law in Member States is also noteworthy.⁴⁶

Finally, there have been such proposals as the new competition tool. The new competition tool has caused much controversy, yet the states' rights issue has remained under the radar. The new competition tool could result in a vast expansion of the European Commission's mandate, providing it hypothetically with powers to overstep the member states in regulating markets in their jurisdictions, without the usual route of gathering support in the Council for a regulation or directive.

In the context of the review of Regulation 1/2003, which came into force almost 20 years ago, all of these issues might require a more conscious reflection over the role of EU and national institutions.

2. Antitrust and institutions

The last issue is the elephant in the room of Polish antitrust enforcement: resources. The problem of resources is not unique to Poland. For instance, in the context of proposed changes to US antitrust enforcement, Jones and Kovacic (2020) pointed out not long ago that all such proposals often remain blind to the fact that any expansion of antitrust enforcement will likely require considerable resources. Yet, the Polish case is different in the sense that resources have remained a problematic issue for years. It is also linked more broadly to the issue of building effective public institutions.

Agata Zawłocka-Turno's remarks during a 2016 conference on antitrust enforcement illustrate well the issue at hand. Acting at that time as the Head of Antitrust Department, Zawłocka-Turno pointed out: *"It is not possible to fight [cartels], if the agency does not have adequate staff. We have a very young and inexperienced team, since we are unable to offer attractive remuneration that would allow us to retain our staff. This inexperience is not compensated by our staff's excellent education, enthusiasm, and commitment – unfortunately this is not enough"* (PPL, 2016).

This general sentiment is backed by hard data collected by Martyniszyn and Bernatt (2019, pp. 18–20). Based on these statistics, it was pointed out that at least as of 2019, remuneration offered in the area of antitrust enforcement was not even competitive in comparison to sectoral regulators (although it should be noted that the statistics gathered by the authors might have been not fully accurate in the sense that they represented the average remuneration at the Polish Competition Authority as such, and not for antitrust staff). No significant legal changes to the remuneration system have been introduced since 2016, even despite the fact that e.g. Directive ECN+ included independence requirements, and financial independence can be seen as an element of independence principle.

Since the problem of remuneration is linked to the fact that antitrust staff is part of the civil service (with a large portion of remuneration for all civil service positions being adjusted centrally through a so-called "basic amount"), the staff of the Polish Competition Authority could be exempted from the civil service. That could be a by-effect of an overhaul of the Polish institutional design, and making it more similar to the one used in financial regulation (Podrecki et al., 2019, p. 19, insofar they speak about exempting antitrust enforcers from the civil service). This would introduce more

⁴⁵ Case C-308/19 *Whiteland* EU:C:2021:47; case C-8/08 *T-Mobile* EU:C:2009:343.

⁴⁶ Case T-791/19 *Sped-Pro* EU:T:2022:67.

autonomy to remuneration-setting in the area of antitrust enforcement, yet as argued in Section III, the overall premises behind such an overhaul and its net benefits can be questioned.

In some EU member states, the problem of insufficient resources was by-passed by e.g. introducing financing-mechanisms such as contributions from supervised entities. Greece appears to have implemented a model that generally follows this idea (OECD, 2021). The Italian model, on the other hand, was questioned and led to a preliminary request being directed to the ECJ – the ECJ concluded that the member states have leeway in that regard.⁴⁷ It could be discussed to what extent such mechanisms are possible in Poland – a similar mechanism is used in relation to the Polish financial regulator. Nonetheless, such changes also lower the transparency of the tax system and create incentives to introduce similar financing mechanisms in other areas.

A yet different system operates in relation to judges. While the “basic amount” for the civil service is adjusted manually (in practical terms this resulted in e.g. no adjustments to the basic amount from 2008 until 2019), the remuneration of judges is adjusted automatically based on the average pay calculated by the bureau of statistics.

The issue of antitrust resources appears to be one of the most underestimated problems of antitrust enforcement in Poland. Still, while discussing high profile topics such as a complete overhaul of the institutional system of Polish antitrust might be interesting, at the end of the day antitrust cases are pursued by unnamed enforcers who largely determine the quality of the end product.

V. Conclusion

In Shakespeare’s *Julius Caesar* there is a passage saying that: “*There is a tide in the affairs of men, which taken at the flood, leads on to fortune; omitted, all the voyage of their life is bound in shallows and in miseries. On such a full sea are we now afloat, and we must take the current when it serves, or lose our ventures*”.

From 1989 to 1991, we saw a large tide sweeping over Europe that changed the world order that had been established almost half a century earlier in Yalta. In consequence, many of the Central and Eastern European countries embarked in the 1990s on an unprecedented road to prosperity, both in terms of economic wealth and political liberties. While it has been recently more often questioned, in particular in Poland, whether this transformation was always executed in the best possible way (and rightly so), the idea of enforcing antitrust laws can hardly be objected.

After more than 30 years of moving along this road to prosperity, we might be entering another great tide.⁴⁸ Coincidentally or not, from the point of view of Central and Eastern Europe this tide again affects both the economic and political sphere, reminding us that prosperity is not given once and forever, but needs to be built every day.⁴⁹

Aside from military and diplomatic initiatives, it can be questioned though whether this time we enter this period with enough agency and resolve – and ultimately strong political and economic

⁴⁷ Case C-560/22 *Ferriere Nord* EU:C:2023:327.

⁴⁸ On “tides” in antitrust enforcement, see also Polański (2022b).

⁴⁹ A Polish reader who wishes to reflect more broadly and on a more cultural level on the Polish road to prosperity, and on dilemmas associated with making further steps on this road (including the issue of European integration), might be interested in Teodor Parnicki’s classic novel *Srebrne Orły* that has recently attracted renewed interest. The preface to the book, penned by Nowak (2018), is available online.

systems contribute to military and diplomatic actions. One could say that while the period of “the end of history” has already ended in Poland when it comes to geopolitics, antitrust lags behind.

This article outlined a number of both more technical and more systemic issues that might be a subject of a further debate. Yet, they are just a tip of an iceberg and the scope of possible challenges is much greater. It is regrettable that the 30th anniversary of the official start of Polish antitrust enforcement took place in 2020 when COVID restrictions put much of our lives at halt. The anniversary could have been a natural starting point for a more structured discussion over what needs to be done to ensure that antitrust plays a proper role in Poland.

Is it possible to start such a discussion today?

Some might say that such a discussion is not needed, as the future of antitrust will be settled elsewhere, and that this belief is also more widely reflected in the lack of interest in the future of antitrust in Poland – why bother, if something will be handled by someone else? Yet, it could be argued that we used to see a similar passiveness (and for similar reasons) when it comes to international politics. Also, Poland is a much bigger and more relevant player than it used to be in the 1990s or 2000s, and with more power comes more responsibility that provides more reasons for having our own discussion on antitrust.

The international climate of opinion is far more conducive to having such a discussion in Poland today. Has the climate of opinion in Poland changed enough to do so? As Dicey pointed out, and Friedman repeated after him: “*a change of belief arises, in the main, from the occurrence of circumstances which incline the majority of the world to hear with favour theories which, at one time, men (...) derided as absurdities, or distrusted as paradoxes*”. In the worst case scenario of no interest in having a broader debate, this article, as well as the one presented by Stawicki, may serve as a message in a bottle carrying ideas that some day with some luck will be picked up by someone somewhere on the road to prosperity.

References

- Amato, G. (1997). *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*. Hart Publishing, <https://doi.org/10.5040/9781472558749>.
- Aziewicz, D., and Szwedziak-Bork, I. (2015). Sprawozdanie ze zorganizowanej przez CARS ogólnopolskiej konferencji pn. „Znowelizowana ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – najważniejsze zmiany i kierunki dalszej modernizacji”. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 5(9).
- Baluk-Ulewiczowa, T. (2009). Goslicius’ Ideal Senator and His Cultural Impact over the Centuries: Shakespearean Reflections. *Rozprawy Wydziału Filologicznego UJ* 78. Polska Akademia Umiejętności and Uniwersytet Jagielloński.
- Banasiński, C., and Rojszczak, M. (2022). The role of competition authorities in protecting freedom of speech: the PKN Orlen/Polska Press case. *European Competition Journal*, 18(2), Issue 2, 424–457, <https://doi.org/10.1080/17441056.2021.2003999>.
- Bernatt, M. (2011). *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Bernatt, M. (2016). Transatlantic Perspective on Judicial Deference in Administrative Law. *Columbia Journal of European Law*, Vol. 22, Issue 2, 275–325.

- Bernatt, M. (2022). *Populism and Antitrust: The Illiberal Influence of Populist Government on the Competition Law*. Cambridge University Press, <https://doi.org/10.1017/9781108609548>.
- Bernatt, M., and Janik, M. (2023). *Judicial Review of Competition Law Decisions in Poland (2004–2021): A Quantitative and Qualitative Study*. Working Paper of the Centre for Antitrust and Regulatory Studies, (1). <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4484063>.
- Bernatt, M., and Turno, B. (2015). O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dniem 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(4).
- Bork, R. (1978/2021). *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*. Bork Publishing LLC.
- Bork, R. (1996/2010). *Slouching Towards Gomorrah*. HarperCollins e-books. Kindle Edition.
- Burgin, A. (2012). *The Great Persuasion: Reinventing Free Markets since the Depression*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674067431>.
- Burns, J. (2009). *Goddess of the Market. Ayn Rand and the American Right*. Oxford University Press.
- Cerulus, L. (2022). EU launches Chips Act industrial plan. *Politico*. <https://www.politico.eu/article/europe-launches-chips-act-industrial-plan> (14.06.2023).
- Chopra, R., and Khan, L. (2020). The Case for “Unfair Methods of Competition” Rulemaking. *University of Chicago Law Review*, 87(2).
- Claassen, R., and Gerbrandy, A. (2018). Doing Good Together: Competition Law and the Political Legitimacy of Interfirm Cooperation. *Business Ethics Quarterly*, 28(4), 401–425. <https://doi.org/10.1017/beq.2018.2>.
- CMA. (2023). *Blowing the whistle on cartels*. Available at: <https://www.gov.uk/government/news/blowing-the-whistle-on-cartels> (14.06.2023).
- Cole, D. (1999). From Renaissance Poland to Poland’s Renaissance. *Michigan Law Review*, 97, 2062.
- Crane, D. (2022). Antitrust as an Instrument of Democracy. *Duke Law Journal Online*, 72, 21.
- Cseres, K. (2013). Questions of Legitimacy in the Europeanization of Competition Law Procedures of the EU Member States. *Amsterdam Law School Research Paper*, (08), *Amsterdam Centre for European Law and Governance Working Paper* (02). Available at: <https://ssrn.com/abstract=2213192> (14.06.2023).
- Cseres, K., and Mazaraki, N. (2023). Europeanization, Regional Cooperation and the Challenges of Legal Transplants in Competition Law. *Kluwer Competition Law Blog*. Available at <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/06/12/europeanization-regional-cooperation-and-the-challenges-of-legal-transplants-in-competition-law> (14.06.2023).
- Day, G. (2020). Monopolizing Free Speech. *Fordham Law Review*, 88.
- Derdak, M. (2022). Problem uwzględniania pozaekonomicznych czynników oceny koncentracji przez Prezesa UOKiK na przykładzie pluralizmu mediów. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(11). <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.4.11.2>.
- DGP. (2020). Konfederacja apeluje do rządu o uznanie Mosbacher za persona non grata w Polsce. *Dziennik Gazeta Prawna*. <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/1486268,konfederacja-rzad-mosbacher-persona-non-grata-w-polsce.html> (14.06.2023).
- Douek, E. (2020). The Rise of Content Cartels. *Knight First Amendment Institute*. Available at: <https://knightcolumbia.org/content/the-rise-of-content-cartels> (14.06.2023).
- Dukaj, J. (2019). *Po Piśmie*. Wydawnictwo Literackie.
- EC. (2021a). *The use of confidentiality rings in antitrust access to file proceedings*. https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-01/conf_rings.pdf (14.06.2023).

- EC. (2021b). *Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation*. https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-01/bp_disclosure_information_data_rooms_en.pdf (14.06.2023).
- First, H., and Waller, S. (2013). Antitrust's Democracy Deficit. *Fordham Law Review*, 81, 2543.
- Foroohar, R. (2023a). Tim Wu: 'The White House was exhilarating, exhausting and frustrating, all at the same time'. *Financial Times*. Available at: <https://www.ft.com/content/4314d750-d12e-445b-9743-c0d315796016> (14.06.2023).
- Foroohar, R. (2023b). The rise of kitchen table economics. *Financial Times*. Available at: <https://www.ft.com/content/e53e4b14-4653-4b6e-a72f-d50f75e97cb7> (14.10.2023).
- Fox, E. (2019). Antitrust and Democracy: How Markets Protect Democracy, Democracy Protects Markets, and Illiberal Politics Threatens to Hijack Both. *Legal Issues of Economic Integration*, 46, 4.
- Fox, E. (2023). "Consumer Welfare" and the Real Battle for the Soul of Antitrust. *Promarket*. Available at: <https://www.promarket.org/2023/04/19/consumer-welfare-and-the-real-battle-for-the-soul-of-antitrust> (14.06.2023)
- FP. (2021). Semiconductors and the U.S.-China Innovation Race: Geopolitics of the supply chain and the central role of Taiwan. *Foreign Policy*. Available at: <https://foreignpolicy.com/2021/02/16/semiconductors-us-china-taiwan-technology-innovation-competition> (14.06.2023).
- Frost, R. (2022). The Roads Not Taken: Liberty, Sovereignty and the Idea of the Republic in Poland-Lithuania and the British Isles, 1550–1660. *Transactions of the Royal Historical Society*, 32, 93–112. <https://doi.org/10.1017/S0080440122000068>.
- GAO. (2011). *Report to Congressional Committees. Criminal Cartel Enforcement: Stakeholder Views on Impact of 2004 Antitrust Reform Are Mixed, but Support Whistleblower Protection*. Available at: <https://www.gao.gov/assets/gao-11-619.pdf> (14.06.2023).
- Gerbrandy, A. (2017). Solving a Sustainability-Deficit in European Competition Law, *World Competition*, 40(4).
- Gerbrandy, A., and Phoa, P. (2022). The Power of Big Tech Corporations as Modern Bigness and a Vocabulary for Shaping Competition Law as Counter-Power. In: M. Bennett, H. Brouwer, R. Claassen, *Wealth and Power*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781003173632>.
- Gerbrandy, A., and Polański, J. (2013). *Addressing the Legitimacy Problem of Competition Authorities Taking into Account Non-competition Values*. Draft, 10 December. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2398956> (14.06.2023).
- Grady, M. (1992). Toward a Positive Economic Theory of Antitrust. *Economic Inquiry*, 30(2). <https://doi.org/10.1111/j.1465-7295.1992.tb01655.x>.
- Goldman, L. (1995). The Politically Correct Corporation and the Antitrust Laws: The Proper Treatment of Noneconomic or Social Welfare Justifications under Section 1 of the Sherman Act. *Yale Law & Policy Review*, 13(2), 137–172.
- Hayek, F. (1944). *The Road to Serfdom*. London: George Routledge & Sons.
- Hofstadter, R. (1965/2008). *The Paranoid Style in American Politics*. Vintage Books.
- Hovenkamp, H. (2018). Whatever Did Happen to the Antitrust Movement? *Notre Dame Law Review*, 94(2), 583–637, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3097452>.
- Jones, A., and Kovacic W. (2020). Antitrust's Implementation Blind Side: Challenges to Major Expansion of U.S. Competition Policy. *The Antitrust Bulletin*, <https://doi.org/10.1177/0003603x20912884>.
- Khan, L. (2020). The End of Antitrust History Revisited. *Harvard Law Review*, 133, 1655.
- Kissinger, H. (2012). *On China*. Penguin Books.

- Krzyżewski, T. (2022). Glosa do wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów sygn. akt XVII Amo 1/21 z dnia 7 czerwca 2021 roku, dotyczącego decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DKK-34/2021 z 5 lutego 2021 roku. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(11). <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.4.11.6>.
- Lynn, B. (2010). *Cornered. The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction*. John Wiley & Sons.
- Lynn, B. (2020). *Liberty from All Masters: The New American Autocracy vs. the Will of the People*. St. Martin's Press.
- Maheshwari, S., and Holpuch, A. (2023). Why Countries Are Trying to Ban TikTok. *The New York Times*. Available at: <https://www.nytimes.com/article/tiktok-ban.html> (14.06.2023).
- Martyniszyn, M., and Bernatt, M. (2019). Implementing a Competition Law System – Three Decades of Polish Experience. <https://ssrn.com/abstract=3391298>.
- Meaker, M. (2022). Australia's Standoff Against Google and Facebook Worked – Sort Of. *Wired*. <https://www.wired.co.uk/article/australia-media-code-facebook-google> (14.06.2023).
- Merrill, T. (2022). Antitrust Rulemaking: The FTC's Delegation Deficit. *CSAS Working Paper 22-18*. Available at: https://administrativestate.gmu.edu/wp-content/uploads/2022/09/Merrill_22-18.pdf (14.06.2023).
- Mirowski, P. (2015). Defining Neoliberalism. In: P. Mirowski, D. Plehwe, *The Road from Mont Pèlerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective*. Harvard University Press.
- Molski, R. (2018). O Symbiozie Prawa Antymonopolowego i Demokracji. *Przegląd Prawa i Administracji*, 114.
- Monti, G., and Mulder, J. (2017). Escaping the Clutches of EU Competition Law: Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives, *European Law Review*, 42(5), 635–656.
- Nowak, A. (2018). Srebrne orły, czyli marzenie barbarzyńców o Rzymie. *Teologia Polityczna*. Available at: <https://teologiapolityczna.pl/srebrne-orly-czyli-marzenie-barbarzyncow-o-rzymie> (14.06.2023).
- OECD. (2021). Annual Report on Competition Policy Developments in Greece, 2020. DAF/COMP/AR(2021)12.
- OECD. (2023a). Consumer Welfare Standard Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, DAF/COMP(2023)4.
- OECD. (2023b). The Future of Effective Leniency Programmes Advancing Detection and Deterrence of Cartels, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, DAF/COMP/WP3(2023)1.
- OECD. (2023c). Advantages and Disadvantages of Competition Welfare Standards – Note by Poland, DAF/COMP/WD(2023)34.
- Orbach, B. (2017). Antitrust Populism. *New York University Journal of Law & Business*, 14, 1.
- Philipon, T. (2019). *The Great Reversal. How America Gave Up on Free Markets*. Harvard University Press.
- Piszczatowska, J., and Dołatowski, M. (2017). Reforma nadzoru w energetyce: zamiast prezesa URE, trzech komisarzy. *WysokieNapiecie.pl*, <https://wysokienapiecie.pl/6571-trzech-komisarzy-zamiast-jednego-prezesa-ure> (14.06.2023).
- Podrecki P., Mroczek, M., and Menszig-Wiese, K. (2019). O potrzebie zastąpienia Prezesa UOKiK kolegialnym organem ochrony konkurencji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 6(8). <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.6.8.1>.
- Polański, J. (2013). *Cartel settlements in EU law*. Master thesis. University of Warsaw.
- Polański, J. (2014a). *Deterrence and Detection in Competition Enforcement: Tracking infringements and disrupting illegal activity through implementation of reward schemes and market screens*. Master Thesis. Utrecht University.
- Polański, J. (2014b). Programy nagradzania informatorów w prawie państw europejskich. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 9(3).

- Polański, J. (2020a). Neobrandeisianizm i polityczność ochrony konkurencji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 5(9). <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.5.9.4>.
- Polański, J. (2020b). Dawn Raids and the Role of Forensic IT in Antitrust Investigations. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 13(21), 187–218. <https://doi.org/10.7172/1689-9024.YARS.2020.13.21.7>.
- Polański, J. (2021). Antymonopolowe déjà vu? Wolność słowa w analizie antymonopolowe. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3(10). <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.3.10.2>.
- Polański, J. (2022a). The Marketplace of Ideas and EU Competition Law: Can Antitrust Be Used to Protect the Freedom of Speech? *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions*, https://doi.org/10.1007/16495_2021_34.
- Polański, J. (2022b). A Positive Program for Antitrust? Enforcement in Times of Political Tides. *World Competition*, 45(2), 237–264, <https://doi.org/10.54648/woco2022009>.
- Polański, J. (2023). Antitrust shrugged? Boycotts, content moderation, and free speech cartels. *European Competition Journal*, 19(2), 334–358, <https://doi.org/10.1080/17441056.2023.2200612>.
- PPL. (2016). UOKiK szuka sposobów pozyskiwania informacji ws. Karteli. *Prawo.pl*. Available at: <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/uokik-szuka-sposobow-pozyskiwania-informacji-ws-karteli,68045.html> (14.06.2023).
- Reuters. (2023). Why the U.S. Inflation Reduction Act has rattled Europe. *Reuters*. <https://www.reuters.com/markets/why-us-inflation-reduction-act-has-rattled-europe-2023-02-01> (14.06.2023).
- Rovnick, N., and George, L. (2023). The end of King Dollar? The forces at play in de-dollarisation. *Reuters*. Available at: <https://www.reuters.com/markets/currencies/end-king-dollar-forces-play-de-dollarisation-2023-05-25> (14.06.2023).
- RP. (2020). Zandberg: Niestety, w sprawie relacji z USA PiS ma skłonność do wyjątkowej czolobitności. *Rzeczpospolita*. <https://www.rp.pl/polityka/art9029651-zandberg-niestety-w-sprawie-relacji-z-usa-pis-ma-sklonnosc-do-wyjatkowej-czolobitnosc> (14.06.2023).
- Scalia, A. (2009). *Mullahs of the west: judges as moral arbiters*. Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.
- Schrepel, T. (2020). Antitrust without Romance. *New York University Journal of Law & Liberty*, 13, 326.
- Schrepel, T. (2023). The Expected Impact of “Great Power Competition” on Antitrust Policy. *Network Law Review*. Available at: <https://www.networklawreview.org/great-power-competition> (14.06.2023).
- Skoczny, T., and Janusz, R. (1995). *Ustawy antymonopolowe krajów postsocjalistycznych*. Dom Wydawniczy Elipsa.
- Sobczak, K. (2022). RPO: Pluralizm mediów w Polsce wymaga lepszej ochrony. *Prawo.pl*. Available at: <https://www.prawo.pl/prawo/pluralizm-mediow-wg-rpo-wymaga-lepszej-ochrony,516569.html> (14.06.2023).
- Stawicki, A. (2021a). Gdzie jesteśmy i dokąd zmierzamy? Refleksje wokół możliwych kierunków zmian przepisów polskiego prawa konkurencji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 5(10). <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.5.10.4>.
- Stawicki, A. (2021b). Prawa przedsiębiorców jako warunek skutecznego egzekwowania przepisów prawa konkurencji – rozważania wokół implementacji dyrektywy ECN+. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3(10). <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.3.10.4>.
- Stolton, S. (2023). The total eclipse of Margrethe Vestager. *Politico*. Available at: <https://www.politico.eu/article/margrethe-vestager-eclipse-european-commission-competition-2024-election> (14.06.2023).
- Stucke, M., and Grunes, A. (2001). Antitrust and the Marketplace of Ideas. *Antitrust Law Journal*, 69.
- Triole, J. (2023). Socially responsible agencies. *Competition Law & Policy Debate*, 7(4). <https://doi.org/10.4337/clpd.2022.04.05>.

- Turno, B. (2009). Prawo odmowy przekazania informacji służącej wykryciu naruszenia reguł konkurencji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 3, 31–48.
- Turno, B., and Zawłocka-Turno, A. (2012). Legal professional privilege and the privilege against self-incrimination in EU Competition Law after the Lisbon Treaty – Is it time for a substantial change? *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 5(6), 193–214.
- Urbaniak, A., Laskowski, M., and Krawczak, M. (2021). De optimo senatore libri duo as a cultural link between Poland and the Anglo-Saxon world. In: A. Hau, M. Trendowicz (2021). *W poszukiwaniu tożsamości językowej*. Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Wagner, W., Coleman, A., and Haight, C. (1958). Laurentius Grimaldus Goslicius and his Age – Modern Constitutional Law Ideas in the XVI Century. *The Polish Review*, 3(1/2), Winter–Spring, 37–57.
- Waller, S. (2019). Antitrust and Democracy. *Florida State University Law Review*, 46, 807.
- Waller, S. (2022). A Pop Culture Guide to Antitrust. *Antitrust Magazine*, 36(2), 60–64.
- Whish, R., and Bailey, D. (2015). *Competition Law*. Oxford University Press.
- Wu, T. (2011). *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*. Vintage Books.
- Wu, T. (2018). Is the First Amendment Obsolete? *Michigan Law Review*, 117.
- Wu, T. (2018). *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. New York, NY: Columbia Global Reports.
- Yoon, J. (2022). Lex in-depth: the cost of America’s ban on Chinese chips. *Financial Times*. Available at: <https://www.ft.com/content/d3935b9a-a203-435d-b1a9-a22bcc9d79e7> (14.06.2023).
- Zawłocka-Turno, A. (2019). Szerokie podejście Komisji Europejskiej i Prezesa UOKiK do nagradzania współpracy przedsiębiorców w toku postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 6(8). <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.6.8.5>.
- Zingales, L. (2014). *A Capitalism for the People: Recapturing the Lost Genius of American Prosperity*. Basic Books.
- Zoboli, L. (2019). Judicial Deference in Competition Law, University of Warsaw, 11 October 2018. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 12(19), 236–242.
- Zuboff, S. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. Profile Books.

Legal Tests and the Object–Effect Dichotomy under Article 102 TFEU

Table of contents

- I. Introduction
- II. Objective justifications and the efficiency defence
- III. Practices that are (rebuttably) presumed to have no objective justification (naked restrictions)
- IV. Practices that are (rebuttably) presumed to have anticompetitive effects (restrictions by object)
- V. Practices that infringe Article 102 TFEU on account of their effects
- VI. The way forward: Is there scope for a unified analytical framework under Articles 101 and 102 TFEU?
- VII. Conclusion

Summary

Despite the adoption of the “more economic approach” in the assessment of unilateral conduct, the object–effect dichotomy is still relevant under Article 102 TFEU, as it is under Article 101 TFEU. This article examines the tripartite classification of abusive conduct under Article 102 TFEU, namely “restrictions by object”, “restrictions by effect”, and “naked restrictions”, as a specific form of restrictions “by object”. It analyses the implications of this classification for the allocation of the burden of proof between the dominant undertaking, on the one hand, and the competition authority or private plaintiff, on the other.

Key words: abuse of dominance; restrictions by object; naked restraints; objective justifications.

JEL: K21

Testy prawne i dychotomia cel–skutek w świetle art. 102 TFUE

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Obiektywne uzasadnienia i obrona efektywnościowa
- III. Praktyki, co do których istnieje (wzruszalne) domniemanie, że nie mają obiektywnego uzasadnienia (bezpodstawne ograniczenia)

* Hellenic Competition Commission. The views expressed in this article are strictly personal and do not necessarily reflect those of the HCC. E-mail: iapostolakis@epant.gr.

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.

- IV. Praktyki, co do których istnieje (wzruszalne) domniemanie antykonkurencyjnych skutków (ograniczenia ze względu na cel)
- V. Praktyki naruszające art. 102 TFUE ze względu na ich skutki
- VI. Dalsze działania: czy istnieje możliwość wprowadzenia jednolitych ram analizy odnośnie do art. 101 i 102 TFUE?
- VII. Wniosek

Streszczenie

Pomimo przyjęcia „bardziej ekonomicznego podejścia” do oceny praktyk jednostronnych, dychotomia cel–skutek jest nadal tak istotna w przypadku art. 102 TFUE, jak ma to miejsce w przypadku art. 101 TFUE. W artykule zbadano trójpodział zachowań stanowiących nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE na „ograniczenia ze względu na cel”, „ograniczenia ze względu na skutek” i „ograniczenia bezpodstawne (nagie)” jako specyficzną formę ograniczeń „ze względu na cel”. Artykuł analizuje skutki tej klasyfikacji dla rozkładu ciężaru dowodu pomiędzy przedsiębiorstwem dominującym z jednej strony a organem ochrony konkurencji lub powodem prywatnym z drugiej.

Słowa kluczowe: nadużycie dominacji; ograniczenia ze względu na cel; bezpodstawne („nagie”) ograniczenia; obiektywne uzasadnienia.

JEL: K21

I. Introduction

As a result of the move towards an ‘effects-based approach’ to Article 102 TFEU in the second half of the 2000s, and the evolution of the European Courts’ case law thereafter, the analytical framework of the antitrust provisions of the Treaty on the Functioning of the European Union (‘TFEU’) has been marked by a certain degree of consistency, in that the distinction between restrictions of competition ‘by object’ and ‘by effect’ is applicable not only to collusive schemes that fall within the scope of Article 101 TFEU, but also to a dominant undertaking’s unilateral conduct that could be characterised as abusive (Ibáñez Colomo, 2016, p. 709).

In *Irish Sugar*, the General Court relied on the wording of Article 102 TFEU in holding that the anticompetitive object of a particular practice is indistinguishable from its anticompetitive effect.¹ Similarly, in *Michelin II*, the General Court confirmed that, in the context of Article 102 TFEU, a dominant undertaking’s conduct may be found to have as its object the restriction of competition, in which case it will automatically be presumed to have anticompetitive effects.² This approach evidently echoes the established case law on the rationale behind the object–effect dichotomy under Article 101(1) TFEU: once the anticompetitive object of an agreement has been established, it is not necessary to examine its effects on competition.³

¹ Case T-228/97, *Irish Sugar plc v Commission*, EU:T:1999:246, para 170.

² Case T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission*, EU:T:2003:250, para 241 (‘If it is shown that the object pursued by the conduct of an undertaking in a dominant position is to limit competition, that conduct will also be liable to have such an effect’). See also Case T-340/03, *France Télécom SA v Commission*, EU:T:2007:22, para 195.

³ See, e.g., C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others*, EU:C:2020:265, paras 33–34.

More recently, in *Unilever Italia*, the CJEU confirmed that the distinction between anticompetitive object and effect, as alternative requirement for establishing abuse of dominance, is still relevant under Article 102 TFEU. In particular, the Court held that ‘abuse of a dominant position could be established, inter alia, where the conduct complained of produced exclusionary effects in respect of competitors that were as efficient as the perpetrator of that conduct in terms of cost structure, capacity to innovate, quality, **or where that conduct was based on the use of means other than those which come within the scope of ‘normal’ competition, that is to say, competition on the merits**’.⁴

The CJEU has clarified that an undertaking is said to compete on the merits when it relies on grounds relating to the defence of its legitimate interests or on objective justifications.⁵ On the contrary, ‘[a]ny practice the implementation of which holds no economic interest for a dominant undertaking, except that of eliminating competitors so as to enable it subsequently to raise its prices by taking advantage of its monopolistic position, must be regarded as a means other than those which come within the scope of competition on the merits’.⁶

In any event, it has been established that there are no ‘per se’ illegal forms of abuse under Article 102 TFEU. This was stressed by AG Colomer, who, in his Opinion in *GSK*, noted that ‘the examples listed in subparagraphs (a) to (d) of the second paragraph of Article [102 TFEU] do not operate as legal presumptions, unlike those in Article [101](1)(a) to (e). At most they should be understood, due to their underlying economic logic, as rebuttable presumptions which lighten the burden of proof for the party relying on them [...]’.⁷ More recently, this position was reiterated by AG Rantos in *Servizio Elettrico Nazionale*.⁸ This approach implies that, once it is established that an undertaking has engaged in a specific form of conduct that is considered as giving rise to a presumption of exclusionary effect, the competition authority has successfully discharged the burden of proof and is now on that undertaking to justify its practice on objective grounds.

In addition to the foregoing, in its 2009 *Intel* decision, the Commission introduced the term ‘naked restrictions’, to denote that certain forms of unilateral conduct are demonstrably inconsistent with competition on the merits.⁹ The purpose of this paper is to examine the tripartite classification of abusive conduct under Article 102 TFEU in ‘restrictions by object’, ‘restrictions by effect’, and ‘naked restrictions’, as a specific – yet distinguishable – form of ‘by object’ restrictions, and to analyse the implications of this classification for the allocation of the burden of proof between the dominant undertaking, on the one hand, and the competition authority or private plaintiff, on the other.

The structure of this paper is as follows: Section II discusses the defences available to the dominant undertaking under investigation and their function within the analytical framework of Article 102 TFEU. Sections III, IV and V look into the three categories of abusive practices, namely naked restrictions, ‘by object’ restrictions and practices that fall within the scope of Article 102 TFEU only insofar as they are shown to have anticompetitive effects. In this context, the types of

⁴ Case C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations*, EU:C:2023:33, para 39 (emphasis added).

⁵ See Case C-457/10 P, *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v Commission*, EU:C:2012:770, para 149.

⁶ Case C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA and Others v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato and Others*, EU:C:2022:379, para 77.

⁷ Joined Cases C-468/06 to C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE and Others v GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, formerly Glaxowellcome AEVE*, Opinion of AG Colomer, EU:C:2008:180, para 70.

⁸ Case C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA and Others v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato and Others*, Opinion of AG Rantos, EU:C:2021:998, para 55.

⁹ Case 37.990 – *Intel*, Commission decision of 13.05.2009, paras 1641 ff.

defence that an undertaking may invoke will be examined, depending on the characterisation of its conduct. Finally, Section VI discusses the possibility of the application of a unified analytical framework under Articles 101 and 102 TFEU, in light of the endorsement of the object–effect dichotomy in the context of both provisions.

II. Objective justifications and the efficiency defence

In EU competition law, the rules on the allocation of the burden of proof are set out in Article 2 of Regulation 1/2003,¹⁰ according to which the burden of proving an infringement of Articles 101(1) or 102 TFEU is on the party or the authority alleging the infringement, whereas '[t]he undertaking or association of undertakings claiming the benefit of Article [101(3) TFEU] shall bear the burden of proving that the conditions of that paragraph are fulfilled'. Although the wording of the provision is limited only to the parties' burden of proving that their agreement meets the requirements for individual exemption under Article 101(3) TFEU, it is nevertheless apparent that, once the competition authority or court has established that the unilateral conduct of a dominant undertaking falls within the scope of Article 102 TFEU, the burden should shift to the latter to produce the required evidence in an attempt to demonstrate that the practice under investigation should not qualify as abusive. An undertaking's right to plead a defence against an alleged infringement is not only consistent with a principle of equality of arms, but also emanates directly from paragraph 5 of the Preamble of Regulation 1/2003, which acknowledges that '[i]t should be for the undertaking or association of undertakings invoking the benefit of a defence against a finding of an infringement to demonstrate to the required legal standard that the conditions for applying such defence are satisfied'.

Although Article 102 TFEU does not explicitly acknowledge the possibility of an efficiency defence equivalent to that of Article 101(3), it is established that there is always room for a dominant undertaking to argue that the contested practice is not abusive within the meaning of that provision. In particular, the dominant undertaking may argue that it resorted to the conduct under investigation in an attempt to protect its own commercial interests and that the action was both reasonable and proportionate to the threat.¹¹ Alternatively, the undertaking may demonstrate that the practice was objectively justified.

The concept of objective justification under Article 102 TFEU appears to be two-fold. More specifically, a dominant undertaking may defend its conduct by demonstrating either that (i) its conduct is objectively necessary, or that (ii) the exclusionary effect may be counterbalanced, or even outweighed, by efficiencies that also benefit consumers.¹² The notion of objective necessity is associated with factors external to the undertaking, such as health or safety considerations related to the nature of the product in question.¹³ On the other hand, the efficiency defence under Article 102 is associated with the existence of an 'objective **economic** justification', as per the

¹⁰ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [now Articles 101 and 102 TFEU] [2003] OJ L 1/1.

¹¹ See, e.g., Case 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission*, EU:C:1978:22, paras 189–190; Joined cases C-468/06 to C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE and Others v GlaxoSmithKline AEEVE Farmakeftikon Proionton, formerly Glaxowellcome AEEVE*, EU:C:2008:504, para 69.

¹² See, e.g., Case C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, EU:C:2012:172, para 41 (and the case law cited).

¹³ See Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty [now Article 102 TFEU] to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C 45/7, para 29.

CJEU's wording in *British Airways*,¹⁴ and mirrors the four criteria set out in Article 101(3) TFEU. That is to say, the undertaking under investigation must show that 'the efficiency gains likely to result from the conduct under consideration counteract any likely negative effects on competition and consumer welfare in the affected markets, that those gains have been, or are likely to be, brought about as a result of that conduct, that such conduct is necessary for the achievement of those gains in efficiency and that it does not eliminate effective competition, by removing all or most existing sources of actual or potential competition'.¹⁵ Evidently, the burden is on the dominant undertaking to put forward an objective justification defence and provide all supporting arguments and evidence to this effect.¹⁶

While ostensibly similar from an analytical standpoint, at first glance an analysis carried out within the framework of Article 102 TFEU does not follow the same structured pattern as under Article 101 TFEU. In the context of the latter provision, the competition authority or court first looks into the object of an agreement or concerted practice and, if the agreement does not reveal in itself a sufficient degree of harm to competition, the enforcer proceeds with the examination of its effects. Once the anticompetitive object or effect has been substantiated, an infringement of Article 101(1) TFEU has been established and the parties to the agreement are given the opportunity to escape the prohibition by showing that the agreement is eligible for an exemption on an individual basis following a balancing of possible pro- and anticompetitive effects under Article 101(3) TFEU.

It is submitted that the purpose of an efficiency defence within the framework of Article 102 TFEU is in its essence different from the function of a balancing exercise under Article 101(3). More specifically, in the context of the bifurcated Article 101 TFEU, in order for a balancing of pro- and anticompetitive effects to be carried out under the third paragraph, it is necessary first that the restrictive nature and impact of the agreement be established.¹⁷ Once the competition authority or plaintiff discharge their burden of proving the object or effect of the agreement, it is on the parties to show that the agreement is on balance pro-competitive and thus qualifies for exemption.

On the contrary, under Article 102 TFEU, this balancing exercise is embedded in the inquiry into the nature of the conduct under investigation as abusive or not. For example, in *Tetra Pak II*, the CJEU, in holding that contractual tying is by its very nature capable of producing a foreclosure effect, stated that the tied sales of two products may 'constitute abuse within the meaning of Article [102] **unless they are objectively justified**'.¹⁸ That is to say, the examination of possible objective justifications – provided, of course, that these have been invoked by the undertaking under investigation – is an essential step in determining whether a certain practice is abusive or benign in the first place (for a relevant discussion, see Loewenthal, 2005, pp. 455, 459–460, arguing that the defence of "objective justification" can be compared to the Commission's treatment of the "efficiency defence" in the appraisal of mergers). This understanding of the function of objective justifications within the framework of Article 102 is consistent with the CJEU's earlier ruling in

¹⁴ Case C-95/04 P, *British Airways plc v Commission*, EU:C:2007:166, paras 85–87.

¹⁵ See Case C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, EU:C:2012:172, para 42. In this regard, compare the respective test elaborated by the Court in *British Airways*, which appears to be less stringent in that it omits the requirement that the conduct in question does not eliminate effective competition; Case C-95/04 P, *British Airways plc v Commission*, EU:C:2007:166, para 86.

¹⁶ See Case T-201/04, *Microsoft Corp. v Commission*, EU:T:2007:289, para 688.

¹⁷ See Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty [now Article 101(3) TFEU] (hereinafter "Article 101(3) Guidelines") [2004] OJ C 101/97, para 12.

¹⁸ Case C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Commission*, EU:C:1996:436, para 37.

Ahmed Saeed, where the Court took the view that, unlike Article 101(3), once a practice has been found to be abusive, there is no possibility for the dominant undertaking to pursue an exemption.¹⁹

It is interesting to note that, initially, the CJEU maintained that both types of objective justification (namely the objective necessity and the efficiency defence) could be invoked by the undertaking under investigation after the competition authority or court has established the anticompetitive effects brought about by the conduct.²⁰ However, the Court subsequently appeared to distance itself from its earlier case law regarding the methodology applied in the analysis of potentially abusive conduct. More specifically, in *Intel* it took the view that, first, the efficiency defence is a concept which is distinct from that of ‘objective justifications’ and, second, that while an objective justification may be more appropriate when examining the object of a certain practice, the examination of an efficiency defence may be carried out only after the anticompetitive effects of that practice have been substantiated.²¹

The approach advocated by the Court in *Intel* aligns the analytical framework of Article 102 TFEU with the methodology applied under the bifurcated Article 101 TFEU. It should be recalled that, in the context of Article 101 TFEU, the General Court has stated that all anticompetitive practices are in principle eligible for an exemption, provided that all criteria laid down in Article 101(3) TFEU are met.²² Moreover, once it is shown that an agreement pursues a legitimate objective, a finding of anticompetitive object can be put into question.²³

III. Practices that are (rebuttably) presumed to have no objective justification (naked restrictions)

The origins of the concept of ‘naked restrictions’ under Article 102 TFEU can be traced back to the very definition of abuse of dominance in *Hoffmann-La Roche*, where the CJEU noted that ‘[t]he concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth

¹⁹ Case 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v. Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, EU:C:1989:140, para 32. To this effect, see also Case C-53/03, *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v. GlaxoSmithKline plc and GlaxoSmithKline AEE*, Opinion of AG Jacobs, EU:C:2004:673, para 72 (‘Article [102 TFEU], by contrast with Article [101 TFEU], does not contain any explicit provision for the exemption of conduct otherwise falling within it. Indeed, the very fact that conduct is characterised as an ‘abuse’ suggests that a negative conclusion has already been reached, by contrast with the more neutral terminology of ‘prevention, restriction, or distortion of competition’ under Article [101 TFEU]. In my view, it is therefore more accurate to say that certain types of conduct on the part of a dominant undertaking do not fall within the category of abuse at all. [...]’).

²⁰ See Case C-209/10, *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, EU:C:2012:172, para 40.

²¹ Case C-413/14 P, *Intel Corp. v. Commission*, EU:C:2017:632, para 140 (‘The analysis of the capacity to foreclose is also relevant in assessing whether a system of rebates which, in principle, falls within the scope of the prohibition laid down in Article 102 TFEU, may be objectively justified. In addition, the exclusionary effect arising from such a system, which is disadvantageous for competition, may be counterbalanced, or outweighed, by advantages in terms of efficiency which also benefit the consumer. That balancing of the favourable and unfavourable effects of the practice in question on competition can be carried out in the Commission’s decision only after an analysis of the intrinsic capacity of that practice to foreclose competitors which are at least as efficient as the dominant undertaking.’).

²² Case T-17/93, *Matra Hachette SA v. Commission*, EU:T:1994:89, para 85.

²³ See Case 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*, EU:C:2011:649, para 39 (‘As regards agreements constituting a selective distribution system, the Court has already stated that such agreements necessarily affect competition in the common market [...]. Such agreements are to be considered, in the absence of objective justification, as “restrictions by object”.’).

of that competition’.²⁴ In its 2014 *Intel* judgment, the General Court interpreted this definition as meaning that a practice which is ‘clearly’ inconsistent with competition on the merits should be regarded as unlawful.²⁵

The term ‘naked restrictions’ was first introduced by the Commission in its *Intel* decision, where it scrutinised *inter alia* the payments offered by Intel to certain original equipment manufacturers (‘OEMs’), namely HP, Acer and Lenovo, on condition that they delay, cancel and, generally, restrict the commercialisation of AMD-based products.²⁶ The Commission characterised these practices as ‘naked restrictions’ and distinguished them from Intel’s other practices (conditional rebates and payments) in that the former were shorter in duration, targeted specific products or sales channels and, more importantly, constituted ‘tactical moves to foreclose AMD’.²⁷ In concluding its analysis, the Commission summarily dismissed the possibility that the naked restraints in question be justifiable from an economic standpoint, as there was ‘no link between the conducts and any criterion which could potentially be a legitimate objective justification’.²⁸

On appeal, the General Court upheld the Commission’s findings, stating that ‘[t]he grant of payments to customers in consideration of restrictions on the marketing of products equipped with a product of a specific competitor **clearly** falls outside the scope of competition on the merits’.²⁹ For this reason, in the General Court’s view, the Commission was not required to demonstrate the capability of the practices to restrict competition in more detail.³⁰ Subsequently, upon referral from the CJEU, the General Court reiterated its earlier view, noting that nothing in the CJEU’s judgment suggests that the application of the methodology outlined for the assessment of loyalty rebates should also extend to naked restrictions or that the as-efficient competitor test should be carried out in this regard.³¹

One cannot fail to observe that the very use of the term ‘naked’ restrictions, in and of itself, has a very specific connotation, being rather associated with the ‘per se’ treatment of horizontal collusive practices under US antitrust law.³² By contrast, to the best of my knowledge, the term has never been formally used by the European Commission or Courts in the context of Article 101 TFEU. This comes as no surprise, as it is established that there are in principle no practices that are *a priori* excluded from the possibility of an individual exemption under Article 101(3) TFEU. In light of the above, the assumption that there are no per se illegal forms of abuse under Article 102 TFEU does not fit well with the explicit characterisation of Intel’s conditional payments as ‘naked’ restrictions.

Against this backdrop, it could be argued that the concept of naked restrictions represents a presumption that a practice which falls within this category cannot be objectively justified. In other words, the term is associated with a presumption of anticompetitive intent, as the practice

²⁴ Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission*, EU:C:1979:36, para 91.

²⁵ Case T-286/09, *Intel Corp. v European Commission*, EU:T:2014:547, para 219.

²⁶ Case 37.990 – *Intel*, Commission decision of 13.05.2009, paras 1641 ff.

²⁷ *Ibid*, para 1642.

²⁸ *Ibid*, para 1680.

²⁹ Case T-286/09, *Intel Corp. v Commission*, EU:T:2014:547, para 205 (emphasis added).

³⁰ *Ibid*, para 209.

³¹ Case T-286/09 RENV, *Intel Corporation Inc. v Commission*, EU:T:2022:19, paras 88–96.

³² See, e.g., *United States v. Topco Associates, Inc.* [1972] 405 U.S. 596, 610 (‘In applying these rigid [per se] rules, the Court has consistently rejected the notion that naked restraints of trade are to be tolerated because they are well intended or because they are allegedly developed to increase competition’).

is *prima facie* inconsistent with competition on the merits. This presumption should be regarded as rebuttable, since the dominant undertaking under investigation should always be able to plead that the restriction was objectively necessary or that, by implementing the practice, it was merely defending its economic interests.

In line with the understanding of an abuse as an ‘objective’ concept, for the purposes of its analysis, the competition authority or court is not required to take into account the dominant undertaking’s subjective intent. In other words, a finding of an abuse cannot be precluded from the mere fact that the undertaking demonstrates its intention to compete on the merits.³³ This, however, does not deprive the fact-finder from the possibility to examine the motives behind the conduct at issue when establishing the infringement, as part of a broader investigation,³⁴ in light of the assumption that the dominant undertaking’s intention reflects the nature and objectives pursued by its strategy.³⁵ This assumption is consistent with the Court’s established approach that the examination of the abusive nature of a dominant undertaking’s practice pursuant to Article 102 TFEU must be carried out by taking into consideration all the specific circumstances of the case.³⁶

In the early stages of the evolution of EU case law, the approach taken to Article 102 TFEU was that no defence would be admissible where the contested conduct has an exclusionary object (or ‘purpose’). In *United Brands*, the CJEU took the view that a ‘meeting competition defence’ would not be accepted where the actual **purpose** of the practice is to strengthen the undertaking’s dominant position and abuse it.³⁷ In *Hoffmann-La Roche* the Court held that exclusivity clauses and loyalty rebates are inherently anticompetitive, as ‘they are not based on an economic transaction which justifies this burden or benefit but are designed to deprive the purchaser of or restrict his possible choices of sources of supply and to deny other producers access to the market’.³⁸ Subsequently, in the early 1990s, the Court adopted a similar stringent approach to predatory pricing, albeit without attributing a specific characterisation to the respective practice. In *AKZO*, the Court held that, where a dominant undertaking is charging below its average variable costs, it can be presumed that its sole objective is to eliminate a competitor, in order to be able to increase its prices subsequently, once it has established its monopolistic position.³⁹ From the Court’s language in *AKZO* (as in *Hoffmann-La Roche*) it could be deduced that its purpose was to apply a presumption of anticompetitive intent and not one of anticompetitive effects. The Courts appeared to take the view that a dominant undertaking which charges below average variable costs is not competing on the merits, irrespective of whether the practice is actually capable of producing exclusionary effects.

In its 2009 Guidance Paper, while advocating for the application of an effects-based approach to the concept of ‘abuse’, the Commission nevertheless embraces the idea that certain types of conduct may give rise to a presumption of anticompetitive effects *prima facie*. In such cases, the

³³ For the application of this principle in the context of Article 101(1) TFEU, see C-209/07, *Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, EU:C:2008:643, para 21 (‘an agreement may be regarded as having a restrictive object even if it does not have the restriction of competition as its sole aim but also pursues other legitimate objectives’).

³⁴ See C-549/10 P, *Tomra Systems ASA and Others v Commission*, EU:C:2012:221, paras 19–22.

³⁵ Case C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations*, EU:C:2023:33, para 45.

³⁶ See Case C-152/19 P, *Deutsche Telekom AG v Commission*, EU:C:2021:238, para 42 (and the case law cited).

³⁷ Case 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission*, EU:C:1978:22, para 189. This position was subsequently reiterated in a number of cases; see, e.g. Case T-219/99, *British Airways plc v Commission*, EU:T:2003:343, para 243 (and the case law cited).

³⁸ Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission*, EU:C:1979:36, para 90.

³⁹ See Case C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission*, EU:C:1991:286, para 71.

Commission clarifies that it shall not carry out a detailed assessment before concluding that the conduct in question is likely to result in consumer harm. This presumption is appropriate in cases where it appears that the conduct under investigations can only raise obstacles to competition and that it creates no efficiencies. As examples of practices that will be presumed to be unlawful, the Commission cites cases where the dominant undertaking prevents its customers from testing the products of competitors or provides financial incentives to its customers on condition that they do not test such products or pays a distributor or a customer to delay the introduction of a competitor's product.⁴⁰

A similar analysis is applied to practices whereby a dominant undertaking seeks to prevent all parallel exports between Member States, thus compartmentalising the internal market. In this regard, the Court stated in *GSK* that 'there can be no escape from the prohibition laid down in Article [102 TFEU]'.⁴¹ While this wording clearly implies that such conduct is subject to a conclusive presumption of competitive harm, the Court left the possibility open for dominant undertakings to argue that, in implementing practices that prevented parallel exports, it was merely taking steps that were reasonable and proportionate to the need to protect its own commercial interests.⁴² It has been submitted that, although the Court's ruling is in line with the assumption that there are in principle no forms of unilateral conduct that are considered as abusive in themselves, it nevertheless makes only a limited range of objective justifications available to a dominant undertaking that seeks to defend a practice that partitions the national markets (Lianos, Korah and Siciliani, 2019, p. 908).

IV. Practices that are (rebuttably) presumed to have anticompetitive effects (restrictions by object)

As stated earlier, the notion of restrictions of competition 'by object' is not incongruent with Article 102 TFEU, despite the absence of any reference to this concept in the wording of the provision. From an analytical perspective, the notion of 'by object' restrictions has the same meaning under both Articles 101(1) and 102 TFEU, in the sense that it is associated with a presumption that the relevant practice is capable of producing anticompetitive effects, without it being necessary for the competition authority or plaintiff to establish these effects, unless the undertaking(s) under investigation challenge the validity of the presumption (on the notion of 'by object' restrictions under Articles 101 and 102 TFEU, see Ibáñez Colomo, 2018, p. 293).

In the landmark *Intel* case, the CJEU confirmed that loyalty rebates amount to an abuse of dominance, however it read a burden-shifting mechanism into its earlier case law: where the undertaking concerned challenges the presumption of exclusionary effects, the competition authority is required to assess the probative value of the evidence produced by the former, in deciding whether the rebates at issue have as their object the restriction of competition.⁴³ It is only after the 'intrinsic capacity' of loyalty rebates to foreclose as efficient competitors has been refuted that the authority can proceed to a balancing exercise of the pro- and anticompetitive effects of

⁴⁰ See Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty [now Article 102 TFEU] to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C 45/7, para 22.

⁴¹ See Joined cases C-468/06 to C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE and Others v GlaxoSmithKline AEEVE Farmakeftikon Proïonton, formerly Glaxowellcome AEEVE*, EU:C:2008:504, para 66.

⁴² Joined cases C-468/06 to C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE and Others v GlaxoSmithKline AEEVE Farmakeftikon Proïonton, formerly Glaxowellcome AEEVE*, EU:C:2008:504, para 69.

⁴³ Case C-413/14 P, *Intel Corp. v Commission*, EU:C:2017:632, paras 137–138.

the practice.⁴⁴ This methodological sequence clearly reflects the analytical process applied within the framework of the bifurcated Article 101 TFEU.

This approach was relied upon more recently, in *Unilever Italia*, where the CJEU dealt with the compatibility of exclusivity clauses with Article 102 TFEU.⁴⁵ It should be reminded that the earlier case law of the European Courts had ostensibly drawn an analytical distinction between contractual and *de facto* exclusivity, applying different legal standards to each type of conduct. More specifically, in *Hoffmann-La Roche*, the Court had adopted a formalistic approach to exclusive purchasing, effectively holding that the respective clauses are by their very nature abusive, and without explicitly acknowledging the possibility for the undertaking under investigation to put forward an objective justification for its conduct.⁴⁶ Subsequently, in *Van den Bergh Foods*, the General Court applied an effects-based analysis, arguing that the conduct of a dominant undertaking that amounted to *de facto* exclusive dealing (provision of freezer cabinets on condition of exclusivity) constituted an abuse of dominance on account of its exclusionary effects.⁴⁷

In *Unilever Italia*, the CJEU revisited the legal test applied to contractual exclusivity and subtly qualified its earlier judgment in *Hoffmann-La Roche*. In particular, the Court noted that, even though exclusivity clauses imposed by a dominant undertaking raise competition concerns ‘by reason of their nature’, their ability to foreclose the market cannot be conclusively presumed.⁴⁸ Once the competition authority demonstrates the application of exclusivity clauses, it is entitled to declare them incompatible with Article 102 TFEU, unless the undertaking (i) produces evidence that cast doubt on the capacity of the clauses to exclude equally efficient competitors or (ii) pleads that its conduct is objectively justified.⁴⁹ Hence, the competition authority, albeit not required to establish the alleged harmful effects of the practice in question, it is nevertheless under the obligation to examine any evidence submitted by the dominant undertaking, once the latter discharges its burden of proof.⁵⁰

By contrast to the category of naked restraints presented in the previous section, it is clear from both *Intel* and *Unilever Italia* that, as far as loyalty rebates and exclusivity clauses, respectively, are concerned, the focus is on the ability of the practice at issue to exclude a competitor. There is nothing in those two judgments to suggest that the CJEU regards the practices at issue as presumably inconsistent with competition on the merits. Quite the contrary: the Court has conceded that it is only natural that competition – on the merits may result in less efficient competitors being driven out of the market.⁵¹ In fact, the conduct of a dominant undertaking will be considered as problematic only if it produces ‘exclusionary effects in respect of competitors that [are] as efficient as the perpetrator of that conduct in terms of cost structure, capacity to innovate, quality’.⁵²

⁴⁴ *Ibid*, para 140.

⁴⁵ Case C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations*, EU:C:2023:33.

⁴⁶ See Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission*, EU:C:1979:36, para 89 (‘An undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers – even if it does so at their request – by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article [102 TFEU] [...]’). See also Case T-65/89, *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v Commission*, EU:T:1993:31, para 68 (‘the conclusion of exclusive supply contracts in respect of a substantial proportion of purchases constitutes an unacceptable obstacle to entry to that market’).

⁴⁷ See Case T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd v Commission*, EU:T:2003:281, para 160.

⁴⁸ Case C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations*, EU:C:2023:33, para 51.

⁴⁹ *Ibid*, paras 52–53.

⁵⁰ *Ibid*, paras 54–55.

⁵¹ Case C-413/14 P, *Intel Corp. v Commission*, EU:C:2017:632, para 136; Case C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations*, EU:C:2023:33, para 37.

⁵² Case C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations*, EU:C:2023:33, para 39.

It is submitted here that, in the context of Article 102 TFEU, restrictions of competition by object are distinct from naked restrictions, in that the latter cannot be justified from an economic standpoint, other than as outright attempts to exclude a competitor. In this sense, they are considered as being driven by an anticompetitive intent and are rebuttably presumed to fall outside the scope of competition on the merits. The dominant undertaking could refute this presumption following a two-prong test:

- first, the dominant undertaking should be required to demonstrate that the impugned conduct was objectively justified. While it is unclear whether an argument that the practice at issue was not capable of producing anticompetitive effects would be acceptable, it is submitted here that the General Court’s judgment in *Intel* clearly stands for the proposition that the enforcer is under no obligation to carry out an as-efficient competitor test with regard to naked restraints;⁵³
- second, if and only if the undertaking discharges its burden of proof by successfully pleading an objective justification defence, this means that the restriction is not ‘naked’, in which case the burden shifts back to the enforcer to substantiate that the practice is capable of producing, at least potential, anticompetitive effects.

The same logic should underpin the legal tests applied to the other examples of naked restraints discussed above, namely predatory pricing and the restriction of parallel exports. With regard to the former, it is clear from *AKZO* and subsequent case law⁵⁴ that the presumption against pricing below average variable costs is primarily one of anticompetitive intent, not exclusionary **effects**. It has been observed in this regard that ‘some decisions and judgments refer to the “object” or “purpose” of the dominant undertaking as an alternative to analysing the “effects” of a practice on the market’ (Akman, 2014, p. 316, 317). In this sense, pleading that the practice is objectively justified should be regarded as more appropriate for the purpose of rebutting the presumption.

On the contrary, with regard to forms of unilateral conduct constituting restrictions of competition by object, these may be presumed to violate Article 102 TFEU, however it is on the dominant undertaking to demonstrate that its behaviour is not capable of producing exclusionary **effects** or, in other words, that it is not likely to result in the elimination of an as-efficient competitor. Since restrictions by object are not presumed to lack an objective justification, an argument that an exclusivity clause or a loyalty rebate scheme is objectively justified is not likely to absolve the dominant undertaking from antitrust liability in the absence of a showing that the conduct is not likely to produce exclusionary effects.

A possible criticism of the different approaches taken to naked restrictions and ‘by-object’ restrictions could be that a naked restraint will be prohibited even if it is likely to result in the exclusion of **less efficient** competitors. This assumption is at odds with the established principle that ‘Article [102 TFEU] covers not only practices which may prejudice consumers directly but also those which indirectly prejudice them by impairing an **effective** competitive structure’.⁵⁵ In turn, an effective competitive structure is said to be impaired where the competitors harmed by the dominant undertaking’s conduct are as efficient as itself (Lovdahl Gormsen, 2013, p. 223, 231).

⁵³ See note 32 above and accompanying text.

⁵⁴ See Case C-202/07 P, *France Télécom SA v Commission*, EU:C:2009:214, para 109.

⁵⁵ See Case T-201/04, *Microsoft Corp. v Commission*, EU:T:2007:289, para 664 (and the case law cited).

However, according to the preceding analysis, the notion of naked restraints is not related to the effects of a given practice, but rather to the exclusionary intent of the dominant undertaking which is manifested in a way so obviously inconsistent with competition on the merits that the examination of its impact on the market would be redundant.

V. Practices that infringe Article 102 TFEU on account of their effects

This last category of abuses comprises most forms of conduct that may potentially qualify as abusive, within the meaning of Article 102 TFEU. It concerns practices that are not considered as having the intrinsic capacity of foreclosing competition; thus, the burden is on the competition authority to establish that, under the circumstances of a specific case, these practices may produce, actual or potential, exclusionary effects.

An example of practices that fall within this category is margin squeeze. As the CJEU held in *TeliaSonera*, margin squeeze can be found to be abusive only if it is shown to have an exclusionary effect on competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking itself.⁵⁶ According to the Court, in the absence of an effect – whether actual or potential – on the competitive situation of competitors, in the sense that entry into the affected market has not been hindered as a result, the practice under investigation shall not be caught by the prohibition of Article 102 TFEU.⁵⁷ Accordingly, the Court clearly places the burden on the competition authority to perform the as-efficient competitor test and demonstrate that the contested practice produces anticompetitive effects.

Similarly, in order for price discrimination to fall within the scope of Article 102 TFEU, the competition authority is liable to establish that the conduct tends to distort the competitive relationship between the dominant undertaking's trading partners, by placing some of them at a competitive disadvantage vis-à-vis the others.⁵⁸ In doing so, the competition authority must examine all relevant circumstances of the case and substantiate that the conduct in question has an effect on the costs, profits or any other relevant interest of one or more of the trading partners, in a way that it affects their competitive situation.⁵⁹ As far as technical bundling is concerned, in *Microsoft* the General Court distanced itself from earlier case law that treated tying as having by its nature foreclosure effects. The Court noted that, in light of the specific circumstances of the case at hand, a mere presumption of anticompetitive effects was not appropriate.⁶⁰ Finally, refusal to deal, whether outright⁶¹ or constructive,⁶² may be found abusive subject to an examination of its impact on competition in a vertically-related market.

Once a given conduct has been found to fall within the scope of Article 102 TFEU, it is open to the dominant undertaking to plead an efficiency defence in order to escape the prohibition. However, it could be argued that it is rather impossible for an undertaking to survive the relevant

⁵⁶ See Case C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, EU:C:2011:83, para 63 (and the case law cited).

⁵⁷ *Ibid*, para 66 (and the case law cited).

⁵⁸ See C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência*, EU:C:2018:270, para 25.

⁵⁹ *Ibid*, para 37. As part of its analysis, the competition authority is expected to assess the undertaking's dominant position, the parties' negotiating power, the conditions and arrangements for charging the contested prices, their duration and their amount, and the possible existence of a strategy aiming to exclude from the downstream market a trading partner that is at least as efficient as its competitors; see *ibid*, para 31.

⁶⁰ Case T-201/04, *Microsoft Corp. v Commission*, EU:T:2007:289, para 868.

⁶¹ Case C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, EU:C:1998:569, para 41.

⁶² Case C-165/19 P, *Slovak Telekom, a.s. v Commission*, EU:C:2021:239, paras 50–51.

test formulated in *Post Danmark* (effectively transplanting the Article 101(3) TFEU criteria into the analytical framework of Article 102 TFEU).⁶³ Once the competition authority or plaintiff has discharged its burden of proof by substantiating the harmful effects of the contested conduct, the dominant undertaking will be required to show inter alia that the practice ‘does not eliminate effective competition, by removing all or most existing sources of actual or potential competition’. Such a requirement, though, is effectively an oxymoron since, at that stage, the competition authority or plaintiff will have already established that the conduct is capable of excluding an as-efficient competitor or, in refusal to deal cases, that it is likely to eliminate all competition in the affected market.

On the basis of the foregoing, it could be argued that the framework for the assessment of efficiency defences, as set out in *British Airways*, appears to be more appropriate – and, in any event, makes more sense – than the test set out in *Post Danmark*.⁶⁴ Otherwise, it would be effectively impossible for the dominant undertaking to justify its conduct on the basis of a pro-competitive rationale, despite the reversal of the burden of proof. Having said that, even an approach whereby the ‘no elimination of competition’ requirement is omitted raises an important concern: could the exclusion of an as-efficient competitor ever be justified in light of possible efficiencies generated by the conduct?

The Commission’s Article 101(3) Guidelines expressly take the view that the protection of the competitive process takes precedence over any efficiency gains that may emanate from a restrictive agreement.⁶⁵ There is no reason to think that the standard applied under Article 102 TFEU would be any different, especially given that, due to the very presence of the dominant undertaking, the structure of competition in the market is already weakened. Under these circumstances, a practice which has already been shown to result in a (further) disruption of the competitive process by eliminating a rival which is at least as efficient as the dominant undertaking, cannot be expected to be exonerated by means of an efficiency defence. Against this backdrop, arguing that a certain practice is objectively justified could prove to be the only way-out for a dominant undertaking.⁶⁶

VI. The way forward: Is there scope for a unified analytical framework under Articles 101 and 102 TFEU?

The evolution of the European Courts’ case law with regard to the legal tests applied to certain forms of conduct by dominant undertakings reveals an attempt to enhance the internal consistency of EU competition law, in terms of the analytical framework of Articles 101 and 102 TFEU. On the one hand, the interpretation of the concept of ‘abuse’ has implicitly introduced the object–effect dichotomy in Article 102, while allowing the undertaking under investigation to challenge a finding of anticompetitive object by showing that its behaviour was objectively justified. Additionally, a dominant undertaking’s ability to plead an efficiency defence – at least as envisaged by the CJEU in *Intel* – opens the door to a balancing exercise equivalent to that of Article 101(3) TFEU,

⁶³ See *supra* section II.

⁶⁴ See *supra* note 16 and accompanying text.

⁶⁵ Article 101(3) Guidelines, para 105.

⁶⁶ See, e.g., Case C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, EU:C:1998:569, para 41.

with a view to determining the net competitive effects of a certain unilateral practice. Having said that, one could observe some discrepancies between the two provisions.

First, as has already been mentioned earlier, in the case of practices that are considered as abusive by object, a dominant undertaking may claim that its conduct is not likely to result in the elimination of an as-efficient competitor, in order to rebut the presumption of anticompetitive effect. On the contrary, this does not seem to be possible in the context of Article 101 TFEU: once an agreement has been found to be restrictive by object, there is no room for the parties other than to seek an exemption on an individual basis under Article 101(3) TFEU. The very concept of ‘by-object’ restrictions under Article 101(1) is premised on the assumption that certain types of coordination between undertakings reveal a sufficient degree of harm to competition, so that there is no need to examine their effects.⁶⁷

Second, according to the Court’s established case law, the notion of restrictions of competition by object under Article 101(1) TFEU is associated with certain forms of collusion that, in light of experience, are deemed so likely to have negative effects on the price, quantity or quality of the affected goods and services, that it is considered redundant to prove that they have actual effects on the market.⁶⁸ As far as Article 102 TFEU is concerned, though, a practice will be considered as intrinsically abusive if, on the face of it, it makes no economic sense other than as a means to eliminate a competitor. Hence, in *Hoffmann-La Roche*, a judgment which, although substantially qualified by *Intel* and *Unilever Italia*, still stands for the proposition that exclusivity obligations and loyalty rebates are abusive by their nature,⁶⁹ the CJEU noted that, save for exceptional circumstances, the relevant practices ‘are not based on an economic transaction which justifies this burden or benefit but are designed to deprive the purchaser of or restrict his possible choices of sources of supply and to deny other producers access to the market’.⁷⁰ Similarly, in *France Télécom*, a predatory pricing case, the CJEU noted that a *prima facie* finding of an abuse is associated with a presumption that the conduct at issue pursues no other economic objective apart from the exclusion of competitors.⁷¹ Put differently, a dominant undertaking employing strategies that are regarded as abusive by their nature is presumed not to be competing on the merits.

Third, as was argued in Section IV above, putting forward a pro-competitive justification under Article 102 TFEU, appears to be far less likely to prove successful than under Article 101(3) TFEU. In cases of practices that demonstrably produce exclusionary effects by eliminating competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking pleading an efficiency defence is extremely unlikely to survive a balancing exercise in markets in which the competitive process is already substantially disrupted by the presence of a dominant undertaking. In this sense, the analytical mechanisms for the assessment of pro-competitive justifications are bound to be applied in a different manner in the context of each provision.

⁶⁷ See, e.g., Case C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others*, EU:C:2020:265, para 35 (and the case law cited).

⁶⁸ *Ibid*, para 36 (and the case law cited).

⁶⁹ See Case C-413/14 P, *Intel Corp. v Commission*, EU:C:2017:632, paras 137–139; Case C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations*, EU:C:2023:33, paras 46–47.

⁷⁰ Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission*, EU:C:1979:36, para 90.

⁷¹ Case C-202/07 P, *France Télécom SA v Commission*, EU:C:2009:214, para 109.

VII. Conclusion

The purpose of this article was to demonstrate the rationale underpinning the tripartite distinction of exclusionary abuses under Article 102 TFEU and examine the implications of this categorisation for the analytical frameworks applied to the assessment of naked restraints, practices that have as their object the restriction of competition and forms of unilateral conduct that may be found abusive on account of their effects. It was argued that this distinction affects the allocation of the burden of proof and the defences available to the dominant undertaking under investigation. The adoption of a more economic approach to Article 102 TFEU, as interpreted by the case law of the European Courts, enhances the internal consistency of EU competition law by aligning – although not unifying completely – the analytical framework applied to abusive practices with that of Article 101 TFEU.

References

- Akman, P. (2014). The role of intent in the EU case law on abuse of dominance. *European Competition Journal*, 39(3).
- Ibáñez Colomo, P. (2016). Beyond the “More Economics-Based Approach”: A Legal Perspective on Article 102 TFEU. *Common Market Law Review*, 53. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2755656>.
- Ibáñez Colomo, P. (2018). The Future of Article 102 TFEU after Intel. *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(5).
- Lianos, I., Korah, V. and Siciliani, P. (2019). *Competition Law: Analysis, Cases and Materials*. Oxford University Press.
- Loewenthal, P.J. (2005). The Defence of “Objective Justification” in the Application of Article 82 EC. *World Competition: Law and Economics Review*, 28(4), 455–460.
- Lovdahl Gormsen, L. (2013). Are Anti-Competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU? *World Competition: Law and Economics Review*, 36(2).

Dopuszczalne formy pomocy państwa na rzecz linii lotniczych w dobie pandemii COVID-19¹

(część I)

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Pomoc nadzwyczajna
 1. Pandemia COVID-19 jako zdarzenie nadzwyczajne
 2. Zakres szkód podlegających rekompensacie
 3. Proporcjonalność rekompensaty

Streszczenie

Celem niniejszego opracowania jest przeprowadzenie krytycznej analizy stosowania dwóch rodzajów pomocy państwa, a mianowicie pomocy nadzwyczajnej (art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE) oraz pomocy antykryzysowej (art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE), które odgrywają kluczową rolę w procesie wspierania przewoźników lotniczych w dobie pandemii COVID-19. Pozwoli to na porównanie obu rodzajów pomocy oraz udzielenie odpowiedzi na pytanie o ich znaczenie i użyteczność w kontekście wspierania przewoźników lotniczych, a także szerzej innych przedsiębiorców, w trakcie zdarzeń nadzwyczajnych, takich jak COVID-19.

Przesłanki każdego z tych wyłączeń zostaną omówione osobno, a rozważaniom teoretycznym będą towarzyszyć przykłady z praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej oraz orzecznictwa sądów unijnych. W zakresie pomocy nadzwyczajnej przeanalizowane zostaną trzy kwestie zdające się mieć szczególne znaczenie. Po pierwsze, zostanie zbadane czy pandemia COVID-19 może być uznana za zjawisko objęte zakresem zastosowania art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE. Po drugie, zostaną przeanalizowane jakiego rodzaju szkody mogą podlegać rekompensacie na tej podstawie. Po trzecie, omówione zostaną metody ustalania wysokości należnej rekompensaty, tak by spełniała ona warunek proporcjonalności.

Analiza wyłączenia dotyczącego pomocy antykryzysowej rozpocznie się od omówienia najważniejszych warunków jej dopuszczalności. Następnie szczegółowo zostanie przeanalizowana kwestia czy, oraz ewentualnie w jakich przypadkach, środek krajowy mający postać pomocy indywidualnej może zostać uznany za odpowiedni do zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce danego państwa członkowskiego. Na koniec zbadane zostaną wymogi, jakie musi spełniać dane wsparcie, by mogło zostać uznane za proporcjonalne.

* Magister, doktorantka w Katedrze Prawa Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie; absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz studiów magisterskich na Université d'Orléans z zakresu prawa prywatnego, specjalność: francuskie i międzynarodowe prawo gospodarcze; radca prawny, członek Okręgowej Izby Radców Prawnych w Krakowie. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2322-9006>; e-mail: jadwiga.urban@uj.edu.pl. Poglądy wyrażone w artykule są prywatnymi opiniami autorki.

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.

¹ Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2013/11/N/HS5/04234.

Przeprowadzona analiza pozwoli na ukazanie najważniejszych różnic oraz podobieństw między pomocą nadzwyczajną oraz pomocą antykrzysową. Zaprezentowane zostaną w szczególności odmienne cele, jakim te dwa rodzaje pomocy służą. Wykazane zostanie, że pomoce zarówno pomoc nadzwyczajna, jak i antykrzysowa pełnią ważną funkcję w procesie wychodzenia z trwającego obecnie kryzysu, a przyznawane w ich ramach środki wzajemnie się uzupełniają. Omówione wyłączenia od ogólnego zakazu udzielania pomocy państwa zapewniają zatem niezbędną elastyczność unijnego systemu pomocy państwa, umożliwiając państwom członkowskim dostosowywanie prowadzonej polityki gospodarczej do występujących czasami poważnych zaburzeń lub kryzysów.

Słowa kluczowe: pomoc państwa; pandemia COVID-19; prawo lotnicze; prawo konkurencji Unii Europejskiej; przewoźnicy lotniczy.

JEL: H84, K33

I. Wprowadzenie

Pojawienie się pod koniec 2019 r. w Chinach przypadków ciężkiego zapalenia płuc o nieznanym pochodzeniu oraz lawinowo rosnąca na początku 2020 r. liczba osób zakażonych, w tym ciężko chorych oraz ofiar śmiertelnych, spowodowały, że oczy całego świata skierowały się na Azję. Pragnąc ograniczyć lub przynajmniej spowolnić rozprzestrzenianie się na obszarze Unii Europejskiej tej dotąd nieznannej choroby, już w marcu 2020 r. kraje członkowskie zaczęły wprowadzać różnego rodzaju środki ochronne. Przybierały one różnorodną formę: od ostrzeżeń przed podróżą, poprzez nałożenie dodatkowych wymogów na osoby przekraczające granicę państwową (np. negatywny test na COVID-19 lub obowiązek odbycia kwarantanny), aż po zakazy podróży. Skutkiem restrykcji było bezprecedensowe ograniczenie liczby podróży odbywanych nie tylko na obszarze Europy, lecz także do wielu innych części świata². W rezultacie wprowadzone ostrzeżenia w zakresie przemieszczania się wywarły znaczący wpływ na sytuację przewoźników, organizatorów imprez turystycznych oraz dostawców innych usług turystycznych, oferowanych w ramach imprez turystycznych³.

Jednym z sektorów najmocniej dotkniętych przez kryzys wywołany pandemią COVID-19 jest transport, a szczególnie transport lotniczy. Pogląd ten jest podzielany zarówno przez ekspertów (zob. Agnolucci, 2022, s. 11; Kastelik-Smaga, 2020, s. 36; Maczkovics, 2020, s. 279; Pantazi, 2022, s. 268; Petrov, 2021, s. 461; Riedel, Wilson i Cranley, 2020, s. 123), jak i przez przedstawicieli administracji unijnej (zob. Dombrovskis, 2020; Vălean, 2020). Wprowadzane przez państwa członkowskie zakazy lotów znacząco bowiem ograniczyły możliwość świadczenia usług lotniczych⁴, a nawet doprowadziły do okresowego, prawie całkowitego uziemienia większości flot unijnych

² Według Światowej Organizacji Turystyki ograniczenia w podróżowaniu dotknęły aż 96% destynacji na świecie. Zob. World Tourism Organization, 2020, s. 3.

³ Zob. Zalecenie KE (UE) 2020/648 z dn. 13.05.2020 r. w sprawie bonów oferowanych pasażerom i podróżnym jako alternatywa dla zwrotu pieniędzy za odwołane imprezy turystyczne i usługi transportowe w kontekście pandemii COVID-19 (Dz. U. L 151 z 14.05.2020, s. 10–16, pkt 2).

⁴ Tytułem przykładu można wskazać na następujące polskie akty prawne wprowadzające zakazy w ruchu lotniczym: rozporządzenie RM z dn. 13.03.2020 r. w sprawie zakazów w ruchu lotniczym (Dz. U. 2020, poz. 436); rozporządzenie RM z dn. 28.09.2020 r. w sprawie zakazów w ruchu lotniczym (Dz. U. 2020, poz. 1665); rozporządzenie RM z dn. 23.10.2020 r. w sprawie zakazów w ruchu lotniczym (Dz. U. 2020, poz. 1887).

przewoźników lotniczych. Y. Boquet nazwał trwający obecnie kryzys najpoważniejszym w historii lotnictwa (zob. Boquet, 2021, s. 136).

W celu zobrazowania skali zapaści na europejskim rynku usług lotniczych warto przytoczyć udostępniane przez Eurocontrol dane na temat liczby przeprowadzanych w Europie operacji lotniczych. Zgodnie z tymi informacjami, ruch lotniczy w Europie był w kwietniu 2020 r. aż o 88% niższy niż w styczniu 2020 r., czyli miesiącu sprzed wybuchu pandemii COVID-19 (Zob. Eurocontrol, 2021, s. 1). Z kolei średnia liczba lotów w Europie w okresie od marca do października 2020 r. spadła aż o 65% w porównaniu z tym samym okresem w roku 2019 (zob. Eurocontrol, 2020, s. 2). Warto zaznaczyć, że tak znaczący spadek poziomu ruchu lotniczego nie był jak dotąd obserwowany (zob. Eurocontrol, 2020, s. 9)⁵, a wielkość ruchu lotniczego odpowiadała okresowi sprzed 1990 roku.

Niestety także kolejny rok 2021 okazał się bardzo trudny dla europejskiego sektora transportu lotniczego, przynosząc jedynie nieznaczny wzrost ruchu lotniczego w stosunku do roku poprzedniego. Biorąc zaś za punkt odniesienia rok 2019 – to jest ostatni rok przed pandemią – można zauważyć, że w okresie od stycznia do maja 2021 r. wielkość ruchu lotniczego stanowiła jedynie niewiele ponad jedną trzecią ruchu w tym samym okresie roku referencyjnego (zob. Eurocontrol, 2021a, s. 9). Miesiące letnie przyniosły pewne odbicie w liczbie przeprowadzanych operacji lotniczych, niemniej jednak nawet w lipcu i sierpniu 2021 r. ruch lotniczy osiągnął jedynie 70% poziomu ruchu, jaki miał miejsce w tych miesiącach w roku 2019 roku (zob. Eurocontrol, 2021a, s. 9).

Zaprezentowane dane unaoczniają bezprecedensową skalę redukcji przeprowadzanych w Europie operacji lotniczych oraz wskazują, że problem ten ma charakter długoterminowy. Głównym powodem tych trudności były wprowadzane w wyniku pandemii COVID-19 obostrzenia w zakresie przemieszczania się, jak również zmniejszenie popytu na usługi lotnicze ze strony potencjalnych pasażerów. Sytuacja ta skutkowałą drastycznym obniżeniem przychodów europejskich przewoźników lotniczych. Mając na uwadze konieczność pokrywania znaczących kosztów stałych, pociągnęło to za sobą trudności w utrzymaniu płynności finansowej oraz zrodziło pytanie o możliwość ubiegania się o wsparcie publiczne.

W roku 2022 r. sytuację dodatkowo skomplikowała tocząca się na Ukrainie wojna. Zamknięcie przestrzeni powietrznej tego państwa spowodowało konieczność modyfikacji trajektorii części lotów, a drastycznie rosnące ceny paliw istotnie zwiększyły koszty świadczenia usług lotniczych⁶.

Zgodnie z najnowszymi zaprezentowanymi przez Eurocontrol prognozami, powrót ruchu lotniczego do poziomu z 2019 r. powinien nastąpić w połowie roku 2024 (scenariusz podstawowy) (zob. Eurocontrol, 2023, s. 14–15). Eurocontrol przedstawił także dwa alternatywne scenariusze. Przy pozytywnym rozwoju sytuacji możliwe jest osiągnięcie tego poziomu ruchu lotniczego już na początku 2024 r. (scenariusz optymistyczny). W przypadku zaś przedłużającej się recesji, zmniejszeniu popytu na usługi lotnicze oraz problemów z przepustowością lub obsadzaniem załóg statków powietrznych czy lotnisk, cel ten nie zostanie osiągnięty aż do roku 2028 (scenariusz pesymistyczny). Warto jednak nadmienić, że scenariusz pesymistyczny jest mało prawdopodobny.

Mając na uwadze powyższą sytuację, istotnego znaczenia nabiera możliwość ubiegania się przez linie lotnicze o wsparcie ze środków publicznych. Jako że ustanawianie reguł konkurencji

⁵ Prognoza ta dotyczy 44 państw należących do Europejskiej Konferencji Lotnictwa Cywilnego (ECAC).

⁶ Według danych Eurocontrol między początkiem 2022 r. a październikiem tegoż roku ceny paliwa wzrosły aż o 47%. Zob. Eurocontrol, 2022, s. 7.

należy do wyłącznej kompetencji Unii Europejskiej, kwestię tę reguluje prawo unijne⁷. Choć art. 107 ust. 1 TFUE zakazuje udzielenia pomocy państwa, to jednak w dalszej części tego przepisu zostały przewidziane dwie główne kategorie podstaw zgodności pomocy państwa z rynkiem wewnętrznym. I tak, art. 107 ust. 2 TFUE zawiera katalog pomocy dozwolonej z mocy samego prawa (*ex lege*), natomiast art. 107 ust. 3 TFUE wskazuje przypadki, w których Komisja może uznać daną pomoc państwa za zgodną z rynkiem wewnętrznym (tzw. pomoc dopuszczalna). Oznacza to, że przewidziany w prawie unijnym zakaz udzielania pomocy państwa nie ma charakteru absolutnego, a jedynie charakter względny (zob. Piontek, 2005, s. 185).

Przewoźnicy lotniczy, podobnie jak i inni przedsiębiorcy działający na rynku Unii Europejskiej, mogą w dobie pandemii COVID-19 ubiegać się o różnego rodzaju wsparcie (zob. Kowalik-Bańczyk, 2020, s. 9). Może ono przybrać formę środków o charakterze ogólnym, takich jak subsydia płacowe czy zawieszenie płatności podatku od osób prawnych i podatku od wartości dodanej lub składek na ubezpieczenie społeczne. Ponieważ tego rodzaju środki nie spełniają warunku selektywności, nie stanowią one pomocy państwa. W pewnych przypadkach zastosowanie mogą znaleźć także przepisy dotyczące pomocy na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw. W przypadku linii lotniczych państwo członkowskie może również nałożyć nowy, pilny, obowiązek użyteczności publicznej w stosunku do regularnego przewozu lotniczego. Pomimo szerokiego wachlarza dostępnych opcji, najważniejsze znaczenie mają w praktyce dwa rodzaje pomocy: pomoc mająca na celu naprawienie szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi (art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE) (dalej: pomoc nadzwyczajna), oraz pomoc mająca na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce państw członkowskich (art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE) (dalej: pomoc antykryzysowa).

Celem niniejszego opracowania jest przeprowadzenie krytycznej analizy stosowania dwóch wyżej wskazanych wyłączeń w procesie oceny wsparcia udzielanego liniom lotniczym w dobie pandemii COVID-19. Przesłanki każdego z tych wyłączeń zostaną omówione osobno, przy czym rozważaniom teoretycznym będą towarzyszyć przykłady z praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej oraz orzecznictwa sądów unijnych.

I tak, w części drugiej niniejszego opracowania, dotyczącej pomocy nadzwyczajnej, przeanalizowane zostaną trzy kwestie zdające się mieć szczególne znaczenie dla udzielania tego rodzaju pomocy na rzecz linii lotniczych w czasie trwania pandemii COVID-19. Po pierwsze, zostanie zbadane czy pandemia COVID-19 może być okolicznością uzasadniającą przyznawanie pomocy nadzwyczajnej. Po drugie, zostanie przeanalizowane jakiego rodzaju szkody mogą podlegać rekompensacie na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE. Po trzecie, omówione zostaną metody ustalania wysokości należnej rekompensaty, tak by spełniała ona warunek proporcjonalności. Przy tej okazji zostanie także zasygnalizowany, podnoszony obecnie przez linię lotniczą Ryanair, problem dyskryminacji w kontekście udzielania przez państwa członkowskie indywidualnych środków pomocy nadzwyczajnej. Stosowanie tychże środków zrodziło bowiem pytanie o to, czy ich przyznawanie na rzecz poszczególnych przewoźników lotniczych nie rodzi obowiązku „sprawiedliwego” wyrównania szkód poniesionych także przez innych przewoźników, działających na terytorium tego samego państwa członkowskiego.

⁷ Zob. art. 3 ust. 1 lit. b) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. C 262 z 19.07.2016, s. 1–50); dalej: TFUE.

Trzecia część niniejszego opracowania będzie poświęcona kwestii możliwości przyznawania liniom lotniczym pomocy antykryzysowej na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE. W pierwszej kolejności zostaną omówione najważniejsze warunki dopuszczalności tego rodzaju pomocy. Charakter tego wyłączenia, jego cel oraz zakres uprawnień przysługujący Komisji zostanie zestawiony i porównany z tymi samymi aspektami dotyczącymi pomocy nadzwyczajnej. Następnie szczegółowo zostanie przeanalizowana kwestia czy, oraz ewentualnie w jakich przypadkach, środek krajowy mający postać pomocy indywidualnej może zostać uznany za odpowiedni do zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce danego państwa członkowskiego. Na koniec zbadane zostaną warunki, jakie musi spełniać dane wsparcie, by mogło zostać uznane za proporcjonalne.

W podsumowaniu wskazane zostaną najważniejsze różnice oraz podobieństwa między pomocą nadzwyczajną oraz pomocą antykryzysową. Dokonane w niniejszym opracowaniu omówienie tych dwóch rodzajów pomocy pozwoli również na sformułowanie wniosków końcowych co do użyteczności każdego z nich oraz zasadności ich stosowania w celu wsparcia przewoźników lotniczych w dobie pandemii COVID-19.

II. Pomoc nadzwyczajna

1. Pandemia COVID-19 jako zdarzenie nadzwyczajne

Na mocy art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE za zgodną z rynkiem wewnętrznym uważana jest pomoc mająca na celu naprawienie szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi. Przepis ten umożliwia zatem udzielenie przez państwo członkowskie wsparcia na rzecz przedsiębiorstwa, które doznało szkód w wyniku niespodziewanego zdarzenia, o ile spełnia ono warunki dla zakwalifikowania go do kategorii klęsk żywiołowych lub do kategorii innych zdarzeń nadzwyczajnych.

Pojęcie „klęsk żywiołowych” obejmuje wyjątkowe zdarzenia, takie jak erupcje wulkanów, trzęsienia ziemi, powodzie czy osunięcia ziemi⁸. Do kategorii tej nie zalicza się jednak takich zjawisk meteorologicznych, jak przymrozki, gołoledź, ulewy czy susza (zob. Dony, 2007, s. 195). Jedynie w wyjątkowych przypadkach, gdy szkody spowodowane przez te zjawiska przybierają szczególnie wielkie rozmiary, wsparcie publiczne mające na celu pokrycie poniesionych strat może zostać objęte normą z art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE⁹.

Z powyższego wynika, że pojęcie „klęski żywiołowej” dotyczy co do zasady wyłącznie ekstremalnych zjawisk naturalnych, które mają często gwałtowny przebieg i powodują odpowiednio duże szkody na objętym nimi terenie, pozostawiając po sobie zwykle zmieniony obraz powierzchni ziemi. Nie obejmuje zaś zdarzeń wywołanych przez ludzi lub związanych z podejmowanymi przez nich działaniami. W rezultacie pandemia COVID-19 nie mogła być rozpoznawana w kategorii klęski żywiołowej. Pozostało więc pytanie, czy może ona stanowić „inne zdarzenie nadzwyczajne” w rozumieniu art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE.

⁸ Zob. dec. KE z dn. 20.10.2004 r. w sprawie systemu pomocy przyznanego przez Włochy na rzecz przedsiębiorstw, które dokonały inwestycji w gminach dotkniętych klęskami żywiołowymi w roku 2002 (2005/315/WE) (Dz. U. L 100 z 20.04.2005, s. 46–53, pkt 43).

⁹ Zob. dec. KE z dn. 31.05.2000 r. w sprawie pomocy państwa N 92/2000, przez którą Francja zamierza naprawić szkody spowodowane w sektorze leśnictwa przez burze w 1999 r. (SG(2000) D/ 103966, s. 8); dec. KE z dn. 5.12.2001 r. w sprawie pomocy państwa N 658/200, którą Austria chce przeznaczyć na rekompensatę szkód spowodowanych suszą w czasie zbiorów w 2001 r. (C (2001) 4031); dec. KE z dn. 30.10.2002 r. w sprawie pomocy państwa N 594/02, przez którą Włochy pragną zrekompensować straty spowodowane suszą na Sardynii (C(2002) 4140). Zob. także Jaspers, 2004, s. 547–549.

Zanim przejdziemy do odpowiedzi na to pytanie warto przypomnieć, że art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE wprowadza odstępstwo od ogólnego zakazu udzielania pomocy państwa. Z tego względu przepis ten, zgodnie z utrwalonym orzecnictwem sądów unijnych, powinien być interpretowany w sposób zawężający¹⁰. Podejście to prezentowane jest także w najnowszych decyzjach Komisji Europejskiej¹¹ oraz wyrokach unijnego Sądu¹², oceniających zgodność z prawem unijnym pomocy państwa przyznawanej liniom lotniczym w celu zrehabilitowania im szkód wynikających z pandemii COVID-19. Warto również dodać, że ani Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, ani inne akty prawa unijnego nie zawierają dokładnej definicji pojęcia „zdarzenie nadzwyczajne”¹³. Stąd też Komisja analizuje każde takie zdarzenie indywidualnie¹⁴, przy czym dla uznania go za zdarzenie nadzwyczajne kluczową rolę odgrywają trzy warunki, które zostały wypracowane w dotychczasowej praktyce decyzyjnej.

I tak, badane zdarzenie musi, po pierwsze, mieć nieprzewidywalny lub trudny do przewidzenia charakter (ang. *unforeseeable or difficult to foresee*, fran. *imprévisible ou difficile à prévoir*)¹⁵. Warunek ten wyklucza zatem możliwość przyznawania na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE pomocy mającej charakter prewencyjny¹⁶. Po drugie, niezbędne jest, by zdarzenie miało znaczący zasięg/wpływ na gospodarkę (ang. *significant scale/economic impact*, franc. *grande échelle/répercussions économiques importantes*). W celu ustalenia czy warunek ten jest spełniony, Komisja bierze w szczególności pod uwagę następujące okoliczności: wielkość niekorzystnych skutków, którym nie można było zapobiec¹⁷; liczbę osób zmarłych lub rannych¹⁸; jak również rozmiar katastrofy ekologicznej i gospodarczej¹⁹. Po trzecie, badane zdarzenie musi mieć charakter nadzwyczajny (ang. *extraordinary*, franc. *caractère extraordinaire*). Warunek ten nie będzie spełniony w przypadku, gdy zostanie ustalone, że rozpatrywane zdarzenie, choć było nieprzewidywalne,

¹⁰ Zob. wyr. TS z dn. 23.02.2006 r. w sprawie *Giuseppe Atzeni i in. (C-346/03)*, *Marco Scalas i Renato Lilliu (C-529/03)* przeciwko *Regione autonoma della Sardegna*, ECLI:EU:C:2006:130, pkt 79; wyr. Sądu z dn. 1.02.2018 r. w sprawie T-423/14 *Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE* przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2018:57, pkt 156.

¹¹ Zob. dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56867, przez którą Niemcy pragną wypłacić linii Condor rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2795, pkt 70); dec. KE z dn. 30.04.2021 r. w sprawie pomocy państwa SA.61771, którą Portugalia pragnie przyznać pewnym liniom lotniczym w celu zrehabilitowania ich strat wynikających ze zdarzeń nadzwyczajnych (C(2021) 3228, pkt 54).

¹² Zob. wyr. Sądu z dn. 14.04.2021 r. w sprawie T-378/20 *Ryanair DAC* przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2021:194, pkt 29; wyr. Sądu z dn. 14.04.2021 r. w sprawie T-379/20 *Ryanair DAC* przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2021:195, pkt 39; wyr. Sądu z dn. 14.07.2021 r. w sprawie T-677/20 *Ryanair DAC i Laudamotion GmbH* przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2021:465, pkt 82; wyr. Sądu z dn. 9.06.2021 r. w sprawie T-665/20 *Ryanair DAC* przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2021:344, pkt 42.

¹³ Zob. dec. KE z dn. 31.03.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.56765, przez który Francja zamierza wprowadzić moratorium na uiszczanie opłat lotniczych na rzecz przewoźników lotniczych (C(2020) 2097, pkt 28); dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56867, przez którą Niemcy pragną wypłacić linii Condor rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2795, pkt 62); dec. KE z dn. 4.09.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.58114, przez którą Włochy przekazują pomoc Alitalii w celu pokrycia strat wywołanych pandemią COVID-19 (C(2020) 6194, pkt 64); dec. KE z dn. 23.12.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.59462, przez którą Grecja pragnie zrehabilitować Aegean Airline szkody wywołane pandemią COVID-19 (C(2020) 9641, pkt 65); dec. KE z dn. 23.04.2021 r. w sprawie pomocy państwa SA.62304, przez którą Portugalia pragnie zrehabilitować TAP Portugal straty spowodowane COVID-19 (C(2021) 2991, pkt 42).

¹⁴ Zob. dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56867, przez którą Niemcy pragną wypłacić linii Condor rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2795, pkt 63); dec. KE z dn. 4.09.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.58114, przez którą Włochy przekazują pomoc Alitalii w celu pokrycia strat wywołanych pandemią COVID-19 (C(2020) 6194, pkt 65); dec. KE z dn. 23.12.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.59462, przez którą Grecja pragnie zrehabilitować Aegean Airline szkody wywołane pandemią COVID-19 (C(2020) 9641, pkt 66); dec. KE z dn. 23.04.2021 r. w sprawie pomocy państwa SA.62304, przez którą Portugalia pragnie zrehabilitować TAP Portugal straty spowodowane COVID-19 (C(2021) 2991, pkt 43).

¹⁵ Zob. dec. KE z dn. 8.08.2011 r. w sprawie programu pomocy SA.32163, przez który Słowenia zamierza usunąć konsekwencje szkód wyrządzonych liniom lotniczym i lotnikom przez trzęsienie ziemi w Islandii i wydobywający się popiół wulkaniczny w kwietniu 2010 r. (C(2011)5495, pkt 31).

¹⁶ Zob. dec. KE z dn. 13.06.2000 r. w sprawie programu pomocy 2000/625/WE, który Irlandia planuje wdrożyć w celu wspierania transportu irlandzkich zwierząt gospodarskich drogą morską do Europy kontynentalnej (Dz. U. L 263 z 18.10.2000, s. 17–31, pkt 92).

¹⁷ Zob. dec. KE z dn. 17.10.2000 r. w sprawie programu pomocy NN 62/2000, przez który Francja zmierza przekazać pomoc dla przedsiębiorstw dotkniętych złymi warunkami pogodowymi oraz wyciekiem oleju (SG(2000) D/ 107589, s. 4).

¹⁸ Zob. dec. KE z dn. 11.04.2012 r. w sprawie programu pomocy SA.33487, przez który Węgry pragną przekazać pomoc na rolnictwo i rybołówstwo w celu zrehabilitowania szkód spowodowanych przez zdarzenie nadzwyczajne (czerwony osad „Wypadek dotyczący aluminium”) (C(2012) 2447, pkt 36).

¹⁹ Zob. dec. KE z dn. 11.04.2012 r. w sprawie programu pomocy SA.33487, przez który Węgry pragną przekazać pomoc na rolnictwo i rybołówstwo w celu zrehabilitowania szkód spowodowanych przez zdarzenie nadzwyczajne (czerwony osad „Wypadek dotyczący aluminium”) (C(2012) 2447, pkt 36).

to jednak wchodziło w zakres normalnego ryzyka przedsiębiorstwa prowadzącego działalność gospodarczą²⁰. Konieczne jest więc stwierdzenie, że badane zdarzenie, ze względu na swój charakter i skutki dla zainteresowanych podmiotów, powoduje sytuację, która znacząco różni się od zwykłej sytuacji i warunków, na jakich normalnie działa rynek²¹. Na koniec warto zaznaczyć, że art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE wymaga jednoczesnego spełnienia wszystkich trzech wymienionych powyżej warunków, gdyż mają one charakter kumulatywny.

Za zdarzenia nadzwyczajne uznano dotychczas między innymi „wojny, konflikty wewnętrzne i strajki oraz, z pewnymi zastrzeżeniami i w zależności od ich zasięgu, poważne wypadki jądrowe lub przemysłowe i pożary powodujące poważne straty”²². Wynika z tego, że kategoria „innych zdarzeń nadzwyczajnych” obejmuje co do zasady wydarzenia wywołane przez człowieka lub związane z podejmowanymi przez niego działaniami, które są nieprzewidywalne lub trudne do przewidzenia, mają nadzwyczajny charakter, jak również pociągają za sobą poważne niekorzystne konsekwencje w gospodarce państw członkowskich, a także mogą istotnie negatywnie oddziaływać na inne sfery życia społeczeństwa.

Jeśli chodzi o sektor transportu lotniczego, można wskazać, że za zdarzenia nadzwyczajne zostały dotąd uznane między innymi zamachy terrorystyczne, które w dniu 11 września 2001 r. wstrząsnęły Stanami Zjednoczonymi. Argumentując swoją decyzję, Komisja wskazała w wydanym 10 października 2001 r. komunikacie na ich nieprzewidywalny charakter, liczbę ofiar oraz wpływ na gospodarkę światową²³. Powołując się na art. 87 ust. 2 lit. b) TWE (obecnie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE), państwa członkowskie uruchomiły wówczas dwa rodzaje środków: a) pomoc mającą zrekompensować przewoźnikom lotniczym poniesione przez nie straty wynikające z zamknięcia przestrzeni powietrznej Stanów Zjednoczonych, i/lub b) wsparcie w postaci oferowanego przez państwa członkowskie dodatkowego ubezpieczenia dla przewoźników lotniczych²⁴.

Co się tyczy szybko rozprzestrzeniającej się choroby zakaźnej, przybierającej postać zespołu ostrej niewydolności oddechowej (COVID-19), wywoływanej przez odkryty w grudniu 2019 r. w Chinach koronawirus SARS-CoV-2, Komisja Europejska już w dniu 12 marca 2020 r. stwierdziła, że choroba ta może być uznana za zdarzenie nadzwyczajne w rozumieniu art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE²⁵. Komisja oparła się w tej mierze na wypracowanych wcześniej w swej praktyce decyzyjnej warunkach definiujących zdarzenie nadzwyczajne, to jest: (i) nieprzewidywalnym lub trudnym do przewidzenia charakterze takiego zdarzenia; (ii) jego znaczącym zasięgu/wpływie na gospodarkę oraz (iii) nadzwyczajnym charakterze.

²⁰ Zob. dec. KE z dn. 19.05.2004 r. w sprawie programu pomocy C 59/2001, przez który Włochy zamierzają przyznać przedsiębiorstwom rolnym pomoc w ramach programu A.I.M.A. w sektorze drobiu (Dz. U. L 32 z 6.02.2007, s. 14–22, pkt 49).

²¹ Zob. dec. KE z dn. 19.05.2004 r. w sprawie programu pomocy, przez który Włochy zamierzają przyznać przedsiębiorstwom rolnym w ramach programu A.I.M.A. w sektorze drobiu C 59/2001 (ex N 97/1999) (Dz. U. L 32 z 6.02.2007, s. 14–22, pkt 40).

²² Zob. dec. KE z dn. 7.05.2004 r. w sprawie pomocy państwa przewidzianej przez Włochy, region Sycylia, na rzecz sektora rolnego (2006/620/WE) (Dz. U. L 257 z 20.09.2006, s. 1–10, pkt 23); dec. KE z dn. 16.07.2008 r. w sprawie pomocy państwa C 29/04 (ex N 328/2003), której Włochy zamierzają udzielić na rzecz rafinerii cukru w Villasor będącej własnością spółki Sadam ISZ (2009/704/WE) (Dz. U. L 244 z 16.09.2009, s. 10–20, pkt 60).

²³ Zob. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – The repercussions of the terrorist attacks in the United States on the air transport industry, COM/2001/0574, pkt 33.

²⁴ W celu uzyskania dodatkowych informacji na ten temat, zob.: Jaspers, 2004, s. 553–557; Schmauch, 2012, s. 146–148; Skoczny, 2006, s. 14–15; Vaugeois, 2014, s. 283–284.

²⁵ Zob. dec. KE z dn. 12.03.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.56685, przez który Dania zamierza zrekompensować straty wynikające z odwołania imprez z powodu COVID-19 (C(2020) 1698, pkt 30).

Jeśli chodzi o pierwszy warunek, Komisja wskazała w szczególności na fakt, że koronawirus SARS-CoV-2 nie został wcześniej zidentyfikowany u ludzi²⁶. Zwróciła również uwagę na szybki rozwój epidemii, która objęła nie tylko inne części Chin, lecz także rozprzestrzeniła się na większość krajów świata, w tym prawie wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej. Przechodząc do oceny wpływu COVID-19 na gospodarkę, Komisja zauważyła, że ogniska nowych zakażeń wirusami wśród ludzi zawsze budzą obawy w zakresie zdrowia publicznego i mogą pociągać za sobą poważne konsekwencje gospodarcze²⁷. Opierając się na publikowanych przez Światową Organizację Zdrowia (WHO) raportach²⁸, jak również wynikach prowadzonych obserwacji, Komisja przyjęła, że rozprzestrzenianie się COVID-19 może doprowadzić do daleko idących zakłóceń w różnych sektorach gospodarki, a ich skala wyraźnie wykracza poza normalne funkcjonowanie rynku²⁹. Udostępniane przez Światową Organizację Zdrowia dane odegrały także ważną rolę przy ocenie spełnienia trzeciego warunku. O nadzwyczajnym charakterze COVID-19 przesądziło istnienie realnego zagrożenia wystąpienia pandemii (zob. World Health Organization, 2020, s. 1), związanego z ryzykiem dla zdrowia publicznego wynikającym z braku terapii lub szczepionek dla nieznanego dotąd choroby³⁰. Komisja przywołała nadto dokument przygotowany przez Europejskie Centrum ds. Zapobiegania i Kontroli Chorób, w którym organ ten przestrzegał, że szybkie rozprzestrzenianie się wirusa SARS-CoV-2 może skutkować znaczną liczbą ofiar śmiertelnych w grupach wysokiego ryzyka, jak również poważnymi zakłóceniami gospodarczymi i społecznymi³¹.

W tym stanie rzeczy Komisja zakwalifikowała COVID-19 do kategorii zdarzeń nadzwyczajnych, uznając, że choroby tej nie można było przewidzieć, jak również wyraźnie odróżnia się ona od zwykłych zdarzeń ze względu na swój charakter i wpływ na przedsiębiorstwa dotknięte skutkami oraz ogólnie na gospodarkę, a tym samym wykracza poza normalne funkcjonowanie rynku³².

Warto zwrócić uwagę na szybkość podjęcia tej decyzji. Komisja wydała ją w dniu 12 marca 2020 r., a więc już następnego dnia po notyfikowaniu przez Danię zamierzonych środków. Dodatkowo nastąpiło to tylko dzień po konferencji prasowej Dyrektora Generalnego Światowej Organizacji Zdrowia w dniu 11 marca 2020 r., podczas której ogłosił on, że COVID-19 może zostać uznany za pandemię³³. Zważywszy na wydawane przez międzynarodowe instytucje zajmujące się zdrowiem publicznym oświadczenia co do charakteru wirusa SARS-CoV-2 oraz prawdopodobnych skutków jego rozprzestrzeniania się, słuszność konstatacji Komisji nie budzi wątpliwości. Na aprobatę zasługuje także szybkość podjęcia przez nią decyzji. Przyczyniło się to bowiem do zwiększenia pewności prawnej po stronie zarówno podmiotów pragnących ubiegać się o pomoc w celu pokrycia szkód spowodowanych COVID-19, jak i organów krajowych rozważających jej udzielenie. Na koniec warto nadmienić, że choć do zakwalifikowania COVID-19 do kategorii

²⁶ Zob. *ibidem*, pkt 26.

²⁷ Zob. *ibidem*, pkt 26.

²⁸ Światowa Organizacja Zdrowia stwierdziła, że ryzyko pandemii stało się bardzo realne, zob. World Health Organization, 2020, s. 1.

²⁹ Zob. dec. KE z dn. 12.03.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.56685, przez który Dania zamierza zrekompensować straty wynikające z odwołania imprez z powodu COVID-19 (C(2020) 1698, pkt 27).

³⁰ Zob. *ibidem*, pkt 28.

³¹ Zob. European Centre for Disease Prevention and Control, Rapid Risk Assessment, Outbreak of novel Coronavirus disease 2019 (COVID-19): increase transmission globally – fifth update, 2.03.2020, s. 1.

³² Zob. dec. KE z dn. 12.03.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.56685, przez który Dania zamierza zrekompensować straty wynikające z odwołania imprez z powodu COVID-19 (C(2020) 1698, pkt 29).

³³ Zob. Dyrektor Generalny WHO, Uwagi wstępne podczas konferencji prasowej na temat COVID-19, 11.03.2020 r. Pozyskano z: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (2.02.2023).

„innych zdarzeń nadzwyczajnych” doszło po raz pierwszy w związku z pomocą, która nie dotyczyła sektora transportu lotniczego, to przedstawiona w tej sprawie argumentacja była następnie powielana przy rozpatrywaniu środków pomocy na rzecz linii lotniczych³⁴.

2. Zakres szkód podlegających rekompensacie

Przekazywane na rzecz linii lotniczych wsparcie w ramach trwającej pandemii COVID-19 przybiera różne formy. Za środki pomocy zgodne z rynkiem wewnętrznym na mocy art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE, Komisja uznała jak dotąd między innymi: odroczenie płatności niektórych podatków związanych ze świadczeniem usług lotniczych³⁵, gwarancje rządowe na odnawialne kredyty³⁶ oraz na pożyczki o preferencyjnych stopach procentowych³⁷, a nawet dotacje bezpośrednie³⁸. Choć wydawana na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE decyzja ma charakter jedynie deklaratoryjny, to jednak przepis ten uprawnia Komisję do zatwierdzania wyłącznie pomocy mającej na celu naprawienie szkód „spowodowanych” klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi. W rezultacie kluczową rolę w procesie stosowania omawianej normy prawnej odgrywa poprawne określenie rodzaju szkód, jakie mogą zostać zrekompensovane.

W tym kontekście warto przytoczyć rozważania Sądu dotyczące skargi Ryanair DAC na decyzję Komisji o uznaniu za zgodną z rynkiem wewnętrznym na mocy art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE pomocy indywidualnej na rzecz linii lotniczej Condor, która miała przybrać formę dwóch gwarantowanych przez państwo niemieckie pożyczek o preferencyjnej stopie oprocentowania³⁹. Sąd rozpoczął od przypomnienia, że na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE mogą być zrekompensovane wyłącznie szkody gospodarcze (ang. *economic damage*, franc. *désavantages économiques*, niem. *wirtschaftliche Nachteile*), spowodowane klęskami żywiołowymi lub zdarzeniami nadzwyczajnymi⁴⁰. Zauważono nadto, że przepis ten wymaga zaistnienia bezpośredniego związku przyczynowo-skutkowego (ang. *direct link*, franc. *lien direct*, niem. *unmittelbarer Zusammenhang*) między szkodą spowodowaną przez zdarzenie nadzwyczajne a pomocą państwa oraz jak najdokładniejszego oszacowania poniesionych szkód⁴¹. Warto nadmienić, że tak ujęte warunki znajdują potwierdzenie we wcześniejszym orzecznictwie sądów unijnych⁴².

³⁴ Zob. dec. KE z dn. 31.03.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.56765, przez który Francja zamierza wprowadzić moratorium na uiszczanie opłat lotniczych na rzecz przewoźników lotniczych (C(2020) 2097, pkt. 30–33); dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56867, przez którą Niemcy pragną wypłacić linii Condor rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2795, pkt. 63–69); dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57061, przez którą Szwecja pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2784, pkt. 66–68); dec. KE z dn. 29.12.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.59188, którą Włochy pragną przyznać Alitalii z powodu pandemii COVID-19 (C(2020) 9659, pkt. 102–104).

³⁵ Zob. dec. KE z dn. 31.03.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.56765, przez który Francja zamierza wprowadzić moratorium na uiszczanie opłat lotniczych na rzecz przewoźników lotniczych (C(2020) 2097).

³⁶ Zob. dec. KE z dn. 15.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56795, przez którą Dania pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2416); dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57061, przez którą Szwecja pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2784).

³⁷ Zob. dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56867, przez którą Niemcy pragną wypłacić linii Condor rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2795).

³⁸ Zob. dec. KE z dn. 4.09.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.58114, przez którą Włochy przekazują pomoc Alitalii w celu pokrycia strat wywołanych pandemią COVID-19 (C(2020) 6194); dec. KE z dn. 23.12.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.59462, przez którą Grecja pragnie zrekompensovować Aegean Airline szkody wywołane pandemią COVID-19 (C(2020) 9641); dec. KE z dn. 29.12.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.59188, którą Włochy pragną przyznać Alitalii z powodu pandemii COVID-19 (C(2020) 9659).

³⁹ Zob. dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56867, przez którą Niemcy pragną wypłacić linii Condor rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2795, pkt. 23 i 104).

⁴⁰ Zob. wyr. Sądu z dn. 9.06.2021 r. w sprawie T-665/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:344, pkt 42.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Zob. wyr. TS z dn. 11.11.2004 r. w sprawie C-73/03 *Hiszpania przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2004:711, pkt 37; wyr. TS z dn. 23.02.2006 r. w sprawach połączonych C-346/03 oraz C-529/03 *Giuseppe Atzeni i in. (C-346/03), Marco Scalas i Renato Lilliu (C-529/03) przeciwko Regione autonoma*

Jeśli chodzi o wymóg bezpośredniego związku, Sąd doprecyzował w omawianej sprawie, że oznacza on, iż zdarzenie powodujące powstanie szkody, tak jak zostało ono zdefiniowane w zaskarżonej decyzji, powinno stanowić decydującą przyczynę szkody (ang. *determining cause of the damage*), którą ma zrekompensować rozpatrywana pomoc, i być bezpośrednio jej źródłem⁴³. Bezpośredni związek istnieje zatem tylko wtedy, gdy szkoda jest bezpośrednim skutkiem danego zdarzenia, niezależnie od zadziałania innych przyczyn.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w przypadku spraw dotyczących rekompensowania liniom lotniczym szkód poniesionych przez nie w dobie pandemii COVID-19, zdarzeniem powodującym szkodę nie jest sam fakt wystąpienia pandemii, lecz wprowadzane przez państwa członkowskie środki ograniczające możliwość przemieszczania się. Skuteczne skorzystanie z art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE jest zatem uzależnione od wykazania, że szkoda została wywołana przez środki krajowe podjęte w celu zminimalizowania tempa rozprzestrzeniania się pandemii, które ograniczyły beneficjentowi możliwość prowadzenia działalności gospodarczej. Jednocześnie Komisja wykluczyła możliwość wyrównywania szkód wynikających jedynie z faktu spadku popytu na usługi lotnicze lub większej niechęci klientów do podróżowania⁴⁴.

Z powyższego wynika, że wprowadzane przez państwa członkowskie ograniczenia w zakresie przemieszczania się muszą stanowić decydującą przyczynę powstania szkód u danego przewoźnika lotniczego. Jeśli zostanie zaś wykazane, że ograniczenia te były jedynie jednym z kilku czynników, które w równym stopniu przyczyniły się do powstania szkody, to tego rodzaju szkody nie będą mogły zostać zrekompensowane na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE.

Związek pomiędzy krajowymi środkami ochronnymi a szkodą miał kluczowe znaczenie przy badaniu poprawności oszacowania przez Komisję wysokości szkody, jaka mogła zostać zrekompensowana linii lotniczej Condor na mocy art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE. Komisja przyjęła, że łączna kwota szkody Condora wyniosła 276,7 mln EUR. Z tego 259,7 mln EUR stanowiła strata obliczona jako różnica między prognozami zysków przed opodatkowaniem w okresie od marca do grudnia 2020 r., które zostały dokonane przed ogłoszeniem ograniczeń w podróżowaniu i środków ograniczających przemieszczanie się a prognozami opracowanymi już po ich ogłoszeniu. Nadto Komisja uznała za „uzasadnione” dodanie do tej kwoty dodatkowych kosztów poniesionych przez Condora w związku z wydłużeniem czasu trwania jego postępowania upadłościowego, których nie można było przewidzieć w momencie realizacji prognoz zysków przed opodatkowaniem⁴⁵. Wysokość tych kosztów dodatkowych została oszacowana na 17 mln EUR.

Przechodząc do badania poprawności tak obliczonej kwoty szkody, Sąd zauważył, że należy ustalić czy w zaskarżonej decyzji Komisja przedstawiła w wymagany prawem sposób powody, które skłoniły ją do uznania w szczególności, że bezpośrednią przyczyną dodatkowych kosztów poniesionych przez Condora w związku z wydłużeniem czasu trwania jego postępowania upadłościowego było odwołanie i reorganizacja lotów tego przewoźnika z powodu nałożonych

della Sardegna, ECLI:EU:C:2006:130, pkt 79; wyr. Sądu z dn. 25.06.2008 r. w sprawie T-268/06 *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2008:222, pkt 52.

⁴³ Zob. wyr. Sądu z dn. 9.06.2021 r. w sprawie T-665/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:344, pkt 45.

⁴⁴ Zob. Komunikat KE – Piąta zmiana tymczasowych ram środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 oraz zmiana załącznika do komunikatu Komisji do państw członkowskich w sprawie zastosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do krótkoterminowego ubezpieczenia kredytów eksportowych 2021/C 34/06 (Dz. U. C 34 z 1.2.2021, s. 9, pkt 19 (dodany pkt 15b)).

⁴⁵ Zob. dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56867, przez którą Niemcy pragną wypłacić linii Condor rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2795, pkt 79).

w kontekście pandemii COVID-19 ograniczeń w podróżowaniu. Jednocześnie Sąd nie pozostał wątpliwości, że upewnienie się co do istnienia takiego związku przyczynowego należy do obowiązków Komisji, która jest odpowiedzialna za kontrolę zgodności środków pomocy państwa z rynkiem wewnętrznym⁴⁶.

Badając zasadność włączenia dodatkowych kosztów związanych z wydłużeniem czasu trwania postępowania upadłościowego do kategorii szkód podlegających rekompensacie na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE, Sąd stwierdził, po pierwsze, że sam fakt niemożności przewidzenia tych szkód w chwili sporządzania prognozy zysków przed opodatkowaniem, co miało miejsce już po wystąpieniu pandemii COVID-19, nie dowodzi jeszcze, iż zostały one bezpośrednio spowodowane odwołaniem lub reorganizacją lotów Condora z wyniku nałożonych w kontekście pandemii COVID-19 ograniczeń w podróżowaniu⁴⁷. Sąd zarzucił również Komisji brak wyjaśnienia – w sposób wystarczająco jasny i precyzyjny – powodów, dla których uznała ona, że decydującą przyczyną tych dodatkowych kosztów było odwołanie i reorganizacja lotów. Po drugie, Sąd zauważył, że zaskarżona decyzja nie wyjaśnia powodu nieudanej sprzedaży Condora oraz nie daje podstaw do przyjęcia, że niepowodzenie to było skutkiem konieczności odwołania i reorganizacji lotów w wyniku wprowadzonych w dobie pandemii COVID-19 ograniczeń w podróżowaniu⁴⁸. Po trzecie, Sąd zwrócił uwagę na fakt, że z zaskarżonej decyzji wynika, iż postępowanie upadłościowe trwało już od września 2019 r. oraz zostało wszczęte ze względu na trudności finansowe, jakie dotknęły linię lotniczą Condor w następstwie likwidacji jej spółki dominującej, a nie ze względu na trudności związane z pandemią COVID-19⁴⁹. Sugeruje to, że postępowanie upadłościowe oraz związane z nim koszty miały swoje źródło w sytuacji sprzed wystąpienia tej pandemii. W tych okolicznościach Komisja powinna była – zdaniem Sądu – zachować szczególną ostrożność przy badaniu czy odwołanie i reorganizacja lotów Condora w wyniku nałożonych w ramach pandemii COVID-19 ograniczeń w podróżowaniu były rzeczywiście decydującą przyczyną powstania dodatkowych kosztów, jakie poniósł ten przewoźnik w związku z wydłużeniem czasu trwania jego postępowania upadłościowego, oraz uzasadnić swoją decyzję w tym zakresie w sposób wymagany prawem. Analiza zaskarżonej decyzji doprowadziła zaś Sąd do wniosku, że Komisja nie określiła, jaki jest związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy z jednej strony odwołaniem i reorganizacją lotów Condora, z drugiej zaś – wystąpieniem wspomnianych dodatkowych kosztów⁵⁰. Po czwarte wreszcie, Komisja nie wyjaśniła w zaskarżonej decyzji sposobu oszacowywania dodatkowych kosztów spowodowanych wydłużeniem czasu trwania postępowania upadłościowego ani metody ustalania o jakie typy kosztów chodzi. Komisja nie udzieliła również odpowiedzi na pytanie czy wszystkie z tych kosztów, czy też tylko część z nich, zostały uznane za bezpośrednio spowodowane odwołaniem i reorganizacją lotów Condora⁵¹.

Mając powyższe okoliczności na uwadze, Sąd stwierdził, że nie ma możliwości skontrolowania czy Komisja mogła zasadnie przyjąć, iż istniał bezpośredni związek przyczynowo-skutkowy między kosztami wynikłymi z wydłużeniem czasu trwania okresu postępowania upadłościowego

⁴⁶ Zob. wyr. Sądu z dn. 9.06.2021 r. w sprawie T-665/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:344, pkt 51.

⁴⁷ Zob. *ibidem*, pkt 56.

⁴⁸ Zob. *ibidem*, pkt 57.

⁴⁹ Zob. *ibidem*, pkt 58.

⁵⁰ Zob. *ibidem*, pkt 59.

⁵¹ Zob. *ibidem*, pkt 60.

a odwołaniem i reorganizacją lotów Condora z powodu nałożonych w kontekście pandemii COVID-19 ograniczeń w podróżowaniu⁵². Brak wystarczającego uzasadnienia zaskarżonej decyzji przez Komisję skutkowało zaś koniecznością stwierdzenia przez Sąd jej nieważności⁵³.

Omówiona powyżej sprawa dobrze obrazuje poziom wymagań, jakim musi sprostać Komisja przy badaniu czy zgłoszone w danym przypadku szkody pozostają w bezpośrednim związku przyczynowo-skutkowym z zaistniałym zdarzeniem nadzwyczajnym, a w rezultacie, czy mogą one podlegać rekompensacie na mocy art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE. Jak widać, Komisja nie może poprzestać na prostych domniemaniach i jest zobowiązana przedstawić konkretne argumenty wskazujące, że decydującą przyczyną powstałych szkód jest dane zdarzenie nadzwyczajne. Oddzielenie wpływu pandemii COVID-19 na sytuację danego przedsiębiorstwa od innych czynników (np. wzmożonej konkurencji, zmian w popycie na dane usługi, nietrafionych decyzji inwestycyjnych beneficjenta) jest jednak mocno skomplikowane. Niemniej, nawet wprowadzenie w stosunku do zamierzonego środka pomocy wymogu przeprowadzenia obowiązkowej kontroli *ex post* w celu sprawdzenia czy kwota rekompensaty nie wykracza poza wielkość poniesionej przez beneficjenta pomocy szkody, jak również zobowiązanie się państwa członkowskiego do odzyskania wszelkich nienależnych kwot, nie zwalnia Komisji z obowiązku stwierdzenia istnienia bezpośredniego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zgłoszoną szkodą a zdarzeniem nadzwyczajnym. Jak słusznie zauważył Sąd, ewentualna weryfikacja *ex post* dotyczy bowiem wyłącznie dokładnego określenia wysokości szkód podlegających rekompensacie, nie obejmuje jednak kwestii prawnej polegającej na ustaleniu czy dane szkody mogły w ogóle być przedmiotem rekompensaty na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE⁵⁴.

Jeśli chodzi o sposób badania czy dana szkoda ma bezpośredni związek ze środkami wprowadzonymi w okresie pandemii COVID-19, na uwagę zasługuje także decyzja Komisji dotycząca kontroli zgodności z prawem unijnym dotacji bezpośredniej, jakiej chciały udzielić Włochy na rzecz Alitalii. Komisja przyjęła, że za szkody bezpośrednio związane z tym zdarzeniem nadzwyczajnym, które podlegają ewentualnej rekompensacie na mocy art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE, mogą zostać uznane straty netto poniesione w czasie trwania krajowych ograniczeń w przemieszczaniu się (ang. *national lockdown period*), to jest od 10 marca do 2 czerwca 2020 r., jak również w dniach bezpośrednio poprzedzających (od 1 do 9 marca 2020 r.) oraz następujących po tym okresie (od 3 do 15 czerwca 2020 r.)⁵⁵. Co istotne, Komisja podzieliła wskazany przez Włochy okres podlegający rekompensacie na podokresy, w których panowały zbliżone warunki świadczenia usług transportu lotniczego, a następnie skontrolowała spełnienie wymogu bezpośredniego związku osobno dla każdego z tych podokresów⁵⁶.

Podejście Komisji w tej sprawie wskazuje, że w przypadku, gdy zakres ograniczeń wprowadzanych z powodu COVID-19 ulegał zmianom w zawnioskowanym okresie rekompensaty, państwa członkowskie winny przedstawić przekonujące argumenty o spełnieniu wymogu bezpośredniego związku oddzielnie dla każdego okresu o zbliżonych warunkach świadczenia usług transportu

⁵² Zob. *ibidem*, pkt 61.

⁵³ Zob. *ibidem*, pkt 66.

⁵⁴ Zob. *ibidem*, pkt 62.

⁵⁵ Zob. dec. KE z dn. 4.09.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.58114, przez którą Włochy przekazują pomoc Alitalii w celu pokrycia strat wywołanych pandemią COVID-19 (C(2020) 6194, pkt 75).

⁵⁶ Zob. *ibidem*, pkt. 76–86.

lotniczego. Sprawa ta pokazuje również, że rekompensacie na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE mogą podlegać nie tylko szkody poniesione przez linie lotnicze w czasie trwania najostrożniejszych ograniczeń, skutkujących prawie całkowitym uziemieniem ich floty (np. podczas trwania powszechnego nakazu izolacji, czyli tzw. *general lockdown*)⁵⁷, ale także w okresach, w których obowiązywały mniej restrykcyjne środki mające na celu ograniczenie rozprzestrzeniania się COVID-19⁵⁸.

W późniejszej sprawie dotyczącej Alitalii Komisja potwierdziła, że linia lotnicza może ubiegać się o rekompensatę na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE także w przypadku, gdy straty są generowane jedynie na niektórych trasach, objętych wprowadzonymi przez państwa członkowskie środkami ograniczającymi możliwość świadczenia usług transportu lotniczego⁵⁹. Warto jednak zauważyć, że efektem wprowadzonych w tym przypadku ograniczeń była niemożność transportowania przez Alitalię znacznej liczby pasażerów, a Komisja stwierdziła, iż świadczenie usług lotniczych na przedmiotowych trasach było *de facto* niewykonalne, a wprowadzone restrykcje były równoznaczne z pełnym zakazem⁶⁰. Z powyższego zdaje się wynikać, że skala utrudnień, jakich doświadczają linie lotnicze w następstwie wprowadzanych przez państwa członkowskie w dobie pandemii COVID-19 szczególnych regulacji i obostrzeń, ma także pewne znaczenie przy kontrolowaniu czy poniesione w ich wyniku szkody mogą zostać zrekompensowane ze środków publicznych.

3. Proporcjonalność rekompensaty

Po ustaleniu jakiego rodzaju szkody zostały bezpośrednio spowodowane zdarzeniem nadzwyczajnym, a w rezultacie mogą podlegać rekompensacie na mocy art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE, konieczne jest – w kolejnym kroku – skontrolowanie czy zamierzona pomoc jest proporcjonalna do poniesionych przez dane przedsiębiorstwo szkód. Według Komisji wymóg ten oznacza, że udzielana przez państwa członkowskie pomoc powinna jedynie naprawiać szkody spowodowane zdarzeniem nadzwyczajnym, nie może jednak skutkować nadmierną rekompensatą szkód⁶¹. Analiza orzeczeń Sądu rozpatrującego odwołania od decyzji Komisji w sprawach pomocy państwa na rzecz linii lotniczych w dobie pandemii COVID-19 wskazuje jednoznacznie, że pomoc mogąca przekraczać szkodę spowodowaną bezpośrednio przez to zdarzenie nadzwyczajne nie jest objęta zakresem art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE⁶². Sąd stoi również na stanowisku, że państwo członkowskie musi ograniczyć kwotę rekompensaty do tego, co jest konieczne do naprawienia szkód poniesionych przez beneficjentów danego środka⁶³.

⁵⁷ Zob. *ibidem*, pkt 81.

⁵⁸ Zob. *ibidem*, pkt. 82–84.

⁵⁹ Zob. dec. KE z dn. 29.12.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.59188, którą Włochy pragną przyznać Alitalii z powodu pandemii COVID-19 (C(2020) 9659, pkt. 110 i 114).

⁶⁰ Zob. *ibidem*, pkt. 112–113.

⁶¹ Zob. dec. KE z dn. 12.03.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.56685, przez który Dania zamierza zrekompensować straty wynikające z odwołania imprez z powodu COVID-19 (C(2020) 1698, pkt 36); dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56867, przez którą Niemcy pragną wypłacić linii Condor rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2795, pkt 86); dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57061, przez którą Szwecja pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2784, pkt 63); dec. KE z dn. 4.09.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.58114, przez którą Włochy przekazują pomoc Alitalii w celu pokrycia strat wywołanych pandemią COVID-19 (C(2020) 6194, pkt 87).

⁶² Zob. wyr. Sądu z dn. 14.04.2021 r. w sprawie T-378/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:194, pkt 30; wyr. Sądu z dn. 14.04.2021 r. w sprawie T-379/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:195, pkt 40; wyr. Sądu z dnia 9.06.2021 r. w sprawie T-665/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:344, pkt 44; wyr. Sądu z dn. 14.07.2021 r. w sprawie T-677/20 *Ryanair DAC i Laudamotion GmbH przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:465, pkt 83.

⁶³ Zob. wyr. Sądu z dn. 9.06.2021 r. w sprawie T-665/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:344, pkt 43.

Wymóg proporcjonalności rekompensaty rodzi obowiązek jak najdokładniejszego oszacowania szkód poniesionych przez linię lotniczą w wyniku COVID-19⁶⁴. Należna danemu przewoźnikowi rekompensata jest zwykle obliczana jako utracone przychody, pomniejszone o koszty, których uniknięto z powodu wystąpienia COVID-19 (dalej: koszty nieponiesione)⁶⁵. Przez utracone przychody (ang. *loss of revenue*, franc. *pertes de revenus*) rozumie się różnicę między przychodami, których dany przewoźnik oczekiwałby w okresie referencyjnym, gdyby nie doszło do kryzysu związanego z COVID-19 a przychodami, które w tym czasie zostały faktycznie uzyskane⁶⁶. Utracone przychody muszą nadto zostać skorygowane o zyski, jakie wygenerował przewoźnik w roku poprzednim⁶⁷. Co się zaś tyczy kosztów, których uniknięto (ang. *avoided costs*, franc. *coûts évités*), odpowiadają one kosztom, jakie dany przewoźnik musiałby ponieść, gdyby COVID-19 nie wpłynął na jego działalność, a których nie musi ponosić w wyniku zaistnienia tego kryzysu⁶⁸. Do kosztów tych zalicza się między innymi wydatki na paliwo oraz opłaty lotniskowe. Wysokość kosztów nieponiesionych należy obliczać osobno dla każdego ich rodzaju, uwzględniając wpływ spadku ruchu lotniczego⁶⁹. Koszty, których uniknięto są określane ilościowo poprzez porównanie kosztów poniesionych przez danego przewoźnika w odpowiednim okresie roku poprzedniego z kosztami poniesionymi przez niego w czasie trwania kryzysu związanego z COVID-19. W literaturze wskazuje się, że poprawne określenie kosztów nieponiesionych jest kluczowe przy ustalaniu wysokości rekompensaty (zob. Nicolaidis, 2020, s. 243).

Z powyższego wynika, że obliczenie należnej danemu przewoźnikowi rekompensaty następuje poprzez porównanie faktycznie wygenerowanych przychodów i poniesionych kosztów w czasie trwania COVID-19 z tzw. scenariuszem alternatywnym, czyli sytuacją, w jakiej znajdowałby się ten przewoźnik, gdyby kryzys ten nie wystąpił⁷⁰. Na podkreślenie zasługuje, że badając proporcjonalność konkretnej, zamierzonej rekompensaty, Komisja nie poprzestaje na uwzględnieniu ogólnych danych dotyczących wpływu COVID-19 na sektor transportu lotniczego, lecz szczegółowo bada sposób oddziaływania wprowadzonych z powodu COVID-19 obostrzeń na działalność przewoźnika lotniczego, który ubiega się o pomoc, w tym na uzyskiwane przez niego przychody i ponoszone koszty⁷¹.

Choć taka metodyka jest czasochłonna, to jednak zasługuje ona na aprobatę. Należy bowiem pamiętać, że już od samego początku kryzysu związanego z COVID-19 państwa członkowskie

⁶⁴ Zob. wyr. Sądu z dn. 17.02.2021 r. w sprawie T-259/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:92, pkt 24; wyr. Sądu z dn. 9.06.2021 r. w sprawie T-665/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:344, pkt 42. Zob. także wyr. TS z dn. 23.02.2006 r. w sprawie *Giuseppe Atzeni i in. (C-346/03)*, *Marco Scalas i Renato Lilliu (C-529/03) przeciwko Regione autonoma della Sardegna*, ECLI:EU:C:2006:130, pkt 79; wyr. Sądu z dn. 25.06.2008 r. w sprawie T-268/06 *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:T:2008:222, pkt 52.

⁶⁵ Zob. dec. KE z dn. 15.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56795, przez którą Dania pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2416, pkt 63); dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57061, przez którą Szwecja pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2784, pkt 65).

⁶⁶ Zob. dec. KE z dn. 31.03.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.56765, przez który Francja zamierza wprowadzić moratorium na uiszczanie opłat lotniczych na rzecz przewoźników lotniczych (C(2020) 2097, pkt 44); dec. KE z dn. 15.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56795, przez którą Dania pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2416, pkt 63).

⁶⁷ Zob. dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57061, przez którą Szwecja pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2784, pkt 65); dec. KE z dn. 4.09.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.58114, przez którą Włochy przekazują pomoc Alitalii w celu pokrycia strat wywołanych pandemią COVID-19 (C(2020) 6194, pkt 89).

⁶⁸ Zob. dec. KE z dn. 31.03.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.56765, przez który Francja zamierza wprowadzić moratorium na uiszczanie opłat lotniczych na rzecz przewoźników lotniczych (C(2020) 2097, pkt 44); dec. KE z dn. 15.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56795, przez którą Dania pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2416, pkt 63).

⁶⁹ Zob. dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57061, przez którą Szwecja pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2784, pkt 65).

⁷⁰ W celu uzyskania szerszych informacji na temat zasad tworzenia scenariusza alternatywnego, zob: Ahlqvist, Claici i Tizik, 2020, s. 153–154.

⁷¹ Zob. dec. KE z dn. 4.09.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.58114, przez którą Włochy przekazują pomoc Alitalii w celu pokrycia strat wywołanych pandemią COVID-19 (C(2020) 6194, pkt 88).

prezentowały różne podejście co do pożądanej reakcji na to zdarzenie. W efekcie, krajowe środki różniły się zakresem, siłą oddziaływania oraz czasem ich obowiązywania. Odmienny poziom obostrzeń w poszczególnych państwach członkowskich, a nawet regionach skutkowało nierównomiernymi utrudnieniami w prowadzeniu działalności przez przewoźników lotniczych. Innymi słowy, wprowadzane ograniczenia w przemieszczaniu się dotknęły poszczególne przedsiębiorstwa lotnicze w różnym stopniu. Za słuszne należy więc uznać stanowisko Komisji, zgodnie z którym wysokość możliwej do uzyskania rekompensaty powinna odzwierciedlać szkody, jakie faktycznie poniósł dany przewoźnik lotniczy w związku z COVID-19.

Stosując scenariusz alternatywny, za właściwy punkt odniesienia bierze się zwykle odpowiadający okresowi rekompensaty ten sam okres w roku poprzednim. Tytułem przykładu można wskazać, że w celu oszacowania przychodów alternatywnych Alitalii wzięto pod uwagę rzeczywiste przychody tej linii lotniczej za czas odpowiadający okresowi rekompensaty, ale w roku poprzednim⁷².

W wyjątkowych przypadkach dane historyczne nie będą jednak stanowić odpowiedniego punktu odniesienia. Taka sytuacja wystąpiła przy ocenie pomocy państwa na rzecz linii lotniczych Condor. Mając na uwadze, że w roku 2019 Condor był częścią Thomas Cook Group, co wówczas podnosiło wartość biznesową tego przewoźnika, a następnie biuro podróży ogłosiło upadłość, Komisja stwierdziła, że dane historyczne za ten rok nie są odpowiednim punktem odniesienia dla oszacowania szkód poniesionych przez firmę Condor w wyniku pandemii COVID-19⁷³. W sprawie tej oparto się na porównaniu prognozy zysków przed opodatkowaniem w okresie od marca do grudnia 2020 r., sporządzonej przed ogłoszeniem ograniczeń z powodu pandemii COVID-19, z prognozą przygotowaną po ogłoszeniu tych ograniczeń⁷⁴.

Mając świadomość niemożności pełnego określenia całkowitych szkód poniesionych przez linie lotnicze w chwili podejmowania decyzji o zgodności konkretnej pomocy z prawem unijnym, Komisja zgadza się na przedstawienie przez państwa członkowskie wyników analizy poniesionych przez linie lotnicze szkód oraz otrzymanego wsparcia w terminie późniejszym, o ile będzie to poparte sprawozdaniami finansowymi przedsiębiorstw za dany rok, skontrolowanymi i należycie poświadczonymi przez niezależny organ⁷⁵. Niemniej jednak uznanie danej rekompensaty za zgodną z art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE jest możliwe jedynie po stwierdzeniu przez Komisję, że zamierzona kwota pomocy jest niższa od oszacowanej szkody, jakiej doznał dany przewoźnik lotniczy w efekcie ograniczeń wprowadzonych w związku z COVID-19⁷⁶. Władze krajowe zobowiązują się też zwykle do odzyskania od linii lotniczych wszelkich środków przekraczających wysokość należnej

⁷² Zob. *ibidem*, pkt 89.

⁷³ Zob. dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56867, przez którą Niemcy pragną wypłacić linii Condor rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2795, pkt 78).

⁷⁴ Zob. *ibidem*, pkt. 83 i 85.

⁷⁵ Zob. dec. KE z dn. 31.03.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.56765, przez który Francja zamierza wprowadzić moratorium na uiszczanie opłat lotniczych na rzecz przewoźników lotniczych (C(2020) 2097, pkt 46); dec. KE z dn. 15.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56795, przez którą Dania pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2416, pkt 69); dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56867, przez którą Niemcy pragną wypłacić linii Condor rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2795, pkt 98); dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57061, przez którą Szwecja pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2784, pkt 71).

⁷⁶ Zob. dec. KE z dn. 31.03.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.56765, przez który Francja zamierza wprowadzić moratorium na uiszczanie opłat lotniczych na rzecz przewoźników lotniczych (C(2020) 2097, pkt 50); dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56867, przez którą Niemcy pragną wypłacić linii Condor rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2795, pkt 96); dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57061, przez którą Szwecja pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2784, pkt 69).

im rekompensaty⁷⁷. Zobowiązanie to stanowi dodatkową gwarancję, mającą na celu zapewnienie, by uzyskana przez beneficjenta pomoc była proporcjonalna do poniesionych przez niego szkód.

Z praktyki decyzyjnej Komisji wynika również, że wielkość zamierzonej na rzecz danego przewoźnika lotniczego rekompensaty należy pomniejszyć o wszelkie uzyskane przez niego kwoty z tytułu ubezpieczenia, sporów sądowych, arbitrażu lub innego źródła, o ile odnoszą się one do tych samych szkód⁷⁸. Jeżeli zaś pomoc państwa zostanie wypłacona przed ustaleniem i wypłaconiem takich kwot, państwo członkowskie winno odzyskać kwotę odpowiadającą uzyskanym z tych źródeł środkom.

* * *

Część II artykułu ukaże się w iKAR nr 5(12)

⁷⁷ Zob. dec. KE z dn. 15.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56795, przez którą Dania pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2416, pkt 70); dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56867, przez którą Niemcy pragną wypłacić linii Condor rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2795, pkt 99); dec. KE z dn. 24.04.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57061, przez którą Szwecja pragnie wypłacić Scandinavian Airlines rekompensatę za straty poniesione w wyniku epidemii COVID-19 (C(2020) 2784, pkt 72).

⁷⁸ Zob. dec. KE z dn. 4.09.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.58114, przez którą Włochy przekazują pomoc Alitalii w celu pokrycia strat wywołanych pandemią COVID-19, (C(2020) 6194, pkt 35). Zob. także: dec. KE z dn. 12.03.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.56685, przez który Dania zamierza zrekompensować straty wynikające z odwołania imprez z powodu COVID-19 (C(2020) 1698, pkt 37).

Znacznie niezależności Prezesa UKE dla realizacji unijnych praw podstawowych na przykładzie postępowania karowego prowadzonego na podstawie prawa telekomunikacyjnego¹

Spis treści

- I. Uwagi wstępne
- II. Stosowanie unijnych praw podstawowych w postępowaniu karowym z prawa telekomunikacyjnego
- III. Regulacja niezależności KOR w prawie unijnym
- IV. Regulacja niezależności Prezesa UKE w prawie polskim
- V. Wadliwa/niepełna implementacja wymogu niezależności KOR w prawie krajowym
 1. Skrócenie kadencji Prezesa UKE
 2. Możliwość wydawania wytycznych przez ministra nadrzędnego
 3. Nadawanie Statutu UKE przez ministra
 4. Uregulowanie sposobu powoływania Prezesa UKE
- VI. Niezależność organu w wymiarze formalnym i faktycznym
- VII. Konsekwencje braku niezależności Prezesa UKE
 1. Stwierdzenie nieważności decyzji
 2. Postępowanie odwoławcze
 3. Inne środki prawne
- VIII. Wnioski

Streszczenie

Niezależność jest jednym z podstawowych wymogów stawianych organom sądowiczym, rozstrzygającym władczo o prawach i obowiązkach podmiotów prawa. Funkcje te jednak coraz częściej przejmują organy administracji publicznej, wydające decyzje nadające uprawnienia, a nawet nakładające dotkliwe kary pieniężne. W związku z tym trendem w doktrynie i judykaturze pojawiła się dyskusja w przedmiocie potrzeby cechowania się przez organy administracji publicznej niezależnością. Potrzebę tę dostrzegają także instytucje unijne, które wprowadzają wymóg zapewnienia niezależności organów ochrony konkurencji i regulacji. W związku z dokonaniem przeglądu rynku telekomunikacyjnego rozszerzono regulację niezależności KOR w Europejskim Kodeksie Łączności Elektronicznej, który powinien zostać implementowany do krajowych porządków

* Doktor nauk społecznych w dyscyplinie nauki prawne adiunkt w Zakładzie Prawa Europejskiego Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk; starszy asystent sędziego w Izbie Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7678-5287>; e-mail: m.szpyrka@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.

¹ Artykuł powstał w ramach realizacji grantu Narodowego Centrum Nauki pt. „Wpływ zasad prawa Unii Europejskiej na nakładanie kar pieniężnych przez krajowe organy administracji” nr 2021/43/B/HS5/01252. This article was prepared as part of the grant from the National Science Centre no 2021/43/B/HS5/01252.

prawnych do 21 grudnia 2020 roku. Przyjęta w EKŁE regulacja niezależności ma charakter formalny i jest szcążkowa. Nie przewidziano w niej żadnych uprawnień dla podmiotów regulowanych, umożliwiających egzekwowanie wymogu niezależności KOR, jej ogólnikowość może zaś prowadzić do nieprawidłowej implementacji i osiągnięcia efektu upolitycznienia organu regulacji rynku telekomunikacyjnego.

Słowa kluczowe: niezależność; Prezes UKE; Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej; prawo telekomunikacyjne.

JEL: K230, K210

I. Uwagi wstępne

Niezależność to jeden z podstawowych wymogów, który muszą spełniać organy sądowe, rozstrzygające o prawach i obowiązkach podmiotów prawa. Wynika to z zasady demokratycznego państwa prawnego oraz prawa do sądu i rzetelnego procesu, które są zakorzenione w polskiej tradycji konstytucyjnej, ale także gwarantowane postanowieniami wiążących Polskę aktów prawa międzynarodowego². Co jednak, gdy o prawach i obowiązkach podmiotów decydują organy administracji publicznej, szczególnie gdy orzekają o nałożeniu represyjnych kar pieniężnych? Jakie standardy, dotyczące ukształtowania organu, powinny być spełnione, by podmioty, przeciwko którym toczy się postępowanie karowe, miały zagwarantowane poszanowania ich praw, w tym prawa do obrony? Czy organy administracyjne muszą być niezależne, a jeżeli tak, to czy niezależność ta powinna być ukształtowana analogicznie do przypadku organów sądowniczych? Odpowiedź na to pytanie ma kluczowe znaczenie dla dalszych rozważań, gdyż pozwoli na określenie ewentualnych konsekwencji naruszenia standardu niezależności organu i środków prawnych, po jakie mogą sięgnąć podmioty regulowane.

Organ administracji stanowią emanację państwa, ponieważ uczestniczą w wykonywaniu funkcji publicznych. Nie są one sądami w rozumieniu konstytucyjnym, gdyż należą do władzy wykonawczej, ale posiadają kompetencje do decydowania o prawach i wolnościach jednostki przez władcze rozstrzygnięcia o charakterze indywidualnym – decyzje administracyjne. Doktryna nie wypracowała jednolitego stanowiska w przedmiocie zagadnienia niezależności organów administracji publicznej (Banasik, 2019; Przybylska, 2012). Jednakże z uwagi na coraz powszechniejsze korzystanie z procedury administracyjnej do represjonowania postaw niezgodnych z prawem, w szczególności w postaci dotkliwych kar pieniężnych, niejednokrotnie przekraczających wysokością grzywy o karnym charakterze za analogiczne naruszenia, w doktrynie (Piszcz, 2013, s. 254–255; Błachnio-Parzych, 2016, s. 75) i judykaturze³ pojawił się pogląd o potrzebie stosowania w postępowaniach administracyjnych gwarancji, jakie przewidziane są dla spraw karnych.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2.04.1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.) – art. 45 (dalej: Konstytucja RP); Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE. 2007 C 303/1) – art. 47 (dalej: KPP lub Karta); Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dn. 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. 1993 Nr 61, poz. 284 ze zm.) – art. 6 (dalej: EKPC lub Konwencja).

³ Wyr. ETPC: z dn. 23.11.2006 r., 73053/01, *Jussila przeciwko Finlandii* (LEX nr 199099); z dn. 8.06.1976 r., 5100/71; *Engel i inni przeciwko Holandii* (LEX nr 80797).

Jedną z tych gwarancji jest prawo do sądu i rzetelnego procesu, które przewiduje, że sprawa ma być rozstrzygnięta przez niezależny organ, nawet jeżeli nie jest od sądem sensu stricto. Również prawodawca unijny dostrzega potrzebę zapewnienia niezależności organów, które w zakresie swoich uprawnień posiadają jednocześnie kompetencje o charakterze inkwizycyjnym oraz orzecznicy. Wynika ona z konieczności zapewnienia efektywności prawa unijnego, a w szczególności realizacji jego celów i zharmonizowanych polityk unijnych przez organy politycznie niezależne od władzy wykonawczej⁴. Pojawia się jednak pytanie, w jaki sposób zapewnić gwarancje apolityczności i poszanowania praw podmiotowych w toczących się przeciwko podmiotom regulowanym postępowaniach? By móc na nie odpowiedzieć, z uwzględnieniem istoty rynku telekomunikacyjnego, konieczne jest przeanalizowanie przyjętego modelu organu regulacji rynku telekomunikacyjnego w regulacjach unijnych i implementujących je przepisach krajowych. Pozwoli to określić czy, a jeśli tak to w jakim zakresie, wymogi niezależności są faktycznie realizowane i jakie mają przełożenie na stosowanie praw podstawowych podmiotów regulowanych w toczących się przeciwko nim postępowaniach, w tym postępowaniach karowych. Konieczne wydaje się także rozważanie potencjalnych konsekwencji stwierdzenia braku niezależności organu i uprawnień, jakie w związku z tym faktem przysługują podmiotom prawa.

II. Stosowanie unijnych praw podstawowych w postępowaniu karowym z prawa telekomunikacyjnego

Punktem wyjścia do dalszych rozważań jest założenie, że prawa podstawowe stosuje się w postępowaniach przed organami administracji publicznej, w tym w postępowaniach o nałożenie kary pieniężnej. Zarówno w literaturze (Bernatt, 2011; Kowalik-Bańczyk, 2012; Król-Bogomińska, 2013; Andreangeli, 2008; Wils, 2005; 2008; Bombois, 2012), jak i w orzecznictwie⁵ prezentowany jest pogląd, że prawa te należy stosować do podmiotów zbiorowych. Muszą być zatem respektowane w ramach wszystkich postępowań administracyjnych, których stronami są podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Są to postępowania o charakterze regulacyjnym, gdyż rozstrzygają one o prawach i obowiązkach podmiotów zbiorowych, często ograniczając wolność gospodarczą, jak również postępowania o nałożenie kary pieniężnej za naruszenie praw związanych z prowadzoną przez nich działalnością gospodarczą.

Krajowe organy regulacyjne, będące emanacją państwa członkowskiego, są zobowiązane do przestrzegania prawa unijnego oraz stosowania wszystkich jego zasad na równi z organami sądowymi, o czym rozstrzyga formuła Costanzo⁶. Oznacza to w praktyce, że organy administracji publicznej, związane postanowieniami prawa pierwotnego i wtórnego, są zobowiązane do weryfikowania czy w danej sprawie prawo unijne znajduje zastosowanie. Jeżeli odpowiedź na to pytanie jest twierdząca, wówczas krajowe organy regulacyjne są zobligowane do ustalenia odpowiedniej interpretacji wiążących przepisów prawa unijnego, z wykorzystaniem orzecznictwa TSUE oraz

⁴ W kontekście zapewnienia efektywności realizacji celów prawa unijnego zob. wyr. TSUE z dn. 16.05.2017 r., C-682/15, *Berlioz Investment Fund S.A. przeciwko Directeur de l'administration des contributions directes* (ECLI:EU:C:2017:373).

⁵ Wyr. ETPCz: z dn. 22.05.1990 r. 12726/87, *Autronic AG przeciwko Szwajcarii*; z dn. 6.04.2000 r. 35382/97, *Comingersoll przeciwko Portugalii*; z dn. 16.04.2002 37971/97, *Société Colas Est i inni przeciwko Francji*; wyr. TSUE z dn. 22.10.2002 r. w sprawie C-94/00, *Roquette Frères SA przeciwko Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, przy udziale Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:2002:60); wyr. SUE z dn. 9.07.2003 r. w sprawie T-224/00, *Archer Daniels Midland Company i Archer Daniels Midland Ingredients Ltd p-ko Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:2002:185).

⁶ Wyr. TSUE z dn. 22.06.1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA przeciwko Comune di Milano* (ECLI:EU:C:1989:256).

ustalenia w jaki sposób owa interpretacja wpływa na wykładnię i stosowanie prawa krajowego⁷. Może to warunkować potrzebę zastosowania wykładni zgodnej lub, w przypadku braku takiej możliwości, odmową zastosowania przepisu prawa krajowego, niezgodnego z prawem unijnym już na etapie postępowania przed organem (Lang, 2001, s. 84–93; Sołtys, 2015, s. 213–221)⁸.

Obowiązek do stosowania w postępowaniach krajowych, toczących się przed organami administracyjnymi, unijnych praw podstawowych i zasad ogólnych jest konsekwencją obowiązku stosowania przez te organy prawa UE. Wynika to z art. 6 TUE⁹, który wskazuje, że prawa podstawowe i zasady ogólne są częścią unijnego porządku prawnego (Domańska, 2012, s. 8). Oznacza to zatem, że w każdym przypadku, gdy krajowe organy regulacyjne stosują prawo unijne, zobowiązane są do przestrzegania unijnych praw podstawowych (Grzeszczak i Szmigielski, 2015, s. 1). By zastosowanie praw podstawowych przewidzianych w prawie unijnym było możliwe, konieczne jest wykazanie łącznika z prawem unijnym. Wynika to z regulacji przyjętej w samej Karcie Praw Podstawowych, która stanowi, że prawa podstawowe w niej zawarte wiążą w przypadku stosowania prawa unijnego. Także w przypadku odwołania się do zasad ogólnych prawa unijnego konieczne jest wskazanie łącznika z prawem unijnym (Szpyrka, 2020, s. 126). Łącznikiem tym najczęściej jest przepis prawa krajowego implementujący regulację unijną, z której wynika określony obowiązek dla przedsiębiorcy krajowego, za naruszenie którego może zostać nałożona kara pieniężna.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku ustawy – Prawo telekomunikacyjne¹⁰, która implementuje do krajowego porządku prawnego dyrektywy telekomunikacyjne¹¹. Warto w tym miejscu zauważyć, że najnowszą dyrektywą, zmieniającą regulację unijną w zakresie rynku telekomunikacyjnego jest Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej (dalej: EKŁE). Postanowienia EKŁE powinny zostać wdrożone do krajowego porządku prawnego do 21 grudnia 2020 r., jednakże mimo upływu tego terminu, dyrektywa ta nie została w pełni implementowana, za co Komisja Europejska skierowała przeciwko Polsce sprawę do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹². Brak pełnej implementacji EKŁE w określonym terminie może skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą państwa członkowskiego za naruszenie prawa unijnego, bezpośrednim stosowaniem postanowień dyrektywy w sytuacjach, gdy jest to możliwe, lub odmową stosowania przepisu prawa krajowego sprzecznego z celami dyrektywy (Szpyrka, 2020, s. 133). Zgodnie zaś z formułą Adeneler¹³ należy dokonywać interpretacji przepisów krajowych i stosować je z uwzględnieniem EKŁE.

⁷ Wyr. TSUE z dn. 3.07.2014 r., w sprawie C-129/13 i C-130/13, *Kamino International Logistics BV i Datema Hellmann Worldwide Logistics BV przeciwko Staatssecretaris van Financiën* (ECLI:EU:C:2014:2041).

⁸ Wyr. TSUE: z dn. 5.03.2019 r., C-349/17, *Eesti Pagar AS przeciwko Ettevõtluse Arendamise Sihtasutus i Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium* (ECLI:EU:C:2019:172); z dn. 4.12.2018 r., C-378/17, *The Minister for Justice and Equality i The Commissioner of the Garda Síochána przeciwko Workplace Relations Commission* (ECLI:EU:C:2018:979).

⁹ Traktat o Unii Europejskiej – wersja skonsolidowana (Dz. Urz. UE 2010 C 83/13) (dalej: TUE).

¹⁰ Ustawa z dn. 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. 2022 poz. 1648 ze zm.).

¹¹ Pakiet dyrektyw telekomunikacyjnych: dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 7.03.2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (Dz. Urz. UE 2002 L 108/7 ze zm.) (dalej: dyrektywa o dostępie); Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 12.07.2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE 2002 L 201/37 ze zm.) (dalej: dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej); Dyrektywa 2002/22/WE z dn. 7.03.2002 r. w sprawie usługi powszechnej i praw użytkowników odnoszących się do sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE 2002 L 108/51 ze zm.) (dalej: dyrektywa o usłudze powszechnej); Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 7.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE 2002 L 108/33 ze zm.) (dalej: dyrektywa ramowa); Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 7.03.2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE 2002 L 108/21 ze zm.) (dalej: dyrektywa o zezwoleniach) oraz Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dn. 11.12.2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (wersja przekształcona) (Dz. U. UE. 2018 L 321/36 ze zm.) (dalej: EKŁE).

¹² https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip_22_1975 (26.07.2023).

¹³ Wyr. TSUE z dn. 4.07.2006 r., C-212/04, *Konstantinos Adeneler i inni przeciwko Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)* (ECLI:EU:C:2006:443).

Niezależnie jednak od potencjalnych konsekwencji nieprawidłowej implementacji dyrektyw telekomunikacyjnych, łącznika z prawem unijnym w zakresie postępowań karowych należy poszukiwać w pakiecie dyrektyw telekomunikacyjnych oraz zmieniającym je EKŁE. Dyrektywy o zezwoleniach (art. 10 ust. 3) oraz EKŁE (art. 29) przewidują obowiązek ustanowienia przez państwa członkowskie proporcjonalnej, skutecznej i odstraszającej sankcji za naruszenie obowiązków wynikających z dyrektywy. Realizacja tego zobowiązania – zarówno przez przyjęcie przepisów regulujących tego typu sankcje (w przypadku polskiego prawa telekomunikacyjnego jest to art. 209), jak i faktyczne ich wymierzanie przez uprawniony organ (Prezesa UKE), który zgodnie z regulacją przyjętą w EKŁE powinien być organem niezależnym – stanowi łącznik z prawem unijnym. Oznacza to, że w ramach postępowań toczących się przed Prezesem UKE organ ten jest zobligowany do poszanowania unijnych praw podstawowych podmiotów, w stosunku do których wydaje rozstrzygnięcie o charakterze władczym.

III. Regulacja niezależności KOR w prawie unijnym

Przepisy dotyczące niezależności krajowego organu regulacji rynku telekomunikacyjnego były kształtowane wraz z kolejnymi przeglądami tego rynku i następującymi po nich zmianami dyrektyw telekomunikacyjnych. Pierwszym aktem prawnym nakazującym ustanowienie specjalnego organu na krajowych rynkach telekomunikacyjnych była dyrektywa 88/301/EWG¹⁴. Wprowadzała ona wymóg niezależności KOR od przedsiębiorców publicznych i prywatnych prowadzących działalność telekomunikacyjną. Następnie dyrektywa 92/44/WE¹⁵ wprowadziła wymóg prawnej odrębności i funkcjonalnej niezależności od organizacji telekomunikacyjnych. Dalej, dyrektywą 97/51/WE¹⁶ znowelizowano dyrektywę 90/387/EWG¹⁷, po raz pierwszy szczegółowo regulując w art. 5a ust. 3 kwestię organizacji i kształtu krajowych organów regulacyjnych. Kolejnym etapem w tworzeniu modelu niezależności KOR była dyrektywa ramowa¹⁸. Rozszerzała ona dotychczasową regulację dotyczącą niezależności wewnętrznej KOR, zapewniając odpowiednie finansowanie i politykę zatrudnienia organu. Fragmentarycznie – w odniesieniu do regulacji *ex ante* oraz rozstrzygania sporów w zakresie dostępu lub wzajemnych połączeń pomiędzy przedsiębiorstwami udostępniającymi sieci lub usługi łączności elektronicznej albo pomiędzy przedsiębiorcą udostępniającym sieci lub usługi łączności elektronicznej a korzystającym z obowiązku zapewnienia dostępu lub wzajemnych połączeń – uregulowano gwarancję dotyczącą braku obowiązku przyjmowania i występowania o instrukcje do innych organów, z zachowaniem uprawnień kontrolnych państw członkowskich, uregulowanych w ich prawie konstytucyjnym.

Kolejna duża rewizja regulacji rynku telekomunikacyjnego została przeprowadzona w 2018 r., a jej efektem było przyjęcie Europejskiego Kodeksu Łączności Elektronicznej. EKŁE rozszerzył gwarancje, dotyczące niezależności KOR w przedmiocie zasady nieinstruowania. W aktualnym

¹⁴ Dyrektywa Komisji z dn. 16.05.1988 r. w sprawie konkurencji na rynkach końcowych urządzeń telekomunikacyjnych (Dz. U. UE. 1988 L 131/73 ze zm.).

¹⁵ Dyrektywa Rady 92/44/EWG z dn. 5.06.1992 r. w sprawie zastosowania zasady otwartej sieci do łączy dzierżawionych (Dz. U. 1992 L165/27).

¹⁶ Dyrektywa 97/51/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 6.10.1997 r. zmieniająca dyrektywy Rady 90/387/EWG i 92/44/EWG w sprawie w celu przystosowania się do konkurencyjnego środowiska w telekomunikacji (Dz. U. 1997 L 295/23) – niezależność od organizacji dostarczających sieci, strukturalne wydzielenie kompetencji regulacyjnych i właścicielskich, odwołanie od decyzji organu do niezależnego od stron postępowania organu.

¹⁷ Dyrektywa Rady 90/387/EWG z dn. 28.06.1990 r. w sprawie ustanowienia rynku wewnętrznego dla usług telekomunikacyjnych poprzez wdrożenie zasady otwartej sieci (Dz. U. 1990 L 192/1).

¹⁸ Część regulacji w tym zakresie, w szczególności ustępy 3 i 3a art. 3 zostały dodane do pierwotnego brzmienia dyrektywy na mocy dyrektywy nr 2009/140/WE z dn. 25.11.2009 r. (Dz. U. UE 2009 L 337/37) zmieniającej dyrektywę ramową z dniem 19 grudnia 2009 roku.

kształcie, z uwagi na brak wyłączeń, można domniemywać, że dotyczy ona wszelkich czynności podejmowanych przez KOR i wyraża się w prawie do samodzielnego przyjmowania procedur wewnętrznych i zarządzania personelem. Utrzymana została regulacja dopuszczająca nadzór nad KOR, zgodnie z krajowym prawem konstytucyjnym. Jednoznaczne wskazanie na prawo konstytucyjne nasuwa konstatację, że prawodawca unijny wymaga, by ograniczenia niezależności KOR były regulowane na najwyższym szczeblu prawa krajowego, co dodatkowo podkreśla istotę, jaką przypisuje tej konkretnej cesze organu regulacyjnego. W EKŁE rozszerzono również gwarancje proceduralne niezależności, przez przyjęcie konkursowego sposobu powoływania KOR oraz kadencyjności organu. Podkreślona została także potrzeba zapewnienia ciągłości procesu decyzyjnego, a procedura odwołania KOR została dodatkowo obwarowana obowiązkiem zapewnienia sądowej kontroli merytorycznej.

Analiza regulacji niezależności KOR kształtowanej w kolejnych dyrektywach telekomunikacyjnych skłania do wniosku, że powinna ona znaleźć wyraz w dwóch aspektach – zewnętrznym i wewnętrznym¹⁹. Na aspekt zewnętrzny składa się niezależność KOR od władzy i innych podmiotów (w tym podmiotów regulowanych), a także zasada nieinstruowania. Nie wyklucza to nadzoru nad organem, jeżeli został on przewidziany w krajowym prawie konstytucyjnym. Jednym z warunków realizacji zewnętrznego aspektu niezależności KOR jest sposób powoływania i odwoływania piastuna organu, w tym ściśle określenie powodów umożliwiających odwołanie, a także sądowa kontrola decyzji o odwołaniu. Z kolei aspekt niezależności wewnętrznej wyraża się w prawie do samostanowienia w ramach urzędu, przyjmowania regulacji wewnętrznych, organizacji pracy urzędu, w tym zarządzanie zasobami ludzkimi oraz realizacją budżetu. W tym wypadku także dopuszczalna jest kontrola i nadzór ze strony państw członkowskich, jeżeli zostały one przewidziane w prawie konstytucyjnym. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że prawodawca unijny w art. 8 EKŁE, dotyczącym apolityczności KOR, przewiduje możliwość sprawowania nadzoru nad tymi organami przez państwa członkowskie. Z kolei art. 9 EKŁE stanowi, że w zakresie autonomii finansowej i zarządzania zasobami ludzkimi państwa członkowskie mają uprawnienia zarówno nadzorcze, jak i kontrolne. Prowadzi to do wniosku, że możliwa ingerencja w niezależność organu jest zróżnicowana i uzależniona od tego czy mamy do czynienia z aspektem zewnętrznym (tylko nadzór), czy też wewnętrznym (nadzór i kontrola) owej niezależności.

IV. Regulacja niezależności Prezesa UKE w prawie polskim

W aktualnie obowiązującej ustawie – Prawo telekomunikacyjne (dalej: pt lub prawo telekomunikacyjne) nie znalazł się zapis dotyczący niezależności organu. Zgodnie z regulacją przyjętą w prawie telekomunikacyjnym Prezes UKE jest centralnym organem administracji rządowej (art. 190 ust. 3). Nadzór nad nim sprawuje minister właściwy do informatyzacji²⁰, który dysponuje uprawnieniem do wydawania Prezesowi UKE wiążących wytycznych i poleceń²¹.

Prezesa UKE powołuje Sejm na wniosek Prezesa Rady Ministrów, a jego kadencja trwa 5 lat. Zgodnie z postanowieniami art. 190 pt nabór na stanowisko Prezesa UKE ma być prowadzony

¹⁹ W wypadku EKŁE aspekt wewnętrzny niezależności odnosi się do kwestii o charakterze organizacyjno-zarządczym i samostanowienia w ramach sprawowania urzędu, nie jest to niezależność wewnętrzna w rozumieniu konwencyjnym, czyli bezstronność i jednolitość stosunek organu decyzyjnego do stron postępowania.

²⁰ Ustawa z dn. 4.09.1997 r. o działach administracji rządowej (t.j. Dz. U. 2022 poz. 2512 ze zm.).

²¹ Ustawa z dn. 8.08.1996 r. o Radzie Ministrów (t.j. Dz. U. 2022 poz. 1188).

przez zespół wyznaczony przez Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów liczący co najmniej 3 osoby, których wiedza i umiejętności dają rękojmię wyłonienia najlepszego kandydata. Wymogi, jakie musi spełniać kandydat na Prezesa UKE zostały określone w art. 190 ust. 4aa pt i dotyczą zarówno kwestii o charakterze publicznym (obywatelstwo polskie, pełnia praw publicznych oraz niekaralność), jak i kompetencji osobistych (doświadczenie zawodowe w zakresie telekomunikacji lub poczty, kompetencje kierownicze, niezbędna wiedza i doświadczenie). Sama procedura konkursowa została uregulowana jedynie w zakresie dotyczącym zespołu konkursowego oraz możliwości dokonania oceny kandydatów przez podmiot zewnętrzny (inny niż powołana komisja), obowiązku zachowania tajemnicy i sporządzenia protokołu z prac komisji. Następnie Prezes Rady Ministrów wskazuje spośród osób, które uzyskały najlepszy wynik jedną, którą przedstawia do powołania Sejmowi.

Prawo telekomunikacyjne przewiduje także, że odwołanie Prezesa UKE przed upływem kadencji jest możliwe tylko wówczas, gdy przestał on spełniać wymogi niezbędne do wzięcia udziału w konkursie na to stanowisko (art. 190 ust. 4ac pt). Skrócenie kadencji jest zaś możliwe w przypadku śmierci osoby sprawującej urząd, jej rezygnacji lub choroby uniemożliwiającej dalsze wykonywanie zadań. W przypadku procedury skrócenia kadencji odpowiednio stosuje się przepisy o odwołaniu Prezesa UKE, co oznacza, że powinien jej dokonać Sejm na wniosek Prezesa Rady Ministrów.

W kwestii samostanowienia prawo telekomunikacyjne przewiduje, że UKE prowadzi gospodarkę finansową na zasadach przewidzianych dla jednostek budżetowych (art. 193 ust. 2), które zostały określone w rozporządzeniu Ministra Finansów²². Drugim elementem samostanowienia jest tworzenie regulacji wewnętrznych urzędu, jednakże poza Statutem, gdyż ten nadaje w drodze zarządzenia minister właściwy ds. informatyzacji, po zasięgnięciu opinii ministra właściwego ds. łączności. Prezes UKE uprawniony jest do prowadzenia Dziennika Urzędowego, w którym mają być publikowane zarządzenia, przepisy prawa międzynarodowego, ogłoszenia, obwieszczenia i komunikaty.

Prawodawca krajowy podjął prace nad przyjęciem nowej ustawy, regulującej rynek telekomunikacyjny. Projekt ustawy został zatytułowany „Prawo komunikacji elektronicznej” i w ramach procedury legislacyjnej był identyfikowany jako Druk nr 2861²³. Ostatecznie projekt ten został wycofany z prac parlamentarnych ze względu na wątpliwości, jakie pojawiły się w jego toku procedowania²⁴. Odniesienie się do tego, nieaktualnego już projektu wydaje się być istotne z uwagi na fakt, że przyjęte w nim rozwiązania, dotyczące ustroju UKE nie odbiegały w sposób istotny od aktualnie obowiązującej ustawy, co oznacza, że w ocenie prawodawcy aktualne przepisy w sposób wystarczający wdrażają EKŁE do polskiego porządku prawnego, w tym realizują gwarancje niezależności. Podobnie jak w obowiązującym prawie telekomunikacyjnym, także i projekt ustawy nie zawierał postanowienia o niezależności Prezesa UKE. W Dziale VIII Rozdziale I, dotyczącym organów regulacji rynku telekomunikacyjnego, zachowane zostały postanowienia prawa telekomunikacyjnego dotyczące sprawowania nadzoru nad Prezesem UKE przez ministra właściwego ds. informatyzacji, przy czym w stosunku do obecnie obowiązującej regulacji rozbudowany zo-

²² Rozporządzenie Ministra Finansów z dn. 7.12.2010 r. w sprawie sposobu prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych (t.j. Dz. U. 2019 poz. 1718).

²³ <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2861> (26.07.2023).

²⁴ <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/46F71F0B79DC1FC5C125899800526C26/%24File/2861-006.pdf> (26.08.2023).

stał obowiązek sprawozdawczy, w tym określono terminy, w jakich Prezes UKE jest obowiązany złożyć sprawozdanie z działalności. Zachowany został także sposób powoływania Prezesa UKE, długość kadencji oraz postanowienia, dotyczące wymogów dla kandydatów i samej procedury konkursowej. Dokonano zatem jedynie „kosmetycznych” zmian w numeracji artykułów oraz umiejscowieniu danych postanowień w konkretnych ustępach.

Projekt prawa komunikacji elektronicznej utrzymywał rozwiązania przyjęte w prawie telekomunikacyjnym w przedmiocie gospodarki budżetowej i samostanowienia Prezesa UKE. Jedyna różnica sprowadza się do uprawnienia publikowania w Dzienniku Urzędowym UKE także decyzji obszarowych, które zostały uregulowane w art. 191.

Na uwagę zasługuje fakt, że uregulowano procedurę odwoławczą od decyzji o odwołaniu Prezesa UKE przez wprowadzenie przepisu umożliwiającego zaskarżenia takiej decyzji przez Prezesa UKE do sądu pracy. Z uwagi na fakt, że sądy pracy działają w strukturze sądownictwa powszechnego, a nie administracyjnego – badającego jedynie legalność wydanej decyzji – projektowana regulacja wypełniała przewidziane w EKŁE wymogi zapewnienia odwołania do sądu, który dokona kontroli merytorycznej wydanej decyzji. Brakowało jednak w projektowanej ustawie postanowień w przedmiocie wstrzymania wykonania (bądź też nie) decyzji do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez sąd. W projekcie prawa komunikacji elektronicznej przyjęto również przewidziany w EKŁE wymóg dotyczący strukturalnego rozdziału funkcji, wykonywanych w ramach prowadzenia polityki regulacyjnej oraz praw właścicielskich podmiotów regulowanych.

V. Wadliwa/niepełna implementacja wymogu niezależności KOR w prawie krajowym

Analiza regulacji przyjętej na gruncie EKŁE skłania do konstatacji, że określony został tam formalny standard niezależności KOR (szerzej na ten temat poniżej), czyli jakie państwa członkowskie powinny wdrożyć tę regulację do prawa krajowego, by zapewnić jej cel – niezależność organu. Porównanie owego standardu z obecnie obowiązującą regulacją krajową oraz projektowaną ustawą o komunikacji elektronicznej (ostatecznie wycofaną z prac parlamentarnych) skłania do głębszej analizy kilku zagadnień, które na gruncie prawa krajowego budzą wątpliwości w przedmiocie implementacji postanowień EKŁE w sposób pełny i wyczerpujący, co może prowadzić do nieosiągnięcia zakładanego w tej dyrektywie celu – niezależności organu. Nie można także pominąć faktu skrócenia kadencji Prezesa UKE w 2020 r. i konsekwencji tego zdarzenia dla oceny realizacji wymogu niezależności KOR. Do skrócenia kadencji doszło w okresie przeznaczonym na implementację EKŁE, a zatem zgodnie z formułą Adenelera (Fletcher, Lööf i Gilmore, 2008; Klamert, 2006, s. 1251–1275; Craig, 2009, s. 349–377; Kowalik-Bańczyk, 2005, s. 9–18; 2007; Biernat, 1998, s. 123–148; Mik, 2005, s. 115; Łazowski, 2003, s. 181–200) istniał obowiązek interpretacji prawa krajowego zgodnie z treścią dyrektywy, choć nie została ona jeszcze wówczas implementowana²⁵. Analiza aktualnie obowiązujących regulacji prawnych w tym zakresie, mimo iż część z nich została uchwalona na długo przed przyjęciem EKŁE, wydaje się być uzasadniona, gdyż już w czasie przeznaczonym na implementację EKŁE ustawodawca krajowy dokonywał zmian w zakresie przepisów regulujących ustrój UKE. Przyjęte nowelizacje nie doprowadziły do pełniej

²⁵ Wyr. TSUE z dn. 4.07.2006 r., C-212/04, *Konstantinos Adeneler i inni przeciwko Ellinikos Organismos Galaktos* (ECLI:EU:C:2006:443).

implementacji EKŁE, a w niektórych wypadkach ustawodawca osiągnął wręcz cel odmienny do zakładanego w rzeczonyj dyrektywie. Ponadto wycofany projekt prawa komunikacji elektronicznej utrzymywał dotychczasowe rozwiązania w mocy, co szerzej omówiono w punkcie IV. Oznacza to, że w ocenie ustawodawcy krajowego aktualnie obowiązujące regulacje w sposób wystarczający realizują gwarancje niezależności uregulowane w EKŁE.

1. Skrócenie kadencji Prezesa UKE

Procedura odwołania KOR, zgodnie z postanowieniami EKŁE oraz regulacjami krajowymi (w tym projektowanymi i wycofanymi z prac parlamentarnych), przewiduje możliwość odwołania KOR, jeżeli piastun organu przestanie spełniać określone w ustawie wymogi konieczne do powołania na to stanowisko w prawie krajowym. W przedmiocie skrócenia kadencji prawo krajowe stanowi, że może do niego dojść w przypadku śmierci piastuna organu, jego rezygnacji lub choroby uniemożliwiającej sprawowanie funkcji. Należy w tym miejscu zauważyć, że do momentu przyjęcia ustawy covidowej²⁶, wprowadzającej między innymi zmianę w procedurze powoływania organu przez wyłączenie z niej Senatu²⁷, prawo telekomunikacyjne nie regulowało możliwości skrócenia kadencji organu. Tymczasem na mocy tej samej ustawy covidowej skrócono kadencję ówczesnego Prezesa UKE, mimo iż upływała ona dopiero w 2021 roku. Stało się to w wyniku przyjęcia poprawki, wprowadzonej do procedowanego już projektu ustawy covidowej, która znalazła wyraz w art. 61 tej ustawy. Uzasadnienie projektu ustawy nie zawiera motywów, jakie przyświecały skróceniu kadencji organu. Całość zmian dokonanych w prawie telekomunikacyjnym motywowana była w przestrzeni publicznej potrzebą wdrożeniem postanowień EKŁE. Zastosowanie takiego rozwiązania, tj. skrócenie kadencji organu, wydaje się być zupełnie nieuzasadnione, szczególnie z uwagi na zastosowaną procedurę. W stanie prawnym obowiązującym po wejściu w życie ustawy covidowej do skrócenia kadencji Prezesa UKE stosuje się odpowiednio przepisy o odwołaniu, co oznacza, że skrócenie kadencji dokonuje Sejm na wniosek Prezesa Rady Ministrów. Z kolei stan prawny przed wejściem w życie ustawy covidowej przewidywał, że odwołania Prezesa UKE dokonuje Sejm za zgodą Senatu, na wniosek Prezesa Rady Ministrów. Można wprawdzie przyjąć, że zastosowano nadzwyczajny tryb skrócenia kadencji, gdyż wcześniej taka instytucja nie była uregulowana na gruncie prawa krajowego, jednakże brak uzasadnienia w projekcie ustawy i sam fakt momentu i trybu wniesienia poprawki w postaci tzw. wrzutki²⁸ budzi poważne wątpliwości co do możliwości zastosowania takiej, nadzwyczajnej procedury skrócenia kadencji organu. Także dokonywanie reorganizacji w działaniu urzędu nie uzasadnia skrócenia kadencji organu. Kwestią tą zajmował się już Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku C-424/15, *Ormaetxea Garai i Lorenzo Almendros*²⁹ stwierdził, że reformy instytucjonalne nie uzasadniają możliwości odwołania prezesów KOR przed upływem kadencji, o ile nie zostały ustanowione zasady, które gwarantują, że takie odwołanie nie narusza ich bezstronności i niezależności. W przypadku skrócenia kadencji Prezesa UKE, dokonanej ustawą covidową, realizacja wymogu ustanowienia

²⁶ Ustawa z dn. 14.05.2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. 2020, poz. 875 ze zm.) (dalej: ustawa covidowa).

²⁷ Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że od roku 2019 partia rządząca posiada większość jedynie w Sejmie. W Senacie to opozycja ma przeważającą liczbę głosów.

²⁸ Oznacza to dodawanie zapisów (często istotnych, a jednocześnie niezwiązanych z główną treścią aktu prawnego) do treści procedowanych aktów prawnych, w ramach prac parlamentarnych. Zapisy te nie są poddawane konsultacjom społecznym ani oceniane z punktu widzenia skutków regulacji.

²⁹ Wyr. TSUE z dn. 19.10.2016 r., *Xabier Ormaetxea Garai i Bernardo Lorenzo Almendros przeciwko Administración del Estado* (ECLI:EU:C:2016:780).

zasad odwołania/skrócenia kadencji, które gwarantują, że odwołanie nie narusza niezależności i bezstronności, budzi największe wątpliwości. Do momentu przyjęcia ustawy covidowej nie istniała prawnie uregulowana możliwość skrócenia kadencji organu, nie przewidziano także żadnych nadzwyczajnych procedur, umożliwiających takie działanie. Dokonanie zatem skrócenia kadencji organu na mocy tego samego aktu prawnego, którym wprowadzono przedmiotową instytucję i to jeszcze z przyczyny, która nie została w rzeczonyj ustawie przewidziana powoduje istotną ingerencję w niezależność zewnętrzną organu. Uzasadnienia dla takiego działania próżno również doszukiwać się w potrzebie zapewnienia zgodności regulacji krajowej z implementowaną dyrektywą. Żaden z przepisów EKŁE nie przewidywał obowiązku skracania kadencji KOR, by zapewnić realizację wymogu powoływania tego organu w procedurze konkursowej. Co więcej EKŁE zwraca szczególną uwagę na zapewnienie ciągłości procesu decyzyjnego w ramach organu, a skrócenie kadencji ówczesnego Prezesa UKE spowodowało anulowanie aukcji na częstotliwości, zwanej aukcją 5G³⁰. Takie działanie zatem nie tylko godziło w niezależność organu, lecz także przyczyniło się do naruszenia zasady pewności prawa i zasady uzasadnionych prawnie oczekiwań przedsiębiorców biorących udział w aukcji. Przedsiębiorcy ci mieli bowiem uzasadnione oczekiwania, kierowane do Prezesa UKE, że aukcja zostanie rozstrzygnięta merytorycznie (tj. otrzymają oni lub też nie rezerwacje na częstotliwość 5G), tymczasem aukcję zakończono w sposób formalny (anulowanie), nie podając przy tym logicznego uzasadnienia takiego stanu rzeczy (stan epidemii COVID-19 nie uniemożliwiał prowadzenia postępowania, a fakt odwołania piastuna organu nie powinien niweczyć działań organu, gdyż jest to sprzeczne z zasadą ciągłości procesu decyzyjnego).

Potwierdzeniem tezy o naruszeniu niezależności Prezesa UKE przez skrócenie jego kadencji w ekstraordynaryjnym trybie jest stanowisko Komisji Europejskiej, która dopatrzyła się naruszenia prawa unijnego, w tym naruszenia wymogu niezależności KOR i wszczęła przeciwko Polsce postępowanie w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego. Efektem postępowania naruszeniowego było skierowanie przeciwko Polsce skargi do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej³¹.

2. Możliwość wydawania wytycznych przez ministra nadzrędnego

Pojęcie „nadzór” jest używane w prawodawstwie polskim w różnych znaczeniach. Prawo administracyjne nie wypracowało legalnej definicji nadzoru, a instytucje określane tym mianem można spotkać również w innych gałęziach polskiego prawa (Sikora, 2004, s. 189–209). Konstytucja RP w art. 146 ust. 4 pkt 4 stanowi, że Rada Ministrów koordynuje i kontroluje prace organów administracji rządowej³², na zasadach określonych w Konstytucji i ustawach. Zgodnie z art. 12a ust. 2 ustawy o działach administracji rządowej³³ minister właściwy do spraw informatyzacji sprawuje nadzór nad Prezesem UKE i ma uprawnienia do wydawania wiążących wytycznych i poleceń, w celu dostosowania do polityki Rady Ministrów zasad i kierunków działania Prezesa UKE (art. 34a ust. 1 ustawy o Radzie Ministrów). Owe wytyczne i polecenia nie mogą jednak dotyczyć rozstrzygnięć co do istoty sprawy, załatwianych w drodze decyzji administracyjnej (art. 34a ust. 2 ustawy

³⁰ <https://cyfrowa.rp.pl/biznes-ludzie-startupy/art18080111-prezes-uke-na-tarczy-nocna-poprawka-do-tarczy-3-0-i-moze-sie-pakowac> (26.07.2023).

³¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/r/detail/pl/inf_21_441 (26.07.2023).

³² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2.04.1997 r. (Dz. U. 1997 Nr 78, poz. 483 ze zm.).

³³ Ustawa z dn. 4.09.1997 r. o działach administracji rządowej (tj. Dz. U. 2022 poz. 2512 ze zm.).

o Radzie Ministrów). Mogą być one wydawane ustnie, przy czym wymagają wówczas pisemnego potwierdzenia (art. 34a ust. 3 ustawy o Radzie Ministrów). Ustawa nie reguluje procedury czy też zakresu przedmiotowego, jakiego dotyczyć mogą wytyczne i polecenia. Oznacza to zatem, że poza ograniczeniem w przedmiocie wpływu na konkretne rozstrzygnięcie o charakterze władczym wytyczne i polecenia mogą dotyczyć każdej kwestii.

W doktrynie krajowej wskazuje się, że uprawnienie do wydawania wytycznych oznacza prawo do określenia ogólnych reguł wykonywania zadań administracyjnych. Wytyczne powinny dotyczyć kwestii generalnych, związanych z wykonywaniem zadań, należących do kompetencji organu (Piątek, 2013, s. 1039–1040). Doktryna przez wytyczne rozumie dyrektywy przyjmowane na podstawie przepisów o kierowaniu lub nadzorze, wiążące dla adresatów, które określają w sposób ogólny regulację określonego zagadnienia, które należy do wewnętrznej sfery działania aparatu administracyjnego (Hoff, 1987, s. 22). Polecenia i wytyczne ministra mogą dotyczyć całej sfery wewnętrznej funkcjonowania podległego organu, ale w stosunkach zewnętrznych mogą dotyczyć jedynie spraw załatwianych w formach niewładczych, działań informacyjnych, wyjaśniających i kontrolnych (Piątek, 2013, s. 1040). Zasadniczo zatem nadzór ministra właściwego do spraw informatyzacji nad Prezesem UKE powinien ograniczać się do kontroli terminowości załatwiania spraw.

Przyjęcie założenia zgodnego z poglądami doktryny krajowej w kwestii stosowania wytycznych do poleceń ministra nadrzędnego prowadziłoby do wniosku, że uprawnienie to nie stanowi zagrożenia dla niezależności KOR. Sama jednak analiza przyjętej regulacji w tej materii budzi pewne wątpliwości. Należy bowiem zwrócić uwagę, że art. 34a ust. 1 ustawy o Radzie Ministrów nie zawiera postanowień ograniczających możliwość wydawania wytycznych i poleceń jedynie do kwestii generalnych, związanych z funkcjonowaniem urzędu. Ograniczeniu podlega jedynie możliwość wpływu na władcze rozstrzygnięcia o charakterze indywidualnym. Nie wyklucza to zatem wpływu na akty o charakterze *soft law*, wydawane przez KOR, a kierowane do podmiotów regulowanych, które następnie będą inkorporowane do konkretnych rozstrzygnięć administracyjnych, np. Wytyczne urzędu w przedmiocie stosowania kar pieniężnych, które choć nie mają charakteru wiążącego, wyznaczają kierunki działania organu i mają wpływ na funkcjonowanie podmiotów regulowanych.

Jak już wyżej wspomniano EKŁE nie wyklucza nadzoru czy kontroli zgodnie z krajowymi przepisami konstytucyjnymi. Jedynym organem, który zgodnie z postanowieniami konstytucyjnymi ma prawo do kontroli organów administracji jest Najwyższa Izba Kontroli. W zakresie jej kompetencji leży badanie legalności, gospodarności, celowości i rzetelności działania tych organów. NIK nie należy do władzy wykonawczej, co oznacza, że między Prezesem UKE a NIK nie występuje żadna forma zależności. Inaczej przedstawia się natomiast relacja Prezes UKE – minister ds. informatyzacji, gdyż ten ostatni ma uprawnienie do wydawania Prezesowi UKE wiążących wytycznych i nadaje Statut Urzędu, czyli najważniejszą po ustawie regulację określającą zasady funkcjonowania UKE. Już sam charakter relacji Prezes UKE – minister ds. informatyzacji budzi wątpliwości w przedmiocie zapewnienia niezależności KOR w rozumieniu wynikającym z EKŁE, a sposób uregulowania ich wzajemnych stosunków wątpliwości te jedynie pogłębia. Przede wszystkim nadzór ministra ds. informatyzacji nad Prezesem UKE nie wynika bezpośrednio z postanowień Konstytucji RP, choć można wywodzić, że jest to skonkretyzowanie ogólnego uprawnienia kontrolnego Rady

Ministrów, które dokonane zostało w akcie rangi ustawowej. Kolejnym zarzutem, jaki można poczynić w odniesieniu do konstrukcji nadzoru ministerialnego nad KOR jest zdawkowość, w jakiej ujęty został zakres przedmiotowy przepisu określającego uprawnienie do wydawania wiążących wytycznych. Biorąc pod uwagę tak jednoznaczny zapis EKŁE w przedmiocie dopuszczalności nadzoru nad KOR, uregulowanego w prawie konstytucyjnym, uzasadniony wydaje się postulat dokonania zmiany analizowanego przepisu ustawy o Radzie Ministrów przez określenie zakresu uprawnień i stopnia ingerencji, jaki owe polecenia i wytyczne mogą wywoływać w odniesieniu do działań wewnętrznych i zewnętrznych organu, zgodnie z poglądami doktryny w tej materii. Należy rozważyć także potrzebę wprowadzenia obowiązku uzasadniania kierowanych do organu wytycznych i poleceń oraz ustanowienia procedury odwoławczej, rozpoznawanej przez niezależny organ, np. pion sądownictwa administracyjnego lub też organ konstytucyjnie uprawniony do kontroli, tj. Najwyższą Izbę Kontroli³⁴, która analizowała już kwestię realizacji uprawnień ministra nadrzędnego, wynikających z art. 34a ust. 1 ustawy o Radzie Ministrów³⁵. Takie rozwiązanie zapewniłoby pełniejszą, choć nie całkowitą realizację postanowień EKŁE w tej materii. Innym możliwym wariantem całkowitej realizacji przepisów EKŁE byłaby zmiana samej Konstytucji RP, przez dodanie dopuszczalnego zakresu kontroli, szczególnie w przypadku organów, których niezależność jest istotna z punktu widzenia realizacji wymogów, wynikających z prawa unijnego. Wydaje się jednak, że najbardziej optymalnym wyjściem w tej sytuacji byłoby przekazanie kontroli nad działaniami Prezesa UKE organowi, który już został do kontroli konstytucyjnie umocowany, a mianowicie Najwyższej Izbie Kontroli. Proces ten można przeprowadzić przez zmianę regulacji ustawowej (usunięcie z ustawy o Radzie Ministrów uprawnień kontrolnych w stosunku do Prezesa UKE), a zatem bez ingerencji w krajowy porządek konstytucyjny, z którego wynika uprawnienie do kontrolowania przez NIK organów administracji rządowej (Prezes UKE – centralny organ administracji rządowej). NIK, zgodnie z postanowieniami Konstytucji RP, jest uprawniony do kontroli legalności, gospodarności, celowości i rzetelności działalności organów administracji rządowej. Owe kryteria, szczegółowo mówione w doktrynie (Naleziński, 2012, art. 202), wydają się być wystarczające w zakresie skutecznego kontrolowania Prezesa UKE. Obejmują bowiem analizę legalności działań KOR oraz prawidłowości realizacji powierzonych mu zadań, w tym realizacji budżetu, przy jednoczesnym braku relacji służbowej między NIK a Prezesem UKE.

3. Nadawanie Statutu UKE przez ministra

Z zagadnieniem instytucjonalnej niezależności KOR, omawianym powyżej, łączy się kwestia nadawania Statutu UKE przed ministra ds. informatyzacji³⁶. Prezes UKE uprawniony jest do wydawania zarządzeń w oparciu o Statut, a w innych przypadkach, gdy wynika to bezpośrednio z przepisu ustawy. Zarządzenia te dotyczą kwestii działania Urzędu, w tym regulaminu

³⁴ Artykuły 202–207 Konstytucji RP.

³⁵ https://www.nik.gov.pl/kontrolne/wyniki-kontrolnik/pobierz,kpb-i_14_007_201505151311231431695483~id 3~01,typ,kj.pdf (26.07.2023).

³⁶ Aktualnie obowiązujący Statut został nadany Zarządzeniem Nr 7 Ministra Transportu z dn. 11.05.2007 r. w sprawie nadania statutu Urzędowi Komunikacji Elektronicznej (Dz. Urz. MT 2007 Nr 5, poz. 14 ze zm.), gdyż w 2007 r. ministrem nadrzędnym nad Prezesem UKE był minister właściwy do spraw łączności, a działem tym na podstawie § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 18.07.2006 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Transportu (Dz. U. 2006, Nr 131, poz. 923) kierował właśnie Minister Transportu.

organizacyjnego³⁷, jednakże podstawowym aktem regulującym działanie UKE jest Statut, na kształt którego Prezes UKE nie ma wpływu.

Zgodnie z postanowieniami EKŁE KOR nie występuje o instrukcje do żadnego innego podmiotu ani nie przyjmuje takich instrukcji w związku z wykonywaniem zadań przydzielonych mu na podstawie prawa krajowego wdrażającego prawo Unii. Ten aspekt niezależności znajduje wyraz w uprawnieniu do samodzielnego ustanawiania procedur wewnętrznych oraz organizacji personelu, a sposobem weryfikacji tego aspektu niezależności KOR jest obowiązek sprawozdawczy. W świetle takiego brzmienia EKŁE uzasadnione wydaje się twierdzenie, że uprawnienie do nadawania Statutu UKE powinno leżeć w gestii Prezesa UKE lub co najmniej powinien mieć on udział w procesie jego przyjmowania. Postulowane jest przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym Prezes UKE przedstawiałby propozycję Statutu Sejmowi RP. Sejm miałby kompetencję do przyjęcia go (nadania) lub odrzucenia w całości. Odrzucenie oznaczałoby potrzebę przedstawienia nowej propozycji Statutu, uwzględniającej uwagi, przedstawione w procedurze, toczącej się przed Sejmem. Takie rozwiązanie wzmocniłoby niezależność organu w aspektach zarówno wewnętrznym, jak i zewnętrznym, przez udział samego KOR oraz organu posiadającego najsilniejszą demokratyczną legitymację, tj. Sejmu RP.

4. Uregulowanie sposobu powoływania Prezesa UKE

Kwestia procedury powoływania Prezesa UKE była już poruszana w niniejszym opracowaniu. W tym miejscu wskazane zostaną zatem tylko te jej aspekty, które budzą uzasadnione wątpliwości w zakresie prawidłowej implementacji wymogu niezależności KOR przewidzianego w EKŁE.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na wyłączenie z procedury powoływania Prezesa UKE wyższej izby parlamentu RP. Zmiana ta została wprowadzona na mocy ustawy covidowej i, podobnie jak w przypadku skrócenia kadencji ówczesnego Prezesa UKE, nie znalazła uzasadnienia w projekcie ustawy. Próżno również znaleźć logiczne uzasadnienie dla takiej zmiany, szczególnie w sytuacji, w której całość wprowadzanych wówczas zmian motywowana była wdrożeniem EKŁE. Usunięcie z procedury powoływania KOR Senatu nie wpływa pozytywnie na realizację wymogu niezależności, szczególnie przenosząc przyjętą regulację na warunki polityczne, w których została ona uchwalona. Trudno bowiem nie odnieść wrażenia, że przyjęto ją by umożliwić przeforsowanie kandydatury odpowiadającej opcji politycznej mającej większość w niższej izbie parlamentu. Kwestia ta została uwydatniona w sporze wokół powołania Rzecznika Praw Obywatelskich, który wprawdzie rozegrał się po przyjęciu omawianej zmiany, ale w sposób klarowny pokazał trudności w osiągnięciu kompromisu między siłami politycznymi, mającymi większość w niższej i wyższej Izbie Parlamentu RP³⁸. Usunięcie Senatu z procedury powoływania Prezesa UKE powoduje, że legitymacja demokratyczna tego organu jest jedynie częściowa, nie uwzględnia bowiem stanowiska większości senackiej, co może wywoływać wrażenie zależności organu od siły politycznej, głosami której zostało on przedstawiony do powołania i następnie powołany.

Kolejnym aspektem budzącym wątpliwości w regulacji dotyczącej powoływania Prezesa UKE jest zdawkowość opisu samej procedury konkursowej. O ile bowiem wymogi dla kandydatów

³⁷ Zarządzenie Nr 33 Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dn. 31.12.2019 r. w sprawie nadania regulaminu organizacyjnego Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Dz. Urz. UKE 2020 poz. 1 ze zm.).

³⁸ <https://www.rp.pl/polityka/art76271-kolejnej-proby-powolania-rpo-juz-nie-bedzie> (26.07.2023).

zostały określone konkretnie, o tyle w zakresie procesu konkursowego odnaleźć można jedynie postanowienia dotyczące rozpatrywania kandydatur przez zespół powołany przez Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, liczący co najmniej 3 osoby, których wiedza i doświadczenie dają rękojmię wyłonienia najlepszych kandydatów. W toku naboru ocenia się doświadczenie zawodowe, wiedzę niezbędną do wykonywania zadań na stanowisku Prezesa UKE oraz kompetencje kierownicze kandydatów (art. 190 ust. 4ai pt). Ocena wiedzy i kompetencji kierowniczych, o których mowa w ust. 4ai, może być dokonana na zlecenie zespołu przez osobę niebędącą członkiem zespołu, która posiada odpowiednie kwalifikacje do dokonania tej oceny (art. 190 ust. 4aj pt). Nigdzie nie określono jednak, jakie kompetencje powinni posiadać członkowie zespołu i kto jest uprawniony do ich weryfikacji. Trudno jest zatem oprzeć się wrażeniu, że wybór członków zespołu lub też podmiotu zewnętrznego uprawnionego do oceny kompetencji kandydatów pozostawiony został dyskrejonalnej władzy Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów. W połączeniu z brakiem procedury odwoławczej od rozstrzygnięcia zespołu (podmiotu zewnętrznego) oraz procedury weryfikacyjnej protokołu z przeprowadzenia konkursu powoduje uzasadnione wątpliwości, co do przejrzystości postępowania kwalifikacyjnego, który to wymóg wynika z art. 7 EKŁE.

Ostatnim elementem procedury konkursowej, który może wywoływać wątpliwości, jest wybór konkretnego kandydata dokonywany nie przez zespół, który w trakcie procedury konkursowej miał możliwość zapoznania się z sylwetkami wszystkich kandydatów, a przez Prezesa Rady Ministrów. Przepisy nie regulują również i w tym wypadku czym powinien kierować się Prezes Rady Ministrów, co oznacza, że wybór kandydata, który przedstawiany jest z wnioskiem o powołanie Sejmowi dokonywany jest na mocy dyskrejonalnej decyzji Prezesa Rady Ministrów. Takie uregulowanie, w obliczu wyraźnych postanowień EKŁE o potrzebie wyłaniania KOR w procedurze otwartego i przejrzystego postępowania kwalifikacyjnego, wywołuje uzasadnione wątpliwości w przedmiocie niezależności Prezesa UKE, szczególnie że brakuje procedury odwoławczej od decyzji Prezesa Rady Ministrów w przedmiocie wyboru kandydata na urząd Prezesa UKE oraz nieprzedstawienia innego kandydata z wnioskiem o powołanie do pełnienia tej funkcji. Wprawdzie EKŁE nie zawiera jednoznacznej regulacji w przedmiocie możliwości odwołania się kandydatów niepowołanych, jednakże przyznanie im takiego uprawnienia wydaje się być uzasadnione z uwagi na wymóg przejrzystości procedury konkursowej oraz obowiązek zapewnienia prawa do sądu w przypadku odwołania KOR. Należało by zatem przyjąć procedurę analogiczną do tej, która przysługuje w przypadku odwołania od uchwały Krajowej Rady Sądownictwa w przedmiocie nieprzedstawienia kandydata z wnioskiem o powołanie na stanowisko sędziego, przy czym nie wydaje się konieczne, by sprawę rozpatrywał Sąd Najwyższy, jednakże powinna być ona rozpoznana przez sąd powszechny, który dokona merytorycznej weryfikacji wniosku Prezesa Rady Ministrów o powołanie określonego kandydata na stanowisko Prezesa UKE i niepowołaniu innych kandydatów. W przypadku zaskarżenia takiego wniosku procedura powoływania powinna być zawieszona do momentu jego rozpoznania, a urząd powinien piastować dotychczasowy Prezes UKE w celu zapewnienia ciągłości procesu decyzyjnego.

VI. Niezależność organu w wymiarze formalnym i faktycznym

Zagadnieniem wymagającym poruszenia w kontekście niezależności organu jest kwestia jej formalnego oraz faktycznego wymiaru. Prowadzona dotychczas analiza koncentrowała się na aspekcie formalnym, a mianowicie zapewnieniu określonych regulacji prawnych i mechanizmów w tej materii. Założeniem koncepcji formalnej niezależności, choć niewyraźnym werbalnie zdaje się być faktyczne przestrzeganie owych reguł prawa stanowionego. Wydaje się być ono jednak dość optymistyczne, gdyż nie istnieją mechanizmy umożliwiające egzekucję faktycznej realizacji założeń formalnych. Oznacza to w praktyce, że ustanowienie reguł formalnych nie gwarantuje faktycznej niezależności organu. Z kolei brak regulacji formalnych czy też nienależyta ich realizacja, nie musi oznaczać, że organ faktycznie nie działa niezależnie.

Istota niezależności faktycznej organu sprowadza się do kultury prawno-politycznej, która opiera się na założeniu, że organy działają na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to w konsekwencji, że inne organy, w tym organy nadrzędne, nie ingerują w formalny bądź nieformalny sposób w realizowanie kompetencji władczych organów, pozostających z nimi w stosunku zależności. Dopiero stosowanie tych nieformalnych reguł przyczynia się do wykonywania jurysdykcji administracyjnej w sposób przejrzysty, apolityczny i bezstronny (Błachucki, 2019, s. 269–270).

Przeprowadzona powyżej analiza dowodzi, że w EKŁE uregulowano formalne gwarancje niezależności KOR. Przyczyna takiego stanu rzeczy leży najpewniej w braku możliwości stworzenia mechanizmów egzekwowania niezależności faktycznej. Konieczne byłoby bowiem wprowadzenie instytucji, które oceniałyby piastunów organów w wymiarze etyczno-moralnym. Określenie jednolitego standardu w tym zakresie dla wszystkich państw członkowskich UE wydaje się być nierealne, stąd też najpewniej prawodawca unijny podjął decyzję o dokonaniu harmonizacji przepisów i standaryzacji mechanizmów, mających zapewnić formalne gwarancje niezależności KOR, kierując się założeniem, że jeżeli państwa członkowskie dobrowolnie przejęły na siebie zobowiązania wynikające z członkostwa w UE, to również dobrowolnie i w dobrej wierze będą rywalizować zapisy prawa wtórnego.

Powyższe rozważania prowadzą także do wniosku, że samo zapewnienie warunków formalnych niezależności nie gwarantuje faktycznej niezależności organu. Co więcej może wręcz przyczyniać się do takiego ukształtowania procedur, dotyczących powoływania i odwoływania organu, które choć zgodne z postanowieniami dyrektywy (otwarty konkurs, wymogi w przedmiocie odwołania/ skrócenia kadencji) spowodują istotne wątpliwości co do apolityczności organu. Ponadto istotnym mankamentem w regulacji niezależności KOR, przyjętej w EKŁE, jest brak ustanowienia mechanizmów, które skutecznie egzekwowałyby realizację niezależności. Konkretnym przykładem może być tutaj hipotetyczna sytuacja, w której piastun organu został skazany prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo z art. 288 § 1 kodeksu karnego³⁹ w związku z przeprowadzaniem aukcji na rezerwację częstotliwości, a mimo to nie został odwołany zgodnie z procedurą przewidzianą w prawie telekomunikacyjnym (brakuje bowiem mechanizmów, które egzekwowałyby obowiązek odwołania Prezesa UKE, tj. wymuszały na Prezesie Rady Ministrów skierowanie wniosku do Sejmu o odwołanie Prezesa UKE). Oczywiście jest, że prawodawca unijny na etapie tworzenia dyrektywy nie posiada wiedzy o sposobach implementacji dyrektywy w konkretnych państwach

³⁹ Ustawa z dn. 6.06.1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz. U. 2022 poz. 1138 ze zm.).

członkowskich, jednakże jeżeli podejmuje próbę dokonania regulacji mechanizmów, mających gwarantować niezależność KOR, będącą efektem przeglądu stosowania wcześniejszych regulacji w zakresie rynku telekomunikacyjnego, uzasadniony wydaje się postulat dokonania jej w sposób kompleksowy. Tymczasem przyjęte w EKŁE rozwiązania są niekompletne, a w niektórych przypadkach lakoniczne lub ogólnikowe i choć stanowią impuls do podjęcia działań zmierzających w kierunku zapewnienia niezależności faktycznej, nie uwzględniają realiów funkcjonowania administracji publicznej w państwach członkowskich, w tym charakterystyki kultury politycznej. Dla poparcia tej tezy warto powołać się na badania przeprowadzone w stosunku do polskiego organu antymonopolowego. Wynika z nich, że chociaż w okresie obowiązywania formalnych gwarancji niezależności większość decyzji dotyczących kontroli koncentracji uwzględniała interes publiczny, to jednak najgłośniejsza odmowa zgody na dokonanie koncentracji, dotycząca spółek Skarbu Państwa, gdzie organ nie uwzględnił argumentacji politycznej, została wydana w okresie, w którym gwarancje niezależności formalnej nie zostały jeszcze uregulowane (Błachucki, 2014, s. 386–387).

Nie oznacza to jednak, że podejmowane próby uregulowania niezależności organów są pozbawione znaczenia. Przede wszystkim zwracają uwagę na potrzebę zapewnienia niezależności organu, co przez przyjmowanie formalnych gwarancji niezależności może wpłynąć na zmianę kultury prawno-politycznej w społeczeństwach państw członkowskich czy też w świadomości samych piastunów organów.

VII. Konsekwencje braku niezależności Prezesa UKE

W obliczu powyższych rozważań nasuwa się pytanie, czy można skutecznie podnieść zarzut braku niezależności organu? Wnioskowanie w tej materii należy zacząć od rozstrzygnięcia czy przepisy dotyczące niezależności KOR, zawarte w EKŁE są bezpośrednio skuteczne. Analiza tej regulacji prowadzi do konstatacji, że przepisy te nie są jasne i przejrzyste, próżno bowiem na ich podstawie doszukać się uprawnienia przysługującego jednostkom będącym adresatami ewentualnych decyzji organu. Nie są też bezwarunkowe. W tych okolicznościach (braku bezpośredniej skuteczności przepisu) nie ma podstaw do skutecznego formułowania zarzutów w odwołaniach do sądu, opierających się jedynie na braku niezależności organu oraz na przepisach EKŁE. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że brak możliwości dokonania kontroli incydentalnej w związku z faktem, że przepisy EKŁE nie są bezpośrednio skuteczne nie wyklucza dokonania kontroli abstrakcyjnej przez KE, niezależnej od bezpośredniej skuteczności przepisów dyrektywy. Miało to już miejsce w związku z omówionym powyżej pogwałceniem warunków niezależności KOR przez skrócenie kadencji Prezesa UKE w 2020 roku.

Z uwagi na brak podstaw do powoływania się przez podmiot regulowany na brak niezależności KOR bez związku z jakimkolwiek toczącym się postępowaniem, jedynym możliwym sposobem obrony praw jest poniesienie zarzutu naruszenia unijnych praw podstawowych, będącego konsekwencją braku niezależności Prezesa UKE w ramach konkretnego postępowania. Musimy mieć zatem do czynienia z przeprowadzonym postępowaniem oraz rozstrzygnięciem o charakterze władczym, w ramach których organ nie zastosował albo zastosował nieprawidłowo unijne prawa podstawowe. Przykładem związanym bezpośrednio z postępowaniem karowym, jaki można w tym kontekście hipotetycznie rozważyć, jest przyjęcie wewnątrzurzędowych wytycznych dotyczących

nakładania kary z art. 209 ust. 1¹ pkt 3 pt na przedsiębiorców, którzy nie są spółkami Skarbu Państwa z uwagi na zawarcie w statutach spółek Skarbu Państwa odpowiednich zapisów gwarantujących dostęp do nieruchomości. W takiej sytuacji uzasadnione podejrzenie braku niezależności organu regulacyjnego wpływa na realizację zakazu dyskryminacji w ramach postępowania karowego.

Można się w tych okolicznościach zastanowić, jaki katalog praw podstawowych będzie stanowił podstawę do podniesienia takiego zarzutu. Analizując to zagadnienie przez pryzmat postępowania o nałożenie kar pieniężnych, które należy – zgodnie z orzecznictwem TSUE⁴⁰ – uważać za sankcje o charakterze karnym, stwierdzić należy, że do katalogu tego należą wszystkie prawa objęte tytułem VI KPP, ale także zakaz dyskryminacji, równość, wolność prowadzenia działalności gospodarczej czy ochronę danych osobowych. Jeżeli zatem w ramach postępowania karowego Prezes UKE uchybił któremuś z tych praw, podmiot, przeciwko któremu postępowanie takie się toczy, zyska możliwość podniesienia zarzutu takiego naruszenia.

Logicznym następstwem takiej konstatacji jest potrzeba przeanalizowania, w ramach jakiej procedury podniesienie takiego zarzutu byłoby skuteczne i możliwe. Rozważania w tej materii należy osadzić w zakresie działania Prezesa UKE. Poniżej przedstawione zostaną potencjalne ścieżki, w ramach których zarzut ten może zostać podniesiony.

1. Stwierdzenie nieważności decyzji

Najpoważniejszą konsekwencją stwierdzenia wad kwalifikowanych decyzji administracyjnej jest stwierdzenie jej nieważności. Podstawy do stwierdzenia nieważności decyzji zostały wyrażone w art. 156 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego⁴¹. Katalog przyczyn nieważności, zawarty w tym przepisie jest zamknięty, gdyż stwierdzenie nieważności decyzji stanowi wyjątek od zasady trwałości decyzji, określonej w art. 16 § 1 k.p.a. (Pacholak, 2017). Analiza poszczególnych jednostek redakcyjnych art. 156 § 1 nasuwa konstatację, że jedyną potencjalną podstawą do stwierdzenia nieważności decyzji z uwagi na naruszenie praw podstawowych w konsekwencji braku niezależności organu jest wydanie decyzji bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa, w zakresie dotyczącym wydania decyzji z rażącym naruszeniem prawa (art. 156 § 1 pkt 2). Organ jest bowiem zobowiązany do stosowania prawa unijnego. W doktrynie nie wypracowano jednolitego poglądu w przedmiocie stosowania przesłanki rażącego naruszenia prawa (Jaśkowska, 2023). Judykatura skłania się zaś ku stanowisku, że wszelkie wątpliwości co do ustaleń, że decyzja została wydana z rażącym naruszeniem prawa należy rozstrzygać na korzyść legalności zaskarżonej decyzji, a więc brak jednoznacznych dowodów w postępowaniu prowadzonym w trybach nadzwyczajnych zezwalających na podważenie ustaleń zawartych w decyzjach ostatecznych, którym art. 16 § 1 przyznaje cechy trwałości, stanowi negatywną przesłankę ich wzruszenia. Ocena stopnia naruszenia prawa (czy jest ono rażące, czy też nie) oraz związku tego naruszenia z wydaną decyzją wymaga w każdej sprawie dokonania indywidualnych ustaleń, które łącznie określają tok rozpoznania sprawy i jej rozstrzygnięcia⁴². Oznacza to zatem, że analiza czy

⁴⁰ Np. wyr. TSUE: z dn. 5.06.2012 r., C-489/10, *Prokurator Generalny przeciwko Łukaszowi Marcinowi Bondzie* (ECLI:EU:C:2012:319); z dn. 20.03.2018 r., C-537/16, *Garlsson Real Estate SA i in. przeciwko Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* (ECLI:EU:C:2018:193); z dn. 20.03.2018 r., C-596/16, *Enzo Di Puma przeciwko Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) i Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) przeciwko Antoniiowi Zecce* (ECLI:EU:C:2018:192).

⁴¹ Ustawa z dn. 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. 2022 poz. 2000 ze zm.).

⁴² Wyr. NSA z dn. 24.08.2010 r., I OSK 1415/09 (LEX nr 745010).

naruszenie w ramach konkretnego postępowania praw podstawowych stanowiło rażące naruszenie prawa będzie musiała być każdorazowo oceniana w realiach danej sprawy.

Oceny tej dokonywać będzie zaś sam Prezes UKE, gdyż to do niego należy kierować wnioski o stwierdzenie niezależności decyzji. Wprawdzie przepisy nie rozstrzygają o tej kwestii bezpośrednio, jednakże pogląd ten wywieść można z konstrukcji art. 157 k.p.a., który stanowi, że właściwy do rozpoznania decyzji jest organ wyższego stopnia. Z uwagi na fakt, że Prezes UKE nie jest hierarchicznie podporządkowany innemu organowi sam rozstrzyga o ewentualnej nieważności decyzji. Odwołanie zaś od decyzji o odmowie stwierdzenia nieważności przysługuje do sądu administracyjnego.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, że rozstrzygnięcie w przedmiocie naruszenia praw podstawowych w postępowaniu przed Prezesem UKE powinno być uzależnione od charakteru naruszonego prawa. Ma to szczególne znaczenie w przypadku uchybienia prawom o charakterze proceduralnym, np. prawu do obrony. W takich okolicznościach eliminacja decyzji z obrotu prawnego będzie uzasadniona jedynie wówczas, gdy w braku tego naruszenia postępowanie mogłoby doprowadzić do odmiennego rezultatu⁴³.

2. Postępowanie odwoławcze

Innym potencjalnym trybem powołania się na zarzut naruszenia praw podstawowych w ramach postępowania przed Prezesem UKE jest odwołanie od decyzji. W zależności od materii objętej zakresem decyzji przysługuje ono albo do sądu administracyjnego, albo do sądu powszechnego. W przypadku decyzji karowych odwołanie rozpatrywane jest przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W ramach procedury odwoławczej sądy powszechne są uprawnione do badania nie tylko legalności wydanej decyzji, lecz także do jej analizy pod względem merytorycznym. W efekcie przeprowadzonego postępowania i stwierdzenia naruszenia praw podstawowych sąd może uchylić decyzję Prezesa UKE, co będzie oznaczało, że organ będzie zobligowany do ponownego przeprowadzenia postępowania i wydania nowej decyzji. Sąd może również sam zmienić decyzję, jeżeli w okolicznościach danej sprawy nie będzie potrzeby przeprowadzenia ponownego postępowania przez organ. Również w przypadku zastosowania tej procedury uzasadnione jest uzależnienie zastosowanego rozstrzygnięcia od charakteru naruszonego prawa podstawowego. W przypadkach zatem, gdy dojdzie do uchybień o charakterze proceduralnym, które nie miały wpływu na wynik spraw sąd nie powinien uchylić decyzji organu, a zakończyć sprawę na etapie postępowania sądowego⁴⁴.

Konieczne jest jednak również, by nie było wątpliwości co do bezstronności sądu orzekającego w sprawie. Nie wchodząc w szczegóły, dotyczące tego zagadnienia należy jedynie stwierdzić,

⁴³ Wyr. TSUE: z dn. 3.07.2014 r., C-129/13, *Kamino International Logistics BV i Datema Hellmann Worldwide Logistics BV przeciwko Staatssecretaris van Financiën* (ECLI:EU:C:2014:2041), pkt 78–80; z dn. 14.02.1990 r., C-301/87, *Republika Francuska przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:1990:67), pkt 31; z dn. 5.10.2000 r., C-288/96, *Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:2000:537), pkt 101; z dn. 1.10.2009 r., C-141/08 P, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware Co. Ltd przeciwko Radzie Unii Europejskiej* (ECLI:EU:C:2009:598), pkt 94; z dn. 6.09.2012 r., C-96/11 P, *August Storck KG przeciwko Urzędowi Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego* (ECLI:EU:C:2012:537), pkt 80; z dn. 10.09.2013 r., C-383/13 PPU, *M.G. i N.R. przeciwko Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (ECLI:EU:C:2013:533), pkt 38.

⁴⁴ Wyr. TSUE: z dn. 3.07.2014 r., C-129/13, *Kamino International Logistics BV i Datema Hellmann Worldwide Logistics BV przeciwko Staatssecretaris van Financiën* (ECLI:EU:C:2014:2041), pkt 78–80; z dn. 14.02.1990 r., C-301/87, *Republika Francuska przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:1990:67), pkt 31; z dn. 5.10.2000 r., C-288/96, *Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:2000:537), pkt 101; z dn. 1.10.2009 r., C-141/08 P, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware Co. Ltd przeciwko Radzie Unii Europejskiej* (ECLI:EU:C:2009:598), pkt 94; z dn. 6.09.2012 r., C-96/11 P, *August Storck KG przeciwko Urzędowi Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego* (ECLI:EU:C:2012:537), pkt 80; z dn. 10.9.2013 r., C-383/13 PPU, *M.G. i N.R. przeciwko Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (ECLI:EU:C:2013:533), pkt 38.

że by można było uznać sąd za niezależny musi on spełniać kryteria praworządności określone w tej materii przez doktrynę i judykaturę europejską (Szpyrka, 2022, s. 51–56). Potrzeba ta wynika z ukształtowania prawa do odwołania, uregulowanego w art. 31 EKŁE, który szczególnie naciska na zapewnienie niezależności organu odwoławczego oraz z potrzeby realizacji prawa do sądu z art. 47 KPP w postępowaniach karowych, z uwagi na ich karny charakter.

3. Inne środki prawne

Jak już wyżej wykazano brak niezależności organu nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutu, gdyż przepisy EKŁE nie są w tym zakresie bezpośrednio skuteczne, a ponadto sam brak czy też ograniczenie niezależności organu nie oznacza jeszcze, że w ramach konkretnego postępowania doszło do naruszenia praw podstawowych. Pojawia się zatem pytanie, czy w tych okolicznościach możliwe jest zastosowanie roszczenia odszkodowawczego za naruszenie prawa unijnego przez państwo członkowskie? *Prima facie* nie wydaje się to możliwe, gdyż niespełnione są przesłanki określone w sprawie *Francovich*⁴⁵, w zakresie dotyczącym bezpośredniej skuteczności przepisów dyrektywy w tym zakresie.

Uzasadnione wydaje się jednak w tych okolicznościach posłużenie się konstrukcją, która przewiduje powołanie się podmiotu nie na brak niezależności organu, ale na naruszenie w ramach postępowania prawa podstawowego, gwarantowanego Kartą. W tym przypadku w miejsce bezpośrednio skutecznego przepisu dyrektywy podstawiony zostaje bezpośrednio skuteczny przepis KPP, gwarantujący podmiotom określone uprawnienia. Jeżeli zatem podmiot wykaże, że naruszenie prawa było w realiach danej sprawy istotne i istniał związek przyczynowy między naruszeniem a szkodą, jaką poniósł przesłanki zastosowania roszczenia odszkodowawczego zostaną spełnione, chociaż nie w klasycznym ujęciu, wyrażonym w regule *Francovich*.

VIII. Wnioski

Przeprowadzona w niniejszym opracowaniu analiza wykazała, że celem zapewnienia niezależności KOR w obszarze łączności elektronicznej na gruncie EKŁE została przyjęta rozbudowana regulacja w tej materii, która do 2020 r. powinna zostać implementowana do krajowych porządków prawnych. Mimo tego zobowiązania, Polska do tej pory nie dokonała pełnej implementacji, za co toczy się przeciwko niej postępowanie naruszeniowe. Co więcej, w dokonanej już fragmentarycznej implementacji (zarówno na gruncie aktualnie obowiązujących, jak i projektowanych przepisów, ostatecznie wycofanych z procesu legislacyjnego) wykazano szereg uchybień, które mogą wywoływać uzasadnione wątpliwości w przedmiocie niezależności Prezesa UKE i które odbiegają od standardu określonego w tym zakresie w EKŁE.

Wykazano także, że przyjęta w EKŁE metoda regulacji opiera się na kryteriach formalnych, które nie gwarantują faktycznej nieznacznosci organu, a ich wdrożenie w niektórych, szczególnych okolicznościach może prowadzić do zmniejszenia gwarancji apolityczności organu. Ponadto przepisy przyjęte na gruncie EKŁE nie są bezpośrednio skuteczne, co uniemożliwia powoływanie się na nie w ramach postępowań krajowych. Z tej też przyczyny zaproponowana została konstrukcja umożliwiająca powołanie się podmiotów regulowanych na naruszenie realizacji praw

⁴⁵ Wyr. TSUE z dn. 19.11.1991 r., w sprawie C-6/90, *Andrea Francovich i Danila Bonifaci i inni przeciwko Republice Włoskiej* (ECLI:EU:C:1991:428).

podstawowych w ramach toczących się przeciwko nim postępowań, będącego konsekwencją braku niezależności organu. Na podstawie tej konstrukcji wywiedziono możliwość zastosowania procedury stwierdzenia nieważności decyzji organu, powołania się na naruszenie praw podstawowych w ramach postępowania odwoławczego od decyzji KOR oraz skorzystanie z procedury odszkodowania za naruszenie prawa unijnego przez państwo członkowskie, przy przyjęciu założenia o zmodyfikowaniu kryteriów sformułowanych w regule *Francovich*.

Na gruncie stwierdzonych uchybień w implementacji EKŁE sformułowano także postulaty *de lege ferenda*, obejmujące przede wszystkim potrzebę podjęcia działań legislacyjnych, mających służyć pełnej i prawidłowej implementacji standardu niezależności KOR. W szczególności postulaty te obejmują potrzebę udziału Senatu w procesie powoływania i odwoływania Prezesa UKE, wprowadzenie przejrzystych kryteriów wyłaniania zespołu konkursowego, a także samego kandydata na Prezesa UKE oraz zmiany systemu nadzoru nad organem i zwiększenie zakresu samostanowienia Prezesa UKE.

Całość rozważań prowadzi do wniosku, że niezależność jest bardzo istotną cechą, która powinna być gwarantowana w przypadku przyznania organom kompetencji do władczego rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach jednostki. Niestety ukształtowane dziś mechanizmy nie gwarantują jej pełnej realizacji i operacją się wyłącznie na założeniu o woli prawidłowej jej realizacji przez elity polityczno-prawne. Konieczne jest zatem poszukiwanie rozwiązań, które zapewniłyby możliwość realizacji niezależność faktycznej, a nie jedynie formalnej.

Bibliografia

- Andreangeli, A. (2008). *EU Competition Enforcement And Human Rights*. Edward Elgar Publishing.
- Banasik, M. (2019). *Administracyjnoprawne formy działań regulacyjnych niezależnych organów administracji publicznej*. Wydawnictwo Naukowe C.H. Beck.
- Bernatt, M. (2011). *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Biernat, S. (1998). Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym. W: C. Mika (red.), *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*. TNOiK.
- Błachnio-Parzych, A. (2016). *Zbieg odpowiedzialności karnej i administracyjno-karnej jako zbieg reżimów odpowiedzialności represyjnej*. Wolters Kluwer Polska.
- Błachucki, M. (2014). Public interest considerations in merger control assessment. *European Competition Law Review*, 8(35).
- Błachucki, M. (2019). Niezależność organów administracji publicznej na przykładzie ewolucji statusu prawnego Prezesa UOKiK. *Acta Universitatis Wratislaviensis*, 3977, PRAWO CCCXXIX.
- Bombois, T. (2012). *La protection des droit fondamentaux des entreprises en droit européen répresif de la concurrence*. Larcier.
- Craig, P. (2009). The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions. *European Law Review*, (34).
- Domańska, M. (2012). Swobody rynku wewnętrznego a prawa podstawowe – refleksje na tle orzecznictwa TS. *Europejski Przegląd Sądowy*, (1).
- Fletcher, M., Löf, R. i Gilmore, R. (2008). *EU Criminal Law and Justice*. Edward Elgar Publishing.

- Grzeszczak, R. i Szmigielski, A. (2015). Sądowe stosowanie Karty Praw Podstawowych UE w odniesieniu do państw członkowskich – refleksje na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i praktyki sądów krajowych. *Europejski Przegląd Sądowy*, (10).
- Hoff, W. (1987). *Wytyczne w prawie administracyjnym*. PWN.
- Hoff, W. (2008). *Prawny model regulacji sektorowej*. Difin.
- Jaśkowska, M. (2023). W: M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, M. Jaśkowska, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*. Wolters Kluwer/LEX/el.
- Klamert, M. (2006). Judicial Implementation of Directives and Anticipatory Indirect Effect: Connecting the Dots. *Common Market Law Review*, (43).
- Kowalik-Bańczyk, K. (2007). Moment powstania obowiązku stosowania praw wspólnotowej wykładni prawa krajowego – glosa do wyroku ETS z 4.07.2006 r. w sprawie C – 212/04 Adeneler i in. przeciwko ELOG. *Europejski Przegląd Sądowy*, (5).
- Kowalik-Bańczyk, K. (2005). Praw wspólnotowa wykładnia prawa polskiego. *Europejski Przegląd Sądowy*, (12).
- Kowalik-Bańczyk, K. (2012). *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*. Wolters Kluwer Polska.
- Król-Bogomilska, M. (2013). Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 5(2).
- Lang, J.T. (2001). The duties of cooperation of national authorities and Courts under Article 10 EC: two more reflections. *European Law Review*, 26(1).
- Łazowski, A. (2003). Proeuropejska wykładnia prawa przez polskie sądy i organy administracji jako mechanizm dostosowania systemu prawnego do *acquis communautaire*. W: E. Piontek (red.), *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*. Liber.
- Mik, C. (2005). Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej. W: S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*. Zakamycze.
- Naleziński, B. (2021). Komentarz do art. 202. W: P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* (wyd. II). Wolters Kluwer/LEX/el.
- Pacholak, M. (2017). *Nieważność decyzji o pozwoleniu na budowę*. Wolters Kluwer/LEX/el.
- Piątek, S. (2013). *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz* (wyd. 3). Wydawnictwo C.H. Beck.
- Piszcz, A. (2013). *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*. Temida 2.
- Przybylska, M. (2012). *Pozycja ustrojowa i funkcje organów regulacyjnych*. MADO.
- Sikora, K. (2004). Rola nadzoru w funkcjonowaniu administracji publicznej. *Studia Iuridica Lublinensia*, (3).
- Sołtys, A. (2015). *Obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym jako instrument zapewnienia efektywności prawa Unii Europejskiej*. Wolters Kluwer Polska.
- Szpyrka, M. (2020). *Europejskie standardy stosowania kar pieniężnych na przykładzie polskiego prawa telekomunikacyjnego*. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Szpyrka, M. (2022). Niedopuszczalność pytania prejudycjalnego w sprawie dotyczącej praworządności w kontekście konstrukcji wymiaru sprawiedliwości – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 22 marca 2022 r. w sprawie C-508/19, M.F. przeciwko J.M. *Temidium* (2).
- Wils, W.P.J. (2005). *Principles of European antitrust enforcement*. Hart Publishing.
- Wils, W.P.J. (2008). *Efficiency and justice in European antitrust enforcement*. Bloomsbury Publishing.

Odpowiedzialność karnoadministracyjna kierownika operatora usługi kluczowej za niezachowanie należytej staranności

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Pojęcie „kierownika operatora usługi kluczowej”
- III. Niezależność odpowiedzialności kierownika operatora usługi kluczowej
- IV. Obowiązek zachowania należytej staranności
- V. Obowiązki operatora usług kluczowych a odpowiedzialność jego kierownika
- VI. Wymiar i przeznaczenie kary pieniężnej
- VII. Decyzja w sprawie nałożenia kary pieniężnej
- VIII. Uwagi końcowe

Streszczenie

W artykule omówiono kwestię odpowiedzialności kierownika operatora usług kluczowych za naruszenie obowiązku dochowania należytej staranności przy wykonywaniu obowiązków przez operatora. Obowiązki te obejmują wdrożenie systemu zarządzania bezpieczeństwem w systemie informatycznym służącym do świadczenia usługi kluczowej, wyznaczenie osoby odpowiedzialnej za utrzymywanie kontaktów z podmiotami krajowego systemu cyberbezpieczeństwa oraz zapewnienie prowadzenia audytów bezpieczeństwa systemu informatycznego wykorzystywanego do świadczenia usługi kluczowej. Za kierownika operatora usługi kluczowej uznać można osobę, która osobę zarządzającą lub współzarządzającą operatorem usługi kluczowej, w szczególności członka organu zarządzającego (zarządu). Odpowiedzialność zarządcy jest odpowiedzialnością odrębną od odpowiedzialności operatora usługi kluczowej. Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa zachowanie należytej staranności wymaga profesjonalizmu i sumienności. Organ ds. cyberbezpieczeństwa nakłada karę pieniężną za niezachowanie należytej staranności, kierując się wytycznymi zawartymi w Kodeksie postępowania administracyjnego. W artykule przedstawiono również wnioski de lege ferenda, w tym propozycję przeznaczenia środków z kary pieniężnej na Fundusz Cyberbezpieczeństwa.

Słowa kluczowe: cyberbezpieczeństwo; kara pieniężna; operator usługi kluczowej.

JEL: K23, K24, K32, K42

* Dr nauk prawnych, adiunkt, Wydział Administracji, Wyższa Szkoła Kadr Menedżerskich, Konin. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0869-3713>.

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.



i

K

A

R

I. Wprowadzenie

Przedmiotem regulacji ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa¹ (dalej: ustawa o ksc lub uksc) jest w szczególności organizacja krajowego systemu cyberbezpieczeństwa, którego celem jest „zapewnienie cyberbezpieczeństwa na poziomie krajowym, w tym niezakłóconego świadczenia usług kluczowych i usług cyfrowych, przez osiągnięcie odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa systemów informacyjnych służących do świadczenia tych usług oraz zapewnienie obsługi incydentów” oraz zadania i obowiązki podmiotów, które wchodzi w jego skład, jak również sposób sprawowania nadzoru i kontroli w zakresie wykonywania przepisów ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (art. 1 i 3 ustawy o ksc). W skład systemu cyberbezpieczeństwa wchodzi podmioty posiadające status operatora usług kluczowych. Niewywiązywanie się z niektórych powinności spoczywających na tej kategorii podmiotów skutkuje poniesieniem przez nie odpowiedzialności karnoadministracyjnej. Współczesny ustawodawca coraz częściej korzysta bowiem z kar pieniężnych, uznając je za skuteczne narzędzie regulacyjne stosowane przez organy sprawujące nadzór w różnych obszarach funkcjonowania państwa (Crafoord i Nykvist, 2021, s. 902). W myśl postanowień art. 75 ustawy o ksc, „organ właściwy do spraw cyberbezpieczeństwa może nałożyć karę pieniężną na kierownika operatora usługi kluczowej w przypadku, gdy nie dochował należytej staranności celem spełnienia obowiązków, o których mowa w art. 8 pkt 1, art. 9 ust. 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 [ustawy o ksc – M.Cz.], z tym że kara ta może być wymierzona w kwocie nie większej niż 200% jego miesięcznego wynagrodzenia”. Przedmiotem dalszych rozważań stanie się analiza znamion przywołanego powyżej deliktu administracyjnego.

II. Pojęcie „kierownika operatora usługi kluczowej”

Przed podjęciem rozważań nad istotą wspomnianego powyżej deliktu administracyjnego przybliżyć należy zatem znaczenie takich pojęć, jak „usługa kluczowa”, „operator usługi kluczowej” oraz „kierownik operatora usługi kluczowej”.

W przypadku dwóch pierwszych terminów nie sposób nie przywołać ich definicji ustawowej sformułowanej na gruncie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa. Usługą kluczową jest zatem usługa, która ma kluczowe znaczenie dla utrzymania krytycznej działalności społecznej bądź gospodarczej, wymieniona w wykazie usług kluczowych (art. 2 pkt 16 ustawy o ksc). Operatorem usługi kluczowej jest natomiast podmiot, o którym mowa w załączniku nr 1 do ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, który posiada jednostkę organizacyjną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a organ właściwy do spraw cyberbezpieczeństwa wydał wobec niego decyzję o uznaniu za operatora usługi kluczowej. Organ ten wydaje decyzję o uznaniu podmiotu za operatora usługi kluczowej, jeśli świadczy on usługę kluczową, jej świadczenie zależy od systemów informacyjnych, a incydent (zdarzenie, które ma lub może mieć niekorzystny wpływ na cyberbezpieczeństwo) miałby istotny skutek zakłócający dla świadczenia usługi kluczowej przez tego operatora (art. 5 ustawy o ksc).

Do kategorii operatorów usługi kluczowej należą przykładowo podmioty prowadzące działalność gospodarczą w zakresie wydobywania gazu ziemnego na podstawie koncesji; przedsiębiorstwo

¹ Ustawa z dn. 5.07.2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz. U. 2023 poz. 913).

energetyczne posiadające koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania energii elektrycznej; podmioty prowadzące działalność gospodarczą w zakresie przeladunku ropy naftowej; zarządzający lotniskiem; przewoźnik kolejowy, którego działalność podlega licencjonowaniu; armator; podmiot leczniczy; bank krajowy; przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne; podmiot zarządzający rejestracją internetowych nazw domen w ramach domeny najwyższego poziomu (TLD) (załącznik nr 1 do uksc). Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o ksc minister właściwy do spraw informatyzacji prowadzi wykaz operatorów usług kluczowych. Wpisu do niego (i wykreślenia) dokonuje się na wniosek organu właściwego do spraw cyberbezpieczeństwa, złożony niezwłocznie po wydaniu decyzji o uznaniu za operatora usługi kluczowej albo decyzji stwierdzającej wygaśnięcie decyzji o uznaniu za operatora usługi kluczowej (art. 7 ust. 3 ustawy o ksc). Wykaz usług kluczowych określony został w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wykazu usług kluczowych oraz progów istotności skutku zakłócającego incydentu dla świadczenia usług kluczowych². Należą do nich np. wydobywanie węgla kamiennego; usługi systemowe, jakościowe i zarządzanie infrastrukturą energetyczną; transport kolejowy pasażerski i towarów; transport lotniczy pasażerski i towarów; obrót ciepłem; przyjmowanie depozytów pieniężnych lub innych funduszy podlegających zwrotowi od klientów; obrót energią elektryczną; obrót i dystrybucja produktów leczniczych; dostarczanie wody; prowadzenie autorytatywnego serwera DNS.

Samego pojęcia „kierownika operatora usługi kluczowej” ustawodawca jednak nie wyjaśnił. W znaczeniu potocznym kierownikiem jest „osoba zarządzająca jakimś działem, zespołem ludzi” (Sobol, 2006, s. 319), a zatem, jak się wydaje, kierownik operatora usługi kluczowej, który może przybrać formę prawną różnej kategorii, to osoba pełniąca funkcje zarządcze samodzielnie lub kolegialnie w określonym podmiocie zbiorowym. Ustawodawca, określając status prawny i zasady funkcjonowania tego rodzaju podmiotów, a także nakładając na nie pewne obowiązki ustawowe, w różny sposób i w różnym kontekście określa także nazwy i skład ich organów zarządzających i nadzorczych. W literaturze (np. Kitler, Taczkowska-Olszewska i Radoniewicz, 2019, art. 75, t. 1; Czaplicki, Gryszczyńska i Szpor, 2019, art. 75, t. 4) spotkać się można np. z poglądem o zasadności zastosowania do wyjaśnienia zakresu pojęciowego sformułowania „kierownik operatora usługi kluczowej” definicji legalnej „kierownika jednostki”, z którą możemy się spotkać na gruncie ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości³. Jej przepis art. 3 ust. 1 pkt 6 stanowi, że status ten posiada w szczególności:

- członek zarządu lub innego organu zarządzającego, a jeżeli organ jest wieloosobowy – członkowie tego organu, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez jednostkę;
- w przypadku spółki jawnej i spółki cywilnej – wspólnicy prowadzący sprawy spółki;
- w przypadku spółki partnerskiej – wspólnicy prowadzący sprawy spółki albo zarząd,
- w przypadku spółki komandytowej i spółki komandytowo-akcyjnej – komplementariusze prowadzący sprawy spółki;
- w przypadku osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą – ta osoba;

² Rozporządzenie Rady Ministrów z dn. 11.09.2018 r. w sprawie wykazu usług kluczowych oraz progów istotności skutku zakłócającego incydentu dla świadczenia usług kluczowych (Dz. U. 2018 poz. 1806).

³ Ustawa z dn. 29.09.1994 r. o rachunkowości (Dz. U. 2023 poz. 120, ze zm.).

- likwidator, syndyk lub zarządca ustanowiony w postępowaniu restrukturyzacyjnym oraz zarządca sukcesyjny, o którym mowa w ustawie z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw⁴.

Pojęciem „kierownika” ustawodawca posługuje się również na gruncie niektórych aktów normatywnych, w szczególności tych, które regulują sposób wynagradzania osób zajmujących stanowiska kierownicze w podmiotach należących do szeroko rozumianego sektora publicznego. Artykuł 2 pkt 1 ustawy z dnia 3 marca 2000 r. o wynagrodzeniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi⁵, do kierowników takich jednostek organizacyjnych, jak np. przedsiębiorstwa państwowe, państwowe jednostki organizacyjne posiadające osobowość prawną, samorządowe jednostki organizacyjne posiadające osobowość prawną i niebędące spółkami handlowymi, agencje państwowe, instytuty badawcze, fundacje, państwowe jednostki budżetowe, zalicza m.in. dyrektorów, prezesów, tymczasowych kierowników, zarządców komisarycznych i osoby zarządzające na podstawie umów cywilnoprawnych. W art. 1 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2016 r. o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami⁶ mamy z kolei do czynienia z pojęciem „członka organu zarządzającego”, które obejmuje członka zarządu spółki kapitałowej, dyrektora w prostej spółce akcyjnej, członka rady administrującej uprawnionego do prowadzenia spraw spółki europejskiej oraz likwidatora. Przytoczyć wypada również przepis art. 126 ust. 6 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe⁷, gdzie mowa jest o takich osobach kierujących jednostką, jak „osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą, członek zarządu spółki prawa handlowego, dyrektor przedsiębiorstwa, wspólnik spółki jawnej, komplementariusz w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej”, które ponoszą odpowiedzialność karnoadministracyjną, w sytuacji, gdy podległa im „jednostka kontrolowana uniemożliwia lub utrudnia przeprowadzenie kontroli, mimo powiadomienia przez kontrolującego tej osoby o kontroli”.

Jakkolwiek materia przywołanych powyżej ustaw odbiega zasadniczo od przedmiotu regulacji ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, to przyjęty na ich gruncie punkt widzenia ustawodawcy co do kręgu osób pełniących w określonych podmiotach funkcje, którym można przypisać charakter kierowniczy, okazać może się pomocny dla zdefiniowania pojęcia „kierownika podmiotu zbiorowego”, w szczególności „kierownika operatora usługi kluczowej”. Wydaje się, że w świetle powyższego za kierownika operatora usługi kluczowej uznać można zatem osobę zarządzającą (współzarządzającą) operatorem usługi kluczowej, w szczególności członka organu zarządzającego (zarządu). Nie będzie nim natomiast osoba będąca członkiem organu nadzorczego (np. rady nadzorczej) w podmiocie posiadającym status operatora usługi kluczowej, a także osoba zajmująca w nim stanowisko kierownicze średniego lub niższego szczebla ani pełnomocnik ustanowiony przez kierownika tego podmiotu, niezależnie od zakresu posiadanego pełnomocnictwa.

⁴ Ustawa z dn. 5.07.2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (Dz. U. 2021 poz. 170).

⁵ Ustawa z dn. 3.03.2000 r. o wynagrodzeniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi (Dz. U. 2019 poz. 2136).

⁶ Ustawa z dn. 9.06.2016 r. o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami (Dz. U. 2020 poz. 1907, ze zm.).

⁷ Ustawa z dn. 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. 2022 poz. 896, ze zm.).

III. Niezależność odpowiedzialności kierownika operatora usługi kluczowej

Jak wskazuje się w literaturze (Czaplicki, Gryszczyńska i Szpor, 2019, art. 75, t. 1), kara pieniężna nakładana na kierownika operatora usługi kluczowej jest sankcją wymierzaną niezależnie od kary nakładanej na operatora usługi kluczowej. Istotą deliktu administracyjnego, który może być przypisany kierownikowi operatora usługi kluczowej nie jest natomiast to samo naruszenie obowiązków operatora usługi kluczowej wynikających z ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, które przypisujemy temu operatorowi, ale odrębne działanie polegające na niedochowaniu przez niego należytej staranności, którą powinien był zachować w celu realizacji obowiązków przypisanych operatorowi usługi kluczowej, z racji pełnionych przez kierownika funkcji zarządczych. Oczywistym jest, że zanim dojdzie do nałożenia tej sankcji, konieczne jest stwierdzenie określonych uchybień w realizacji obowiązków operatora usługi kluczowej, do którego dojść może w szczególności w ramach prowadzenia przez organ właściwy do spraw cyberbezpieczeństwa w ramach monitoringu stosowania przepisów ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa przez operatorów usług kluczowych lub w toku kontroli operatorów usług kluczowych, o których mowa w art. 42 ust. 1 pkt 6 i 8 ustawy o ksc. Ich stwierdzenie skutkuje nałożeniem na operatora kary pieniężnej na podstawie art. 73 ust. 1 pkt 1, 4 i 15 uksc. Czy jednak dla nałożenia kary pieniężnej na kierownika operatora usługi kluczowej konieczne jest uprzednie nałożenie kary pieniężnej na operatora za tego rodzaju naruszenie? Wydaje się, że nie jest to takie oczywiste, ponieważ kierownik operatora nie odpowiada w tym przypadku za to samo naruszenie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, co operator. Odpowiedzialność z tytułu naruszenia przez kierownika operatora usługi kluczowej należytej staranności dotyczącej wykonywania obowiązków ustawowych spoczywających na tym operatorze nie jest zatem tożsama z niezależną odpowiedzialnością kierownika podmiotu zbiorowego za delikt popełniony przez podmiot zbiorowy, tak jak ma to miejsce np. w przypadku kary pieniężnej nakładanej na kierownika przedsiębiorstwa energetycznego na podstawie art. 56 ust. 5 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne⁸, czy też na kierownika zarządcy i przewoźnika kolejowego na podstawie art. 66 ust. 3 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym⁹. Nie jest to sytuacja analogiczna także do postanowień art. 209 ust. 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne¹⁰, gdzie mowa jest o niezależnym karaniu kierującego przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym za te same naruszenia, za które karze pieniężnej podlega kierowany przez niego podmiot. W tym przypadku i judykatura¹¹, i doktryna (Piątek, 2019, s. 1473) stoją na stanowisku, że karę taką nakłada się na kierującego przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym jedynie w razie równoległego lub uprzedniego ukarania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Na gruncie art. 75 ustawy o ksc nie jest to jednak niezależna, równoległa odpowiedzialność kierownika operatora za naruszenie operatora, o którym mowa w art. 73 ustawy o ksc, oparta na koncepcji tzw. winy obiektywnej, ale odpowiedzialność za niezachowanie należytej staranności skutkujące powstaniem określonych naruszeń. Dla nałożenia kary na kierownika operatora usługi kluczowej

⁸ Ustawa z dn. 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne (Dz. U. 2022 poz. 1385, ze zm.).

⁹ Ustawa z dn. 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. 2023 poz. 602, ze zm.).

¹⁰ Ustawa z dn. 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. 2022 poz. 1648 ze zm.).

¹¹ Wyr. SN z dn. 23.09.2009 r., III SK 18/09, Legalis nr 212554; wyr. SA w Warszawie z dn. 13.01.2010 r., VI ACa 701/09, Legalis nr 393882.

nie wystarczy zatem jedynie stwierdzenie faktu naruszenia postanowień art. 8 pkt 1, art. 9 ust. 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o ksc, ale konieczne jest wykazanie, że nie dochował on należytej staranności, w następstwie czego nie wykonano powinności wynikających z tychże przepisów, tj. obowiązku prowadzenia systematycznego szacowania ryzyka wystąpienia incydentu oraz zarządzania tym ryzykiem, obowiązku wyznaczenia osoby odpowiedzialnej za utrzymywanie kontaktów z podmiotami krajowego systemu cyberbezpieczeństwa oraz obowiązku przeprowadzenia, nie rzadziej niż raz na 2 lata, audytu bezpieczeństwa systemu informacyjnego wykorzystywanego do świadczenia usługi kluczowej.

Pamiętać jednocześnie trzeba, że w przypadku kar nakładanych na operatora usługi kluczowej na podstawie art. 73 ust. 1 ustawy o ksc, odpowiedzialność ta ma charakter obligatoryjny, ustawodawca posługuje się bowiem sformułowaniem „karze pieniężnej podlega operator usługi kluczowej, który”, w przypadku zaś art. 75 ustawy o ksc, mowa jest o możliwości nałożenia kary na kierownika operatora usługi kluczowej, a zatem odpowiedzialność ta ma charakter fakultatywny i mieści się w ramach uznania administracyjnego przysługującego organowi właściwemu do spraw cyberbezpieczeństwa. W razie stwierdzenia naruszeń określonych w art. 73 ust. 1 pkt 1, 4 i 15 ustawy o ksc, do których doprowadził brak należytej staranności kierownika operatora usługi kluczowej i nałożenia kary pieniężnej na tego kierownika zgodnie z art. 75 ustawy o ksc, na operatora usługi kluczowej – nawet jeśli nie uprzednio i nie równoległe – i tak nałożona zostać powinna kara pieniężna. Pamiętać też należy, że o ile w przypadku operatora usługi kluczowej jest to, co do zasady, podmiot zbiorowy, o tyle w przypadku kierownika operatora usługi kluczowej jest to osoba fizyczna, na co wskazuje zarówno ustawowe określenie „kierownik (...), który”, jak i sposób określenia wysokości sankcji z odniesieniem do wysokości wynagrodzenia miesięcznego.

IV. Obowiązek zachowania należytej staranności

Jednym ze znamion deliktu administracyjnego, o którym mowa w art. 75 ustawy o ksc, jest niedochowanie należytej staranności przez kierownika operatora usług kluczowych. Materię dochowywania należytej staranności postrzegamy zwykle w pierwszym rzędzie przez pryzmat prawa prywatnego – cywilnego i handlowego. Ustawodawca posługuje się nim w szczególności na gruncie przepisu art. 355 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny¹² (dalej: k.c.), w myśl którego od dłużnika wymaga się zachowania należytej staranności tj. „staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju”, natomiast w przypadku prowadzenia przez dłużnika działalności gospodarczej, określa się ją z uwzględnieniem zawodowego charakteru tejże działalności. Należyta staranność jest zatem swego rodzaju obiektywnym wzorcem postępowania dłużnika (odnoszącym się do przyjętego sposobu działania, nie zaś jego rezultatów), do którego powinien stosować się dłużnik w toku czynności zmierzających do spełnienia świadczenia, obok zasad współżycia społecznego i zwyczajów, o których mowa w art. 354 k.c. (Załucki, 2023, art. 355, t. I.2.).

Pojęcie „staranności” nieobce jest także ustawie z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych¹³ (dalej: k.s.h.). Jak wspomniano powyżej, pod pojęciem „kierownika operatora usługi kluczowej” kryje się w szczególności członek zarządu spółki kapitałowej świadczącej usługę tej

¹² Ustawa z dn. 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. 2022 poz. 1360 ze zm.).

¹³ Ustawa z dn. 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. 2022 poz. 1467 ze zm.).

kategorii. Warto zatem odnieść się od standardów staranności przypisywanych członkom organów zarządzających w spółkach kapitałowych. W myśl postanowień art. 377¹ § 1 § 1 k.s.h. członek zarządu powinien „przy wykonywaniu swoich obowiązków dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności oraz dochować lojalności wobec spółki” (analogicznie do członka rady nadzorczej, art. 387¹ k.s.h.). Co za tym idzie, poziom miernika należytej staranności wymagany od członka zarządu został wyznaczony wyżej aniżeli ten, który określono w art. 355 § 2 k.c. Uwzględnia on bowiem profesjonalny charakter działalności członka organu zarządzającego wymagający w szczególności znajomości specyfiki procesów organizacyjnych i finansowych w zarządzanym podmiocie, zasad gospodarowania jego zasobami, a także, a może przede wszystkim, znajomości przepisów powszechnie obowiązującego prawa i ich wpływu na prowadzoną działalność gospodarczą (Kidyba, 2023, art. 377(1), t. 1). Co więcej, w opinii judykatury nawet „podjęcie się wykonywania obowiązków członka zarządu w sytuacji braku odpowiedniego wykształcenia i wiadomości lub doświadczenia potrzebnego do prowadzenia spraw spółki powinno być kwalifikowane jako naruszenie wymaganej staranności i sumienności”¹⁴. Wyrazem niedochowania należytej staranności będzie zatem w konsekwencji przyjęcie na siebie obowiązków związanych z pełnieniem funkcji kierownika określonego podmiotu, które nie przystają do posiadanych przez osobę zajmującą dane stanowisko kompetencji zawodowych i zarządczych, w szczególności poziomu znajomości przepisów prawa właściwych dla prowadzenia danej dziedziny działalności gospodarczej.

Z pojęciem „należytej staranności” zetknąć możemy się jednakże i w prawie publicznym. W orzecznictwie sądownoadministracyjnym wydanym na gruncie prawa podatkowego wskazuje się chociażby, że należytej staranności nie zachowuje podatnik, który na skutek swojego niedbalstwa nie posiada wiedzy o istotnym i rzeczywistym stanie faktycznym związanym z naruszeniem prawa¹⁵. Dołożenia należytej staranności w wyjaśnieniu stronie zasadności podjętego rozstrzygnięcia wymaga się od organu prowadzącego postępowanie administracyjne¹⁶ zgodnie z zasadą przekonywania określoną w art. 11 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego¹⁷ (dalej: k.p.a.), w myśl którego „Organy administracji publicznej powinny wyjaśniać stronom zasadność przesłanek, którymi kierują się przy załatwieniu sprawy, aby w ten sposób w miarę możliwości doprowadzić do wykonania przez strony decyzji bez potrzeby stosowania środków przymusu”.

Jak powinien zatem wyglądać model należytej staranności kierownika operatora usługi kluczowej? W orzecznictwie wydanym na gruncie prawa cywilnego wskazuje się, że w dobie szczególnie skomplikowanych stosunków społeczno-gospodarczych i rozwoju techniki, wypracowanie jednego konkretnego modelu przezorności byłoby utrudnione, jeśli nie niemożliwe. Profesjonalizm takiego przedsiębiorcy powinien stanowić sumę dwóch elementów występujących łącznie – fachowości i sumienności¹⁸. Wykładnia przepisów prawa podatkowego prowadzi NSA do wniosku, że punktem wyjścia dla oceny dochowania należytej staranności przez podatnika są „ogólne kryteria «sumienności kupieckiej», zgodnie z którymi należyta staranność wymagana przy uwzględnieniu

¹⁴ Wyr. SA w Łodzi z dn. 16.04.2014 r., I ACa 1157/13 (Legalis nr 1067291).

¹⁵ Wyr. NSA z dn. 3.03.2023 r., I FSK 2079/18, Legalis nr 2900532.

¹⁶ Wyr. WSA w Poznaniu z dn. 12.02.2020 r., II SA/Po 666/19, LEX nr 2783100.

¹⁷ Ustawa z dn. 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. 2023 poz. 775 ze zm.).

¹⁸ Wyr. SA w Białymstoku z dn. 21.01.2016 r., I ACa 662/15 (LEX nr 1979374).

zawodowego charakteru prowadzonej działalności, uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania¹⁹, przy czym znaczenie może mieć również specyfika branży, w jakiej prowadzi on swoją działalność²⁰. Generalnie ujmując, ocena dołożenia należytej staranności uwzględniać powinna w konsekwencji okoliczności konkretnej sytuacji (Michalak, 2016, s. 180–190). Poglądy te zastosowanie mogą mieć w odniesieniu do badania poziomu staranności wymaganej od kierownika operatora usługi kluczowej, mając na względzie szczególny charakter tego rodzaju usług i obowiązków spoczywających na podmiotach je świadczących. Po pierwsze, wymagać należy od niego postępowania zgodnego z regułami fachowej wiedzy, w tym przypadku wymaganej od profesjonalnego menedżera kierującego (współkierującego) podmiotem świadczącym usługi o szczególnej wadze dla należytego funkcjonowania państwa i bezpieczeństwa powszechnego. Wiedza ta powinna obejmować znajomość zarówno profesjonalnych zasad zarządzania zasobami określonej organizacji, jak i uwarunkowań prawnych towarzyszących rodzajowi prowadzonej przez nią działalności. Po drugie, jego aktywność na zajmowanym stanowisku powinna cechować się sumiennością, a zatem skrupulatnym wywiązywaniem się z przyjętych na siebie obowiązków przypisanych określonemu stanowisku kierownicemu, wykonywaniem ich rzetelnie i ze szczególną dokładnością, a także zdolnością przewidywania następstw podejmowanych działań i konsekwencji poczynionych zaniechań. W świetle analizy poziomu staranności dotyczącej obowiązków kierownika operatora usług kluczowych uwzględnić należy wspomnianą powyżej fachowość i sumiennność w odniesieniu do stosowania rozwiązań organizacyjnych i technicznych związanych z przestrzeganiem obowiązków nakładanych na operatora przepisami ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa.

V. Obowiązki operatora usług kluczowych a odpowiedzialność jego kierownika

Karze pieniężnej, o której mowa w art. 75 ustawy o ksc, podlega niezachowanie przez kierownika operatora usługi kluczowej należytej staranności w celu wykonania trzech rodzajów obowiązków spoczywających na tym operatorze. Mieszczące się w ramach należytej staranności profesjonalne i sumienne zarządzanie podmiotem, który świadczy usługę kluczową, służyć ma prawidłowej realizacji tych obowiązków, a jej niedochowanie stanowi przyczynę ich zaniechania lub niewłaściwego (sprzecznego z prawem) wykonywania.

Po pierwsze, powinność zachowania należytej staranności odnosi się do wdrożenia przez operatora usługi kluczowej systemu zarządzania bezpieczeństwem w systemie informacyjnym wykorzystywanym do świadczenia usługi kluczowej, który zapewnia prowadzenie systematycznego szacowania ryzyka wystąpienia incydentu oraz zarządzanie tym ryzykiem (art. 8 pkt 1 ustawy o ksc). Zgodnie z motywem 44 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii²¹, odpowiedzialność za zapewnienie bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych w dużym stopniu spoczywa m.in. na operatorach usług

¹⁹ Wyr. NSA z dn. 25.11.2021 r., I FSK 1574/21, Legalis nr 2663007.

²⁰ Wyr. NSA z dn. 20.01.2023 r., II FSK 1327/22, Legalis nr 2881314.

²¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dn. 6.07.2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii (Dz. U. UE 2016 L 194/1).

kluczowych, a wprowadzenie właściwych wymogów regulacyjnych, określonych właśnie w ustawie o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, służyć ma wsparciu i rozwojowi kultury zarządzania ryzykiem, która obejmuje przeprowadzanie ocen ryzyka i wdrażanie środków bezpieczeństwa odpowiednich dla danego ryzyka. W myśl postanowień art. 14 ust. 1 teże dyrektywy, państwa członkowskie są obowiązane zapewnić podejmowanie przez operatorów usług kluczowych odpowiednich i proporcjonalnych środków technicznych i organizacyjnych służących zarządzaniu rodzajami ryzyka, na jakie narażone są używane przez nich sieci i systemy informatyczne. Środki te muszą zapewniać poziom bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych adekwatny do istniejącego ryzyka i uwzględniać najnowszy stan wiedzy. Kierownik operatora usługi kluczowej powinien zatem, zachowując należytą staranność, zadbać o wprowadzenie w zarządzanym przez niego podmiocie stosownych, proporcjonalnych, nowoczesnych, spełniających najlepsze standardy rozwiązań o charakterze technicznym i organizacyjnym, zapewniających prowadzenie systematycznego szacowania ryzyka wystąpienia incydentu oraz zarządzanie tym ryzykiem we wdrożonym systemie zarządzania bezpieczeństwem, w systemie informacyjnym wykorzystywanym do świadczenia usługi kluczowej. Co więcej, zadbać powinien w konsekwencji o utrzymanie tego systemu w należyтым stanie (m.in. jego modyfikacji, aktualizacji, dostosowywania do zmian dotyczących sposobu i zasad świadczenia usługi kluczowej itp.). Zaniechanie wdrożenia i monitorowania stanu funkcjonowania – odpowiadającego wymogom ustawowym – systemu zarządzania bezpieczeństwem zapewniającego prowadzenie systematycznego szacowania ryzyka wystąpienia incydentu oraz zarządzanie tym ryzykiem świadczyć może o niedochowaniu należytej staranności wymaganej od kierownika operatora usługi kluczowej.

Po drugie, wymóg należytej staranności dotyczy wyznaczenia przez operatora usługi kluczowej osoby odpowiedzialnej za utrzymywanie kontaktów z podmiotami krajowego systemu cyberbezpieczeństwa (art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy o ksc)²². Należyta staranność kierownika operatora usługi kluczowej wymaga w tym przypadku przede wszystkim wyznaczenia osoby, która z uwagi na posiadane doświadczenie, znajomość zasad i sposobu świadczenia usługi kluczowej u operatora, a także kompetencje merytoryczne, w szczególności znajomość ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, daje rękojmię sprawnego, efektywnego i zgodnego z prawem kontaktowania się z podmiotami krajowego systemu cyberbezpieczeństwa. Co więcej, z uwagi na wymóg przekazania przez operatora usługi kluczowej do organu właściwego do spraw cyberbezpieczeństwa, właściwego CSIRT MON, CSIRT NASK, CSIRT GOV, a także sektorowego zespołu cyberbezpieczeństwa danych dotyczących tożsamości (imię i nazwisko) oraz danych kontaktowych (numer telefonu, adres poczty elektronicznej) tej osoby, w terminie 14 dni od dnia jej wyznaczenia, jak również informacji o zmianie tych danych – w terminie 14 dni od dnia ich zmiany (art. 9 ust. 2 ustawy o ksc), kierownik operatora usługi kluczowej powinien zadbać również

²² W skład krajowego systemu cyberbezpieczeństwa wchodzi następujące jednostki: operatorzy usług kluczowych, dostawcy usług cyfrowych; CSIRT MON; CSIRT NASK; CSIRT GOV; sektorowe zespoły cyberbezpieczeństwa; niektóre jednostki sektora finansów publicznych (organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały; jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki; związki metropolitalne; jednostki budżetowe; samorządowe zakłady budżetowe; agencje wykonawcze; instytucje gospodarki budżetowej; Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego; Narodowy Fundusz Zdrowia; uczelnie publiczne; Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne); instytuty badawcze; Narodowy Bank Polski; Bank Gospodarstwa Krajowego; Urząd Dozoru Technicznego; Polska Agencja Żeglugi Powietrznej; Polskie Centrum Akredytacji; Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej oraz wojewódzkie fundusze ochrony środowiska i gospodarki wodnej; spółki prawa handlowego wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej; podmioty świadczące usługi z zakresu cyberbezpieczeństwa; organy właściwe do spraw cyberbezpieczeństwa; Pojedynczy Punkt Kontaktowy do spraw cyberbezpieczeństwa; Pełnomocnik Rządu do Spraw Cyberbezpieczeństwa; Kolegium do Spraw Cyberbezpieczeństwa (art. 4 uksc).

o realizację tego obowiązku, ponieważ zaniechanie jego realizacji skutkuje w rzeczywistości uniemożliwieniem skutecznej komunikacji operatora usługi kluczowej z podmiotami krajowego systemu cyberbezpieczeństwa.

Po trzecie, wymagana należyta staranność kierownika operatora usługi kluczowej odnosi się do obowiązku zapewnienia przeprowadzenia przez tego operatora, co najmniej raz na 2 lata, audytu bezpieczeństwa systemu informacyjnego wykorzystywanego do świadczenia usługi kluczowej (art. 15 ust. 1 ustawy o ksc). Ustawodawca formułuje w art. 15 uksc wymogi dotyczące częstotliwości i jakości tego rodzaju badania. W zakresie terminu jego przeprowadzenia spoczywa na operatorze wymóg jego powtarzania co najmniej co 2 lata. Rękojmię zapewnienia właściwego standardu merytorycznego stanowią wykonanie audytu przez podmioty wykazujące się przymiotami określonymi przez ustawodawcę. W zależności od rozmiarów działalności prowadzonej przez operatora usługi kluczowej naruszeniem należytej staranności będzie zatem niepodjęcie środków wprowadzających określone mechanizmy (sformalizowane procesy, procedury) zapewniające regularne i profesjonalne (przez podmioty spełniające wymagania ustawowe) przeprowadzenie audytu bezpieczeństwa systemu informacyjnego wykorzystywanego do świadczenia usługi kluczowej, jak również – jeśli przyjęto tego rodzaju rozwiązanie – okresowe zlecenie/zarządzenie przeprowadzenia audytu wymaganego postanowieniami ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa. Pamiętać należy, że zgodnie z art. 15 ust. 7 ustawy o ksc, operator usługi kluczowej zobowiązany jest przekazać kopię sprawozdania z przeprowadzonego audytu na uzasadniony wniosek organu właściwego do spraw cyberbezpieczeństwa (jak również dyrektora Rządowego Centrum Bezpieczeństwa lub Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego). Fakt niewywiązania się z obowiązków spoczywających na operatorze usług kluczowych, a w konsekwencji fakt niedołożenia należytej staranności przez kierownika, w odniesieniu do powinności przeprowadzenia audytu, może zostać stwierdzony przez organ właściwy do spraw cyberbezpieczeństwa w sytuacji niedostarczenia ww. kopii.

VI. Wymiar i przeznaczenie kary pieniężnej

Wymiar kary pieniężnej określany jest przez ustawodawcę na gruncie powszechnie obowiązującego prawa w sposób rozmaity – zwykle kwotowo lub procentowo, w postaci sankcji oznaczonej bezwzględnie lub względnie. W przypadku ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa kara pieniężna nakładana na kierownika operatora usługi kluczowej nie może przekroczyć równowartości 200% jego miesięcznego wynagrodzenia (art. 75 ustawy o ksc *in fine*). Ustawa nie określa w sposób dokładny, o jak rozumiane wynagrodzenie miesięczne tutaj chodzi. Niemniej wydaje się, że można przyjąć chociażby za przywołaną już powyżej ustawą – Prawo telekomunikacyjne, gdzie w myśl postanowień art. 209 ust. 2 tego aktu normatywnego, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej może nałożyć karę pieniężną na kierującego przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym „w wysokości do 300% jego miesięcznego wynagrodzenia, naliczanego jak dla celów ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy”, iż mowa jest tutaj o wynagrodzeniu miesięcznym naliczanym w taki właśnie sposób. W literaturze podnosi się natomiast, że wysokość kary pieniężnej powinno obliczać się wg kwoty wynagrodzenia netto (Besiekierska, 2019, art. 75, t. 3). Co więcej uznać należy, że przez pojęcie wynagrodzenia miesięcznego jako podstawy naliczenia kary pieniężnej

rozumie się jedynie wynagrodzenie miesięczne osiągnięte z tytułu pełnienia funkcji kierownika operatora usługi kluczowej, a nie wynagrodzenie miesięczne osiągnięte ogółem przez sprawcę analizowanego deliktu administracyjnego, również z tytułu innych aktywności zawodowych czy źródeł przychodu.

Określając wysokość kary, organ właściwy do spraw cyberbezpieczeństwa kieruje się, wobec braku ustawowych dyrektyw wymiaru tej sankcji w ustawie o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, wytycznymi wskazanymi w art. 189d k.p.a., do których zaliczono: „1) wagę i okoliczności naruszenia prawa, w szczególności potrzebę ochrony życia lub zdrowia, ochrony mienia w znacznych rozmiarach lub ochrony ważnego interesu publicznego lub wyjątkowo ważnego interesu strony oraz czas trwania tego naruszenia; 2) częstotliwość niedopełniania w przeszłości obowiązku albo naruszania zakazu tego samego rodzaju co niedopełnienie obowiązku albo naruszenie zakazu, w następstwie którego ma być nałożona kara; 3) uprzednie ukaranie za to samo zachowanie za przestępstwo, przestępstwo skarbowe, wykroczenie lub wykroczenie skarbowe; 4) stopień przyczynienia się strony, na którą jest nakładana administracyjna kara pieniężna, do powstania naruszenia prawa; 5) działania podjęte przez stronę dobrowolnie w celu uniknięcia skutków naruszenia prawa; 6) wysokość korzyści, którą strona osiągnęła, lub straty, której uniknęła; 7) w przypadku osoby fizycznej – warunki osobiste strony, na którą administracyjna kara pieniężna jest nakładana”. Część spośród tych wyznaczników w sposób jednoznaczny związana jest z materią staranności działania kierownika operatora usługi kluczowej. Mowa tutaj w szczególności o elementach odnoszących się do dotychczasowego zachowania osoby podlegającej karze pieniężnej, np. częstotliwości niedopełniania w przeszłości spoczywającego na niej obowiązku (zachowania należytej staranności) czy też stopniu przyczynienia się sprawcy deliktu administracyjnego do powstania naruszenia prawa (poziomie niedopełnienia obowiązku dochowania należytej staranności).

Nadmienić wreszcie trzeba, że ustawodawca nie wskazuje przeznaczenia środków finansowych pochodzących z kary pieniężnej nakładanej na kierownika operatora usług kluczowych, jak ma to miejsce w odniesieniu do wpływów z tytułu kar pieniężnych, o których mowa w art. 73 ustawy o ksc, które stanowią przychód Funduszu Cyberbezpieczeństwa²³ (art. 74 ust. 2 ustawy o ksc). Nie określa w szczególności, że środki te stanowią dochód budżetu państwa, jak czyni to np. w art. 130 ustawy – Prawo pocztowe lub art. 104 ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych²⁴. Niemniej, skoro przepis art. 111 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych²⁵ zalicza do dochodów budżetu państwa w szczególności „grzywny, mandaty i inne kary pieniężne, o ile odrębne ustawy nie stanowią inaczej”, to wobec braku stosownego unormowania w tej materii na gruncie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa przyjęć należy, że kara pieniężna nakładana na operatora usługi kluczowej zgodnie z art. 75 ustawy o ksc stanowi dochód budżetu państwa.

²³ Zgodnie z postanowieniami art. 2 ustawy z dn. 2.02.2021 r. o szczególnych zasadach wynagradzania osób realizujących zadania z zakresu cyberbezpieczeństwa (Dz. U. 2023 poz. 667), Fundusz Cyberbezpieczeństwa jest państwowym funduszem celowym, którego dysponentem jest minister właściwy do spraw informatyzacji, a jego celem jest wsparcie działań zmierzających do zapewnienia bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych przed cyberzagrożeniami.

²⁴ Ustawa z dn. 10.05.2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. 2019 poz. 1781).

²⁵ Ustawa z dn. 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1270 ze zm.).

VII. Decyzja w sprawie nałożenia kary pieniężnej

Karę pieniężną na kierownika operatora usługi kluczowej, podobnie jak na samego operatora, nakłada, w drodze decyzji, organ właściwy do spraw cyberbezpieczeństwa (Banasiński i Rojszczyk, 2020, rozdz. 1, pkt 2). Organami właściwymi do spraw cyberbezpieczeństwa są:

- minister właściwy do spraw energii – dla sektora energii;
- minister właściwy do spraw transportu – dla sektora transportu z wyłączeniem podsektora transportu wodnego;
- minister właściwy do spraw gospodarki morskiej i minister właściwy do spraw żeglugi śródlądowej – dla podsektora transportu wodnego;
- Komisja Nadzoru Finansowego – dla sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych;
- minister właściwy do spraw gospodarki wodnej – dla sektora zaopatrzenia w wodę pitną i jej dystrybucji;
- Minister Obrony Narodowej – dla sektora ochrony zdrowia, sektora infrastruktury cyfrowej oraz dla dostawców usług cyfrowych obejmujących podmioty podległe Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowane, w tym podmioty, których systemy teleinformatyczne lub sieci teleinformatyczne objęte są jednolitym wykazem obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej oraz przedsiębiorców realizujących zadania na rzecz Sił Zbrojnych obejmujące: wykonywanie produkcji, napraw lub świadczenie usług na rzecz Sił Zbrojnych w warunkach zagrożenia bezpieczeństwa państwa lub w czasie wojny; utrzymywanie w czasie pokoju mocy produkcyjnych, naprawczych lub usługowych niezbędnych do realizacji powyższych zadań; militaryzację; ochronę obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa lub obronności państwa; inne zadania realizowane na rzecz Sił Zbrojnych i wojsk sojusznicznych;
- minister właściwy do spraw informatyzacji – dla sektora infrastruktury cyfrowej i dla dostawców usług cyfrowych z wyłączeniem ww. podmiotów podległych Ministrowi Obrony Narodowej i przedsiębiorców realizujących zadania na rzecz Sił Zbrojnych;
- minister właściwy do spraw zdrowia – dla sektora ochrony zdrowia z wyłączeniem ww. podmiotów podległych Ministrowi Obrony Narodowej i przedsiębiorców realizujących zadania na rzecz Sił Zbrojnych (art. 41 ustawy o ksc).

Przepisy rozdziału 14 pt. „Przepisy o karach pieniężnych” nie regulują takich kwestii, jak przesłanki wymiaru administracyjnej kary pieniężnej, zasady odstąpienia od jej nałożenia, przedawnienia jej nakładania i egzekucji, odsetek od zaległej kary pieniężnej czy też udzielania ulg w jej wykonaniu, dlatego też do deliktu tego zastosowanie mają w pełni przepisy działu IVa k.p.a. pt. „Administracyjne kary pieniężne”. W konsekwencji, w myśl postanowień art. 189f § 1 k.p.a., organ właściwy do spraw cyberbezpieczeństwa obowiązany będzie, w drodze decyzji, odstąpić od nałożenia kary pieniężnej i poprzestać na pouczeniu kierownika operatora usługi kluczowej, jeśli waga naruszenia prawa, a zatem stopień niedołożenia należytej staranności okaże się znikomy, strona zaś zaprzestała naruszania prawa, czyli podjęła kroki zmierzające do realizacji przez kierowanego przez nią operatora usług kluczowych obowiązków określonych w art. 8 pkt 1, art. 9 ust. 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o ksc.

VIII. Uwagi końcowe

Przepisy ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa regulują materię odpowiedzialności kierownika operatora usługi kluczowej w sposób fragmentaryczny, nawet w porównaniu z przepisami dotyczącymi zasad nakładania kar pieniężnych na operatora usługi kluczowej czy operatora usługi cyfrowej. Nie określa w szczególności takich kwestii, jak dyrektywy wymiaru kary, zasady odstąpienia od jej nałożenia, przeznaczenie środków uzyskiwanych z tytułu kar pieniężnych, sposobu obliczania wynagrodzenia stanowiącego podstawę wymiaru kary pieniężnej. O niektórych spośród nich wspomniano już powyżej. Warto pokusić się jednakże o wskazanie pewnych obszarów, gdzie zasadne mogłoby okazać się rozważenie pewnych zmian legislacyjnych. Na wstępie wskazać należy chociażby potrzebę określenia przeznaczenia środków pochodzących z kary pieniężnej nałożonej na podstawie art. 75 ustawy o ksc, które – analogiczne do przypadku sankcji nakładanych na podstawie art. 73 ustawy o ksc na operatora usługi kluczowej i operatora usługi cyfrowej – zasilać mogłyby, jak się wydaje z powodów uzasadnionych regulowaną materią ustawową, Fundusz Cyberbezpieczeństwa. Zastanawia również dobór niewykonanych obowiązków operatora usługi kluczowej, stanowiących konsekwencję niedochowania należytej staranności przez jego kierownika skutkującą poniesieniem przez niego odpowiedzialności karnoadministracyjnej. W katalogu naruszeń stypizowanych w art. 73 ustawy o ksc znajduje się chociażby delikt administracyjny polegający na zaniechaniu powołania przez operatora usługi kluczowej wewnętrznych struktur odpowiedzialnych za cyberbezpieczeństwo lub zawarcia umowy z podmiotem świadczącym usługi z zakresu cyberbezpieczeństwa (art. 73 ust. 1 pkt 10 ustawy o ksc). Z pewnością realizacja tego rodzaju obowiązków uzależniona jest od należytego pełnienia swoich obowiązków przez kierownika tego operatora. Czy nie warto byłoby się zastanowić także nad zasadnością objęcia tego rodzaju „współodpowiedzialnością” chociażby stanu faktycznego, w którym organ właściwy do spraw cyberbezpieczeństwa stwierdza w wyniku kontroli, że operator usługi kluczowej uporczywie narusza przepisy ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, co powoduje bezpośrednie i poważne zagrożenie cyberbezpieczeństwa dla obronności, bezpieczeństwa państwa, bezpieczeństwa i porządku publicznego lub życia i zdrowia ludzi, a także zagrożenie wywołania poważnej szkody majątkowej lub poważnych utrudnień w świadczeniu usług kluczowych. Ocena szkodliwości społecznej tego deliktu dokonana przez ustawodawcę i uznanie go za szkodliwy społecznie w stopniu wyższym niż delikty wskazane w art. 73 ust. 1 ustawy o ksc skutkuje przecież tym, że podlega on sankcji bardziej dolegliwej – karze pieniężnej w wysokości do 1 000 000 zł (art. 73 ust. 5 ustawy o ksc). Uporczywe, a zatem powtarzające się i występujące relatywnie długo, naruszenie świadczy natomiast o braku należytej staranności kierownika określonego podmiotu w zapewnieniu stanu przestrzegania prawa przez podległy mu pomiot.

Bibliografia

- Banasiński, C. i Rojszczyk, M. (red.). (2020). *Cyberbezpieczeństwo*. Wolters Kluwer Polska.
- Besiekierska, A. (red.). (2019). *Ustawa o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Crafoord, C. i Nykvist, O. (2021). Företagens minimirättigheter enligt Europakonventionen vid påförande av administrativa sanktionsavgifter. *Svensk Juristtidning*, (10).

- Czaplicki, K., Gryszczyńska, A. i Szpor, G. (red.). (2019). *Ustawa o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa. Komentarz*. Wolters Kluwer Polska.
- Kidyba, A. (2023). *Komentarz aktualizowany do art. 301–633 Kodeksu spółek handlowych*. Wolters Kluwer/LEX/el.
- Kitler, W., Taczkowska-Olszewska, J. i Radoniewicz, F. (red.). (2019). *Ustawa o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Michalak, M. (2016). Należyta staranność i dobra wiara w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz polskich sądów administracyjnych. *Studia Iuridica Toruniensia, XIX*.
- Piątek, S. (2019). *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Sobol, E. (red.). (2006). *Nowy słownik języka polskiego PWN*. PWN.
- Załucki, M. (red.). (2023). *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck.

Anna Celejewska-Rajchert*

Filip Drgas**

Sądowa kontrola decyzji Prezesa UOKiK w sprawach koncentracji – wybrane aspekty w oparciu o najnowsze orzecznictwo (sprawy *Agora/Eurozet* oraz *Orlen/Polska Press*)

Spis treści

- I. Model sądowej kontroli decyzji Prezesa UOKiK – wprowadzenie
- II. Odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK w sprawach koncentracji – najnowsze orzecznictwo
 1. Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-1/2021 w sprawie *Agora/Eurozet*
 2. Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-34/2021 w sprawie *PKN Orlen/Polska Press*
- III. Wybrane aspekty proceduralne w sprawach z odwołania od decyzji koncentracyjnych
 1. Merytoryczna ocena i możliwość kierunkowej zmiany decyzji
 - 1.1. Wcześniejsze orzecznictwo Sądu Najwyższego
 - 1.2. Dopuszczalność ograniczenia uprawnień SOKiK do pełnej weryfikacji decyzji w kontekście konstytucyjnego prawa do sądu
 - 1.3. Kompetencje i narzędzia sądów powszechnych do oceny spraw koncentracyjnych
 - 1.4. Ryzyko związane z ograniczeniem kompetencji orzeczniczych SOKiK
 2. Ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym
 - 2.1. Rozkład ciężaru dowodu
 - 2.2. Inicjatywa dowodowa
 3. Wstrzymanie wykonania decyzji w sprawie koncentracji a wstrzymanie wykonania wyroku Sądu Apelacyjnego
 - 3.1. Wstrzymanie wykonania decyzji Prezesa UOKiK do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez sąd
 - 3.2. Wstrzymanie wykonania wyroku Sądu Apelacyjnego
- IV. Podsumowanie

Streszczenie

W ramach niniejszego artykułu autorzy omówią wybrane aspekty sądowej kontroli decyzji Prezesa UOKiK, które stały się przedmiotem rozważań sądów w najnowszych sprawach z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK dot. kontroli koncentracji, tj. decyzji nr DKK-1/2021 w sprawie *Agora/*

* Radca prawny, Senior Associate w GREENBERG TRAUERIG Nowakowska-Zimoch Wysokiński sp.k.; była pełnomocnikiem Agora S.A. sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK DKK-1/2021 w sprawie *Agora/Eurozet*. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-1378-8100>; e-mail: Anna.Rajchert@gtlaw.com.

** Radca prawny, Senior Associate w GREENBERG TRAUERIG Nowakowska-Zimoch Wysokiński sp.k.; był pełnomocnikiem Agora S.A. sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK DKK-1/2021 w sprawie *Agora/Eurozet*. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-8385-0948>; e-mail: Filip.Drgas@gtlaw.com.

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.

Eurozet oraz decyzji nr DKK-34/2021 w sprawie *PKN Orlen/Polska Press*. Artykuł koncentruje się na wybranych zagadnieniach proceduralnych, takich jak dopuszczalność zmiany przez sąd decyzji Prezesa UOKiK w sprawach koncentracji, kwestia ciężaru i inicjatywy dowodowej czy też dopuszczalność i warunki wstrzymania wykonalności decyzji i wyroków w sprawach koncentracji.

Słowa kluczowe: kontrola koncentracji; zakaz koncentracji; odwołanie do SOKiK; sądowa kontrola decyzji Prezesa UOKiK; wyrok reformatoryjny SOKiK; zmiana decyzji Prezesa UOKiK; wstrzymanie wykonania decyzji Prezesa UOKiK; wstrzymanie wykonania decyzji koncentracyjnej; ciężar dowodu, postępowanie hybrydowe.

JEL: K21, K41

I. Model sądowej kontroli decyzji Prezesa UOKiK – wprowadzenie

Od decyzji Prezesa UOKiK, wydawanych w postępowaniach antymonopolowych dotyczących praktyk ograniczających konkurencję lub w sprawach koncentracyjnych, nie przysługuje odwołanie na drodze administracyjnej, o którym mowa w art. 127 i n. k.p.a. Decyzje te nie są również poddane kontroli sądownictwa administracyjnego (por. Błaszczak i Bernatt, 2014). W postanowieniu z dnia 11 lutego 2009 r. NSA¹ potwierdził, że prawodawstwo polskie wyłącza możliwość zaskarżenia decyzji Prezesa Urzędu (w sprawach określonych w uokik) w drodze administracyjnej i sądowno-administracyjnej. Należy także wskazać, że zgodnie z art. 82 uokik² od decyzji Prezesa UOKiK stronie nie przysługują tzw. tryby nadzwyczajne z k.p.a. – tj. środki prawne wzruszenia decyzji przewidziane w k.p.a., dotyczące wznowienia postępowania, uchylecia, zmiany lub stwierdzenia nieważności decyzji.

W doktrynie wskazuje się, że w szeroko rozumianym postępowaniu związanym z ochroną konkurencji i konsumentów ustawodawca wprowadził dwie fazy postępowania tworzące jedną całość. Pierwsza toczy się w ramach szczególnego postępowania administracyjnego przed Prezesem UOKiK i kończy się wydaniem przez niego decyzji w sprawie. Druga natomiast – o ile zostanie złożone odwołanie – toczy się już w ramach postępowania cywilnego i kończy się wydaniem wyroku przez sąd powszechny. Ta pierwsza faza postępowania stanowi w istocie „przedinstancję” sądową. Jednakże zarówno w „przedinstancji”, jak i w toku wszystkich instancji sądowych rozpatrywane sprawy zachowują swój publicznoprawny charakter (por. Kwieciński i Witkowska, 2016). Postępowanie przed SOKiK, toczące się w wyniku złożenia odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, jest postępowaniem pierwszoinstancyjnym mającym na celu merytoryczne rozpoznanie sporu między organem antymonopolowym a przedsiębiorcą³.

Postępowanie w sprawach antymonopolowych ma zatem charakter hybrydowy (por. Błaszczak i Bernatt, 2014). W pierwszej fazie toczącej się przed Prezesem UOKiK przebieg postępowania regulowany jest zasadniczo przepisami uokik, a w sprawach nieuregulowanych stosuje się przepisy k.p.a., z zastrzeżeniem, że do postępowania dowodowego stosuje się przepisy k.p.c. Natomiast

¹ Postanowienie NSA z dn. 11.02.2009 r., II GSK 749/08, LEX nr 551408.

² Ustawa z dn. 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. 2023 poz. 1689 ze zm.) (dalej: uokik).

³ Por. wyr. SN z dn. 19.08.2009 r., III SK 5/09, LEX nr 794890.

odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK w sprawach antymonopolowych ma charakter sprawy cywilnej w rozumieniu art. 1 k.p.c. i regulowane jest przepisami uokik oraz k.p.c., w szczególności przepisami Działu VIa „Postępowanie w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów oraz w sprawie praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową” (art. 479²⁸–479³⁵ k.p.c.).

Zgodnie z art. 81 uokik od decyzji Prezesa UOKiK przysługuje odwołanie do SOKiK w terminie miesiąca od dnia doręczenia decyzji. W świetle art. 479^{31a} k.p.c. postępowanie przed SOKiK może doprowadzić do:

- a) oddalenia odwołania, jeżeli nie ma podstaw do jego uwzględnienia;
- b) odrzucenia odwołania, wniesionego po upływie terminu do jego wniesienia, niedopuszczalnego z innych przyczyn, a także wtedy, gdy nie uzupełniono w wyznaczonym terminie braków odwołania;
- c) uchylenia albo zmiany decyzji w całości lub w części i orzeczenia, co do istoty sprawy – w przypadku uwzględnienia odwołania.

Hybrydowy model spraw antymonopolowych, w których sądy cywilne weryfikują legalność i merytorykę rozstrzygnięć wydawanych przez Prezesa UOKiK obowiązuje od 1990 r.⁴ i przez ten czas nie podlegał znaczącym modyfikacjom. Wyjątek stanowi sytuacja, gdzie wraz z wejściem w życie uprzednio obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.⁵ zmieniono przepisy k.p.c. dotyczące odwołania od decyzji Prezesa UOKiK w ten sposób, że wśród możliwych rozstrzygnięć sądu wyłączono możliwość uchylenia decyzji, pozostawiając jako jedyną zasadę konieczność w razie uwzględnienia odwołania wydawania przez sąd wyroków reformatoryjnych. Zagadnienie te stało się przedmiotem weryfikacji przez Trybunał Konstytucyjny (dalej: TK) i ostatecznie ustawodawca wycofał się z tej zmiany w związku ze stwierdzeniem jej niekonstytucyjności przez TK (szerzej na ten temat w dalszej części artykułu). Ponadto, od dnia 1 stycznia 2020 r.⁶ strony mogą zawrzeć ugodę w sprawie odwołania do sądu ochrony konkurencji i konsumentów (art. 479^{30a} k.p.c.)⁷.

Obowiązujący już od ponad 30 lat model sądowej kontroli decyzji Prezesa UOKiK zasadniczo uznać można za dojrzały. O ile jednak poszczególne instytucje prawne były już przedmiotem rozważań tak doktryny, jak i sądów, to sporadycznie tylko rozważania te dotyczyły odwołań od decyzji w sprawach koncentracji. Sprawy takie na wokandę sądową trafiają bowiem niezwykle rzadko. W ostatnim czasie zapadły jednak istotne wyroki SOKiK i Sądu Apelacyjnego w Warszawie dotyczące dwóch decyzji koncentracyjnych, tj.: decyzji Prezesa UOKiK nr DKK-1/2021 w sprawie *Agora/Eurozet* oraz decyzji Prezesa UOKiK nr DKK-34/2021 w sprawie *PKN Orlen/Polaska Press*. Sprawy koncentracyjne posiadają określoną specyfikę, która uwidoczniła się w pojawieniu się interpretacji poddających w wątpliwość niektóre dotychczasowe zasady modelu kontroli decyzji Prezesa UOKiK. W ramach niniejszego artykułu autorzy omówią wybrane aspekty sądowej kontroli decyzji Prezesa UOKiK, które stały się przedmiotem rozważań sądów w powyższych sprawach. Artykuł będzie skoncentrowany na takich zagadnieniach, jak: dopuszczalność zmiany przez sąd decyzji Prezesa UOKiK w sprawie koncentracji; określone aspekty proceduralne, takie jak kwestia

⁴ Ustawa z dn. 24.02.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz. U. 1990 Nr 14, poz. 88), wprowadzająca zmiany do k.p.c.

⁵ Ustawa z dn. 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2000 Nr 122, poz. 1319).

⁶ Ustawa z dn. 31.07.2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych (Dz. U. 2019 poz. 1495), art. 2 pkt 4.

⁷ Systemy informacji prawnej nie ujawniają jednak informacji, aby dotychczas została zawarta jakkolwiek ugoda na podstawie art. 479^{30a} k.p.c.

ciężaru i inicjatywy dowodowej czy też dopuszczalność i warunki wstrzymania wykonalności decyzji i wyroków w sprawach koncentracji. W sprawach tych występowało wiele innych interesujących i wartych zgłębienia aspektów, a szczególnie kwestia uwzględniania wolności słowa i pluralizmu w mediach, koncepcja testu istotnego ograniczenia konkurencji czy też reguły ocen stosowane w odniesieniu do teorii szkody opartej na efektach skoordynowanych, jednak pozostają one poza zakresem niniejszego artykułu⁸.

II. Odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK w sprawach koncentracji – najnowsze orzecznictwo

1. Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-1/2021 w sprawie *Agora/Eurozet*

Decyzją nr DKK-1/2021 z 7 stycznia 2021 roku, Prezes UOKiK zakazał dokonania koncentracji polegającej na przejściu przez Agora S.A. z siedzibą w Warszawie kontroli nad Eurozet sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: decyzja *Agora/Eurozet*). W uzasadnieniu decyzji *Agora/Eurozet* wskazane zostało, iż realizacja koncentracji może doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji, gdyż dojdzie do powstania silnej grupy radiowej, której istnienie może doprowadzić do zaburzeń w funkcjonowaniu konkurencji zarówno na poziomie krajowym, jak i na rynkach lokalnych. Zdaniem Prezesa UOKiK na krajowym rynku reklamy radiowej i niektórych lokalnych rynkach reklamy radiowej miała w wyniku koncentracji powstać struktura zbliżona do duopolu, skutkująca zagrożeniem pojawienia się efektów skoordynowanych, jak również postępującej marginalizacji pozostałych uczestników rynku.

Agora S.A. w dniu 8 lutego 2021 r. złożyła odwołanie od przedmiotowej decyzji do SOKiK, zaskarżając decyzję w całości. W wyniku rozpatrzenia odwołania SOKiK, wyrokiem z dnia 12 maja 2022 r. w sprawie o sygn. akt XVII AmA 61/21, zmienił decyzję *Agora/Eurozet* w całości w ten sposób, że wydał bezwarunkową zgodę na dokonanie koncentracji (dalej: wyrok SOKiK). Postępowanie dowodowe przeprowadzone przez SOKiK nie wykazało, aby w sprawie mogło dojść do istotnego ograniczenia konkurencji.

Prezes UOKiK w dniu 26 lipca 2022 r. złożył apelację od wyroku SOKiK do Sądu Apelacyjnego w Warszawie, która została oddalona wyrokiem z dnia 27 lutego 2023 r. wydanym w sprawie o sygnaturze VII Aga 1023/22 (dalej: wyrok Sądu Apelacyjnego). Prezes UOKiK nie zdecydował się na wniesienie skargi kasacyjnej od wyroku Sądu Apelacyjnego.

2. Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-34/2021 w sprawie *PKN Orlen/Polska Press*

Decyzją nr DKK-34/2021 z dnia 5 lutego 2021 roku, Prezes UOKiK wydał zgodę na dokonanie koncentracji polegającej na przejściu przez Polski Koncern Naftowy Orlen S.A. z siedzibą w Płocku kontroli nad Polska Press sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: decyzja *PKN Orlen/Polska Press*), będącą jedną z głównych wydawców prasy regionalnej oraz lokalnej na terenie Polski, a także serwisów i portali internetowych (w szczególności informacyjnych). W trakcie postępowania niektórzy konkurenci i organizacje społeczne zgłosili negatywne opinie o koncentracji (Kolporter Sp. z o.o., Garmond Press S.A., Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: RPO), Towarzystwo

⁸ Zob. jednak głosy do omawianych w niniejszym artykule wyr. SOKiK, które odnosiły się również do tych wybranych innych aspektów: Kozak, 2022; Krzyżewski, 2022.

Dziennikarskie, Helsińska Fundacja Praw Człowieka). Prezes UOKiK uznał jednak, że transakcja nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji. W tej sytuacji, po raz pierwszy w historii, RPO złożył odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK w przedmiocie koncentracji, zarzucając przede wszystkim, że Prezes UOKiK nie zbadał czy efektem nie będzie niedopuszczalne ograniczenie wolności prasy⁹. Jednocześnie RPO skierował do SOKiK wnioski o wstrzymanie wykonania decyzji *PKN Orlen/Polska Press* (w tym zakaz wykonywania przez PKN Orlen praw udziałowych w *Polska Press*). Postanowieniem z dnia 8 kwietnia 2021 r.¹⁰ SOKiK wstrzymał decyzję *PKN Orlen/Polska Press* (dalej: postanowienie SOKiK). Po przeprowadzeniu postępowania przez SOKiK odwołanie RPO zostało oddalone wyrokiem z dnia 7 czerwca 2022 r., wydanym w sprawie o sygnaturze XVII AmA 43/21¹¹. RPO nie składał w sprawie apelacji¹², dlatego też wyrok SOKiK w sprawie *PKN Orlen/Polska Press* stał się prawomocny.

III. Wybrane aspekty proceduralne w sprawach z odwołania od decyzji koncentracyjnych

1. Merytoryczna ocena i możliwość kierunkowej zmiany decyzji

W Apelacji od wyroku SOKiK, zmieniającego decyzję Prezesa UOKiK w sprawie *Agora/Eurozet* poprzez udzielenie bezwarunkowej zgody na koncentrację zamiast zakazu koncentracji, Prezes UOKiK sformułował zarzut, w którym wskazywał na brak kompetencji SOKiK do zmiany decyzji Prezesa UOKiK w zakresie kontroli koncentracji, wbrew wyraźnemu brzmieniu 479^{31a} k.p.c. Prezes UOKiK starał się wykazywać, że wyłączną kompetencję w zakresie kontroli koncentracji przedsiębiorców o wymiarze krajowym posiada Prezes UOKiK, a sąd nie może zastępować wyspecjalizowanego organu (regulatora rynku) w jego kompetencjach, gdyż nie jest on wyposażony w odpowiednie narzędzia pozwalające na analizę prawno-ekonomiczną stanu konkurencji na rynku.

Z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego wiadomym jest, że ostatecznie Sąd Apelacyjny nie podzielił tej argumentacji. Zdaniem autorów niniejszego artykułu zarzut ten jest na tyle doniosły i nowy w dyskursie prawniczym, że wymaga osobnego omówienia. Tym bardziej że wyłączenie realnej możliwości dokonania zmiany decyzji Prezesa UOKiK przez SOKiK stałoby w opozycji do dotychczasowej linii orzeczniczej w zakresie dyrektyw właściwych dla postępowań przed SOKiK.

1.1. Wcześniejsze orzecznictwo Sądu Najwyższego

Dotychczasowe orzecznictwo SN w sposób istotny kładło akcent na konieczność pełnej merytorycznej oceny sprawy i dawało pierwszeństwo wyrokom SOKiK o charakterze reformatorycznym przed kasatoryjnymi.

SN wielokrotnie podkreślał, że Sąd Okręgowy jest obowiązany zbadać merytorycznie sprawę z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK¹³. SN wskazał, że SOKiK nie może ograniczyć rozpoznania

⁹ Dostępne pod adresem: https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Odwołanie_UOKiK_Orlen_PolskaPresse_5.03.2021.pdf (31.05.2023).

¹⁰ Dostępne pod adresem https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Postanowienie_8.04.2021.pdf (31.05.2023).

¹¹ Dostępne pod adresem <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-sad-polska-press-ornen-kupno-odwolanie-wyrok-uzasadnienie> (31.05.2023).

¹² Stanowisko RPO w przedmiocie apelacji dostępne pod adresem: <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-oswiadczenie-konieczne-zmiany-prawne-koncentracja-rynek-mediow> (31.05.2023).

¹³ Por. wyr. SN z dn. 25.10.2017 r., III SK 38/16, LEX nr 2435635; wyr. SN z dn. 13.05.2004 r., III SK 44/04, LEX nr 137437; wyr. SN z dn. 5.04.2011 r., III SK 39/10, LEX nr 901644.

sprawy wynikającej z odwołania od decyzji organu tylko do kontroli prawidłowości przeprowadzenia postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowanie sądowe. „Celem postępowania sądowego nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji”¹⁴. W istocie, w ramach trybu weryfikacji decyzji Prezesa UOKiK dochodzi do dwukrotnego merytorycznego rozpatrzenia sprawy – sprawa w pierwszej kolejności jest obligatoryjnie rozpatrywana przez organ administracji publicznej (postępowanie przedsądowe/preju rydykcyjne), a dopiero na dalszym etapie przez sąd powszechny, który przejmuje kompetencje organu. Jednocześnie odwołanie, podobnie jak pozew, prowadzi do uruchomienia postępowania rozpoznawczego w pierwszej instancji, w ramach którego badana jest nie tyle formalna poprawność decyzji, ile merytoryczna zasadność żądań i twierdzeń zgłoszonych w odwołaniu w oparciu o obowiązujące prawo materialne (Sieradzka, 2007, s. 116–117).

Sąd Najwyższy wskazał również, że z uwagi na merytoryczny charakter postępowania przed SOKiK w przypadku uwzględnienia odwołania, orzeczenia reformatoryjne mają niejako pierwszeństwo przed kasatoryjnymi, a te ostatnie powinny być właściwe tylko dla takich uchybień, które nie mogą zostać sanowane w drodze zmiany decyzji organu na etapie postępowania sądowego¹⁵. Zdaniem SN uchylenie decyzji Prezesa UOKiK jest właściwym rozstrzygnięciem, gdy „Sąd konstatuje brak podstaw do jej wydania, np. na skutek niewystępowania praktyk monopolistycznych, błędnie stwierdzonych przez organ w zaskarżonej decyzji”¹⁶.

Z wypracowanym w orzecznictwie rozumieniem roli sądu przy rozpoznawaniu odwołań od decyzji Prezesa UOKiK zgadza się zdecydowana większość przedstawicieli doktryny (por. Bernatt, 2016; Błaszczak i Bernatt, 2014; Kwieciński i Witkowska, 2016; Stefańska, 2022). Wskazuje się wprost, że SOKiK może zmienić każdą decyzję Prezesa UOKiK (Skoczny, 2011).

1.2. Dopuszczalność ograniczenia uprawnień SOKiK do pełnej weryfikacji decyzji w kontekście konstytucyjnego prawa do sądu

Wraz z wejściem w życie uprzednio obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. zmieniono przepisy k.p.c. dotyczące odwołania od decyzji Prezesa UOKiK w ten sposób, że wśród możliwych rozstrzygnięć sądu wyłączono możliwość uchylenia decyzji, pozostawiając jako jedyną zasadę konieczność (w razie uwzględnienia odwołania) wydawania przez sąd wyroków reformatoryjnych, w odróżnieniu od innych postępowań regulacyjnych (odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji, Prezes Urzędu Transportu Kolejowego), gdzie sąd dysponował również możliwością uchylenia decyzji. W myśl zmienionych ówczesnie przepisów k.p.c., w razie uwzględnienia odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, Sąd Antymonopolowy zmienia zaskarżoną decyzję w całości lub części i orzeka co do istoty sprawy. Co istotne, w uzasadnieniu projektu tej ustawy wskazano, że rozwiązanie to było konsekwencją uznania postępowania przed Sądem Antymonopolowym za

¹⁴ Por. wyr. SN z dn. 18.09.2003 r., I CK 81/02, LEX nr 359427.

¹⁵ Por. wyr. SN z dn. 19.08.2009 r., III SK 5/09, LEX nr 794890.

¹⁶ Por. postanowienie SN z dn. 11.08.1999 r., I CKN 351/99, LEX nr 38556.

postępowanie przed sądem I instancji i miało na celu usprawnienie biegu postępowań w sprawach antymonopolowych¹⁷.

Możliwość uchylecia decyzji Prezesa UOKiK została ponownie wprowadzona do k.p.c. (obok uprawnienia do zmiany decyzji w całości lub w części) w drodze późniejszej nowelizacji kodeksu w 2005 r.¹⁸, co oznacza, że system weryfikacji decyzji Prezesa UOKiK, przez blisko 5 lat w ogóle nie przewidywał możliwości uchylecia decyzji, a umożliwiał wyłącznie jej zmianę. Istotne jest więc podkreślenie, że system kontroli sądowej zawsze funkcjonował w oparciu o zasadę, którą jest w pierwszej kolejności merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy będące nie tylko uprawnieniem, lecz przede wszystkim – obowiązkiem sądu.

Różne aspekty hybrydowego modelu postępowania w sprawach antymonopolowych były dwukrotnie przedmiotem szczegółowej weryfikacji przez Trybunał Konstytucyjny¹⁹. W przedmiotowych sprawach Trybunał Konstytucyjny, rozważając m.in. wspomniany powyżej brak w przepisach k.p.c. możliwości uchylecia decyzji Prezesa UOKiK przez sąd, wprowadzony ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów w 2000 r., szczegółowo wyjaśnia istotę i cel hybrydowego modelu weryfikacji decyzji Prezesa UOKiK.

Przed wszystkim Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że **odwołanie do sądu stanowi jedyną formę zaskarżenia rozstrzygnięcia podejmowanego przez Prezesa UOKiK**: „Ustawa z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów²⁰ nie przewiduje bowiem w tym zakresie zastosowania przepisów kodeksu postępowania administracyjnego dotyczących wznowienia postępowania, uchylecia, zmiany lub stwierdzenia nieważności decyzji (art. 79 ust. 1 tej ustawy). Wprawdzie Prezes UOKiK może uchylić lub zmienić swoją decyzję w całości lub w części, jeśli uzna odwołanie wniesione do sądu za słuszne (art. 78 ust. 4 tej ustawy), niemniej nie można uznać, aby powyższa kompetencja stanowiła wystarczającą formę zapewnienia stronie środka odwoławczego od rozstrzygnięć podejmowanych przez ten organ administracji”²¹. W takich okolicznościach w ocenie TK konieczne jest zapewnienie zgodnego ze standardami konstytucyjnymi sądowego trybu weryfikacji prawidłowości decyzji podejmowanych przez Prezesa UOKiK²².

Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że procedura sądowej kontroli decyzji Prezesa UOKiK powinna stanowić właściwe urzeczywistnienie konstytucyjnego prawa do sądu. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie TK poglądem, prawo do sądu jest jednym z fundamentów demokratycznego państwa prawa, natomiast ustawodawca kształtujący warunki korzystania z niego nie ma pełnej swobody regulacyjnej. Z licznych rozstrzygnięć TK można wyprowadzić jednolitą linię orzecznictwą wskazującą, że prawo do sądu nie może być rozumiane jedynie formalnie, jako dostępność drogi sądowej w ogóle, ale także materialnie, jako możliwość prawnie skutecznej ochrony praw na drodze sądowej²³. W ocenie TK „Ochronę taką gwarantuje jednakże tylko takie ukształtowanie warunków realizacji tego prawa, które nie prowadzi do – pozbawionego należytego uzasadnienia

¹⁷ Uzasadnienie projektu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Druk sejmowy nr 1996 (sejm III kadencji) z dnia 6 czerwca 2000 r. Pozyskano z: [https://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/1996/\\$file/1996.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/1996/$file/1996.pdf), s. 63.

¹⁸ Ustawa z dn. 2.07.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2004 Nr 172, poz. 1804).

¹⁹ Wyr. TK z dn. 12.06.2002 r., sygn. akt. P 13/01, OTK-A 2002/4/42; wyr. TK z dn. 31.01.2005 r., sygn. akt. SK 27/03, OTK-A 2005/1/8.

²⁰ Podobnie jak obecnie obowiązująca ustawa z dn. 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. 2023 poz. 1689 ze zm.).

²¹ Wyr. TK z dn. 31.01.2005 r., sygn. akt. SK 27/03, LEX nr 143528.

²² Wyr. TK z dn. 12.06.2002 r., sygn. akt. P 13/01, LEX nr 54902; wyr. TK z dn. 31.01.2005 r., sygn. akt. SK 27/03, LEX nr 143528.

²³ Zob. wyr. TK z dn. 12.03.2002 r., sygn. P 9/01, OTK ZU nr 2/A/2002, poz. 14; orzeczenie TK z dn. 8.04.1997 r., sygn. K 14/96, OTK ZU nr 2/1997, poz. 16; uchwała TK z dn. 25.01.1995 r., sygn. W 14/94, OTK 1995/1/19.

– ograniczenia możliwości merytorycznego zbadania przez sąd zarzutów formułowanych przez skarżącego. Ograniczenie takie stoi w opozycji do – wynikającej z unormowań konstytucyjnych – dyrektywy możliwie szerokiego ujęcia spraw objętych prawem do sądu²⁴. Z prawa do sądu wyrażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji wynika więc materialna i rzeczywista możliwość uzyskania ochrony w danej sprawie, a nie tylko formalna dostępność drogi sądowej.

Trybunał wskazał także, że jednym z elementów konstytucyjnego prawa do sądu jest prawo do właściwej procedury przed sądem, która gwarantować ma rzetelne i merytoryczne rozpatrzenie sprawy, warunkujące następnie wydanie sprawiedliwego orzeczenia. Analizowane przez Trybunał ustawowe zawężenie przesłanek i granic rozpatrzenia sprawy przez sąd (brak uprawnienia do uchylenia decyzji) zostało ocenione jako negatywnie wpływające na realizację prawa do sądu: „Przyznając stronie prawo odwołania do sądu od wydanej przez Prezesa UOKiK decyzji, ustawodawca nie był legitymowany do jego zawężenia w stopniu, który niweczy gwarancje rzetelnej i w pełni merytorycznej sądowej oceny takiej decyzji”²⁵.

W świetle powyższych tez z orzecnictwa TK, tym bardziej więc, sformułowany przez Prezesa UOKiK w sprawie *Agora/Eurozet*, zarzut dotyczący braku kognicji SOKiK do wydawania wyroków reformatoryjnych w sprawach kontroli koncentracji powinien być uznany za działanie nie tylko sprzeczne z przepisami rangi ustawowej (k.p.c.), lecz także nie do pogodzenia z konstytucyjnie zagwarantowanym prawem do sądu.

1.3. Kompetencje i narzędzia sądów powszechnych do oceny spraw koncentracyjnych

W sprawie *Agora/Eurozet* uzasadnieniem dla zarzutu Prezesa UOKiK, że dopuszczenie wyroków reformatoryjnych w sprawach koncentracji stanowiłoby niezgodną z prawem, nadmierną ingerencję w kompetencje Prezesa UOKiK jako regulatora rynku, był argument, że sąd nie dysponuje narzędziami niezbędnymi do prawno-ekonomicznej analizy rynku.

Warto już na wstępie zauważyć, że wydziały gospodarcze sądów okręgowych i apelacyjnych rozpoznają sprawy o wysoce specjalistycznym charakterze, wymagające niejednokrotnie weryfikacji koncepcji i analiz ekonomicznych (np. spory dotyczące zwalczania nieuczciwej konkurencji, roszczenia odszkodowawcze z tytułu naruszenia prawa konkurencji, w tym ze względu na zwały kartelowe, spory ze stosunku spółki dotyczące wyceny przedsiębiorstw/udziałów, weryfikacja wycen i kosztorysów w projektach budowlanych, spory dotyczące oprogramowania komputerowego), stąd w ocenie autorów niniejszego artykułu nie wydaje się, aby decyzje w sprawie koncentracji miały szczególnie trudniejszy przedmiot rozstrzygnięcia. Ilekroć zachodziłaby potrzeba sięgnięcia do wiedzy specjalistycznej, np. w celu przeprowadzenia skomplikowanych analiz ekonomicznych, możliwe byłoby skorzystanie z szerokiego wachlarza środków dowodowych, w tym biegłych ekonomistów, a strony, w tym Prezes UOKiK, mają przy tym szeroką inicjatywę.

Co więcej, w orzecnictwie TK wskazane zostało, że postępowania przed Prezesem UOKiK nie dotyczą tematyki, która wyłączałaby kompetencję sądu do ich pełnej merytorycznej weryfikacji: „różnica między tzw. postępowaniami regulacyjnymi w sprawach z zakresu regulacji energetyki, telekomunikacji i transportu kolejowego a postępowaniem w sprawach o ochronę konkurencji dotycząca możliwości uchylenia decyzji i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przez

²⁴ Wyr. TK z dn. 31.01.2005 r., sygn. akt. SK 27/03, LEX nr 143528.

²⁵ Ibidem.

organ ją wydający w postępowaniach regulacyjnych nie jest przypadkowa i dotyczy istoty oraz przedmiotu tych postępowań. W postępowaniach regulacyjnych bowiem konieczne jest wydanie przez odpowiedni organ rozstrzygnięcia co do obowiązujących taryf. Działania te wymagają specjalistycznej, fachowej wiedzy i tym samym konieczne jest każdorazowe ustalanie okoliczności dotyczących przesłanek wprowadzenia takich taryf i ustalania ich wysokości. Odmiennie jest w przypadku postępowania w sprawach o ochronę konkurencji, gdzie **spór dotyczy pozycji rynkowej przedsiębiorcy** [podkreśl. wł.] względnie praktyk rynkowych przez niego stosowanych. **Te ostatnie kwestie mogą być w całości przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego i nie wymagają przeprowadzenia odrębnie całościowych ustaleń takich, jak we wspomnianych postępowaniach regulacyjnych. Wydanie orzeczenia w takim wypadku nie wymaga wkroczenia w zakres kompetencji decyzyjnej organu** [podkreśl. wł.]”²⁶. TK wyraźnie więc wskazał, że sprawy o ochronę konkurencji, w tym ocena sporu dotycząca pozycji rynkowej przedsiębiorcy mogą podlegać pełnej merytorycznej weryfikacji sądu.

Ocena sprawy koncentracyjnej polega właśnie na ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorców, jak również prospektywnej oceny warunków konkurencji na rynku w oparciu o test istotnego ograniczenia konkurencji (test SIEC od ang. *Significant Impediment of Effective Competition*), którego kryteria mają charakter zobiektywizowany i zostały szczegółowo wyjaśnione we wcześniejszym orzecznictwie polskich i unijnych sądów i organów antymonopolowych (por. Aziewicz i Skoczny, 2014). Decyzja wyrażająca zgodę na koncentrację bądź jej zakaz ma charakter decyzji zwiążanej (Stawicki, 2016), co odróżnia ją od rozstrzygnięć w sprawach regulacyjnych (np. dotyczących taryf), gdzie istotny jest element uznaniowości organu i realizowanie spójnej polityki państwa. W przypadku decyzji koncentracyjnych jedynie tzw. zgody szczególne, wydawane na podstawie art. 20 ust. 2 uokik, zawierają element uznaniowości, ponieważ Prezes UOKiK w ramach uznania administracyjnego, działając na korzyść przedsiębiorców, może odstąpić od zakazu koncentracji, gdy ta pomimo ryzyka istotnego ograniczenia konkurencji przyczyni się do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego bądź może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową. Kwestia ta została dostrzeżona również przez Sąd Apelacyjny w sprawie *Agora/Eurozet*, który wskazał, że wszyscy przedstawiciele doktryny zgodnie wskazują, że prawem i obowiązkiem SOKiK jest pełna merytoryczna ocena decyzji Prezesa UOKiK (w tym decyzji koncentracyjnych), a jedyne wątpliwości, jakie pojawiają się u niektórych komentatorów dotyczą możliwości zmiany przez sąd tzw. szczególnych zgód na koncentrację wydanych na podstawie art. 20 ust. 2 uokik (por. Aziewicz i Skoczny, 2014).

W sprawie *Agora/Eurozet* Sąd Apelacyjny stwierdził jednoznacznie, że „Kwestie poruszane w niniejszym postępowaniu mogły być w całości przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego i nie wymagają przeprowadzenia odrębnie całościowych ustaleń takich, jak w postępowaniach regulacyjnych”, a tym samym, że SOKiK władny był wydać orzeczenie merytoryczne, treściowo odpowiadające decyzji administracyjnej. W sprawie z odwołania od decyzji *Agora/Eurozet* sądy obu instancji stwierdziły, że SOKiK, dokonując merytorycznej kontroli koncentracji, zobowiązany jest do przeprowadzenia testu SIEC, gdyż jest to materialna przesłanka zarówno wydania zgody na koncentrację (art. 18 uokik), jak i zakazu jej dokonania (art. 20 ust. 1 uokik). Słusznie wskazuje się w doktrynie, że test SIEC pozwala dokonać „pogłębionej analizy ekonomicznej efektów

²⁶ Wyr. TK z dn. 12.06.2002 r., sygn. akt. P 13/01, LEX nr 54902.

koncentracji także na rynkach oligopolistycznych, na których często nie dochodzi do stworzenia lub wzmocnienia indywidualnej pozycji dominującej (podstawowego efektu jednostronnego), natomiast mogą występować inne – niż jednostronne (nieskoordynowane) – negatywne skutki dla konkurencji” (Skoczny, 2012). W ocenie Sądu Apelacyjnego test ten powinien być przeprowadzony w oparciu o zebrany materiał dowodowy z uwzględnieniem uwarunkowań rynkowych. Sądy obu instancji stwierdziły, że w sprawie nie były potrzebne wiadomości specjalne, a SOKiK dysponował odpowiednim materiałem dowodowym i narzędziami do przeprowadzenia testu SIEC. Ponadto nawet gdyby rozstrzygnięcie Prezesa UOKiK w przedmiocie koncentracji zostałyby oparte na bardziej skomplikowanych teoriach ekonomicznych, nie pozbawia to sądu możliwości ich merytorycznej weryfikacji, np. na podstawie dowodów z opinii biegłego. W wyniku szczegółowego przeprowadzenia testu SIEC SOKiK uznał, że w sprawie *Agora/Eurozet* uzasadniona jest zmiana decyzji Prezesa UOKiK w zakresie zezwalającym na koncentrację.

1.4. Ryzyko związane z ograniczeniem kompetencji orzeczniczych SOKiK

Kwestionowanie kompetencji SOKiK do zmiany decyzji Prezesa UOKiK w przedmiocie koncentracji mogłoby doprowadzić do oddania w ręce jednego organu administracji wyłącznej kompetencji do oceny procesów koncentracyjnych przedsiębiorców, *de facto* pozbawiając przedsiębiorców skutecznych środków ochrony prawnej i drogi sądowej.

W ocenie autorów niniejszego artykułu, gdyby sądy, w przypadku uwzględnienia odwołania przedsiębiorcy od decyzji zakazującej koncentracji, były uprawnione jedynie do uchylenia decyzji, to system ochrony prawnej byłby niepełny. Uwzględnienie odwołania i prawomocna zmiana decyzji przez sąd oznacza bowiem, że koncentracja jest zasadniczo legalna. Natomiast uchylenie decyzji skazuje transakcję na stan zawieszenia, gdyż konieczne byłoby ponowne przeprowadzenie postępowania przed Prezesem UOKiK, co w skrajnym przypadku, w zależności od uwarunkowań danej transakcji, mogłoby doprowadzić do jej zaniechania, strony mogą nie być bowiem zainteresowane ponownym poddaniem sprawy pod wielomiesięczne postępowanie administracyjne. Wydłużanie okresu weryfikacji transakcji może być nie do pogodzenia z dynamicznymi realiami rynku – wyceny przedsiębiorstw zmieniają się w czasie, a w takich okolicznościach ważność przyjętych warunków realizacji transakcji liczona jest w miesiącach, a nie w latach. Systemowo ustawodawca narzuca obowiązek Prezesa UOKiK przeprowadzenia kontroli koncentracji w krótkich terminach – zasadniczo 1 miesiąc, a maksymalnie 5 miesięcy²⁷. Zgodnie więc z założeniem ustawodawcy – nawet skomplikowane transakcje powinny być weryfikowane przez Prezesa UOKiK w terminie ok. pół roku. W razie sporu sądowego, co do decyzji koncentracyjnej, postępowanie wydłuża się o kolejne co najmniej kilkanaście miesięcy. Gdyby zatem kompetencje sądu, w przypadku uwzględnienia odwołania, ograniczone zostałyby do uchylenia decyzji, sprawa trafiałaby do Prezesa UOKiK bez żadnej gwarancji, że ten w pełni uwzględniłby uzasadnienie sądu uchylającego decyzję.

Co więcej, uchylenie decyzji Prezesa UOKiK zostało w orzecznictwie zarezerwowane dla przypadków istotnych wad formalnych decyzji, które nie mogą być konwalidowane w postępowaniu sądowym. Zastosowanie takiego rozstrzygnięcia w przypadku odmiennej merytorycznej oceny koncentracji oznaczałoby pozostawienie przedsiębiorcy w stanie braku pewności prawnej,

²⁷ Vide art. 96 ust. 1 uokik oraz art. 96a ust. 1 uokik.

a w praktyce byłby pozbawiony skutecznej ochrony sądowej, gdyż pojawiłby się szereg wątpliwości dotyczących znaczenia takiego rozstrzygnięcia – (i) czy jeśli decyzja została uchylona – wyeliminowana z obrotu prawnego, to znaczy, że poprzednie postępowanie już nie powinno się toczyć, i konieczne jest nowe?; (ii) czy skutkuje to uznaniem za bezprzedmiotowy dotychczasowego wniosku przedsiębiorcy dotyczącego wszczęcia postępowania koncentracyjnego?; (iii) czy sprawa wraca do punktu wyjścia, a postępowanie może być wszczęte od nowa na podstawie nowego wniosku (zgłoszenia koncentracji)?; (iv) czy, i jeśli tak, to w jakim zakresie organ jest związany wskazaniem sądu zawartymi w uzasadnieniu wyroku uchylającego decyzję?

Charakterystyka postępowań w przedmiocie koncentracji pokazuje, że w przypadku uwzględnienia odwołania uchylenie decyzji nie jest efektywnym środkiem ochrony przedsiębiorcy. Ponadto system taki mógłby zniechęcać przedsiębiorców do kwestionowania decyzji organu antymonopolowego, a pozbawiony możliwości uzyskania od sądu zgody na koncentrację przedsiębiorca stawałby się wręcz zmuszony do zaakceptowania nawet najbardziej wymagających zobowiązań w przypadku decyzji warunkowych. Taka sytuacja byłaby trudna do pogodzenia z konstytucyjną zasadą racjonalnego i proporcjonalnego ingerowania organów administracji w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej.

2. Ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym

2.1. Rozkład ciężaru dowodu

W wyroku SOKiK w sprawie *Agora/Eurozet*, SOKiK podkreślił, że rolą sądu jest ustalenie – w oparciu o argumenty i dowody powołane przez strony – czy doszło do naruszenia przepisów uokik, w jakim zakresie, i czy środki zastosowane przez organ są zgodne z przepisami i zasadą proporcjonalności. W tym celu sąd gromadzi i ocenia dowody, uwzględniając materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, z uwzględnieniem materiału dowodowego zaproponowanego przez strony na etapie sądowym – wg zasad obowiązujących w k.p.c. (pkt. 104 i 108 wyroku SOKiK). Jest to podejście zgodne z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, że postępowanie przed SOKiK jest postępowaniem pierwszoinstancyjnym o charakterze kontradyktoryjnym, w którym sąd osądza sprawę od początku (por. Stefańska 2022a, Nb 226 oraz wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09). Skoro natomiast postępowanie odwoławcze toczy się na drodze cywilnej, to zastosowanie znajdują również ogólne zasady k.p.c. w zakresie rozkładu ciężaru dowodu. I tak, zgodnie z regułą wyrażoną w art. 6 k.c., ciężar udowodnienia faktu w takim postępowaniu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Podobnie, zgodnie z art. 232 k.p.c. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Na konieczność zastosowania tych generalnych zasad zwrócił również uwagę SOKiK w wyroku SOKiK w sprawie *Agora/Eurozet* (pkt 101 wyroku SOKiK).

Praktyczny rozkład ciężaru dowodu w sprawach z zakresu ochrony konkurencji był już wcześniej przedmiotem zarówno orzecznictwa, jak i doktryny. W wyroku SN z 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, wydanym w sprawie o nadużywanie pozycji dominującej, SN wskazał, że powód (wnoszący odwołanie) powołuje dowody wskazujące na to, że nie naruszył przepisów ustawy lub, że Prezes UOKiK błędnie zastosował przepisy ustawy. Natomiast pozwany (Prezes UOKiK) przedstawia dowody wskazujące na naruszenie przepisów ustawy oraz prawidłowość kwalifikacji

zachowania przedsiębiorcy. W literaturze wyraża się jednocześnie przekonanie, z którym zgadzają się również autorzy niniejszego artykułu, że z zasady kontrydiktoryjności nie można wywodzić tezy, że strony w równym stopniu dysponują swobodą inicjowania postępowania dowodowego, ponieważ prowadziłoby to w istocie do nieuprawnionego przerzucenia ciężaru dowodzenia na przedsiębiorcę (powoda) (Kwieciński i Witkowska, 2016). Odnosząc ten pogląd do spraw z zakresu kontroli koncentracji, należy zwrócić uwagę, że na etapie postępowania administracyjnego to na Prezesie UOKiK ciąży obowiązek wykazania, że dana koncentracja może doprowadzić (z dużym prawdopodobieństwem) do istotnego ograniczenia konkurencji. Jednocześnie brakuje jakiegokolwiek domniemania prawdziwości decyzji administracyjnej Prezesa UOKiK. Przeniesienie sporu, wskutek odwołania, na grunt postępowania cywilnego nie zmienia więc faktu, że ciężar dowodu w zakresie wykazania przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji nadal spoczywa na Prezesie UOKiK.

W sprawie *Agora/Eurozet*, SOKiK wskazał, że podstawowym zadaniem odwołującego jest udowodnienie (wykazanie), że zaskarżona decyzja błędnie rozstrzyga sprawę (pkt 109 wyroku SOKiK). Przedsiębiorca, który pragnie uwolnić się od odpowiedzialności na gruncie uokik bądź wzruszyć ustalenia stanowiące podstawę zaskarżonej decyzji, obowiązany jest, na etapie postępowania przed SOKiK, do dostarczenia dowodów mających uzasadnić brak przesłanek do wydania decyzji zakazującej koncentrację (pkt 115 wyroku SOKiK). Jednocześnie SOKiK zauważa, że obowiązek dostarczenia takich dowodów obciąża odwołującego się przedsiębiorcę w sytuacji, kiedy materiał dowodowy, zebrany zarówno w toku postępowania administracyjnego, jak i na etapie postępowania cywilnego przed SOKiK, pozwala na uwzględnienie stanowiska Prezesa UOKiK. SOKiK w uzasadnieniu odwołał się w tym fragmencie do powoływanego już wyżej komentarza do art. 81 uokik, gdzie wskazano, że „w braku dowodów negatywnych SOKiK nie może uznać, że naruszenie przez przedsiębiorcę przepisów ustawy rzeczywiście wystąpiło. Taka konstatacja jest możliwa tylko o tyle, o ile Prezes Urzędu przedstawił w postępowaniu sądowym dowody pozytywne, a powód (przedsiębiorca) nie potrafił skutecznie dowodów tych podważyć” (Kwieciński i Witkowska, 2016). W ocenie autorów oznacza to, że jeżeli Prezes UOKiK nie udowodnił należycie istotnego ograniczenia konkurencji, to przedsiębiorca, w celu uzyskania pozytywnego wyroku (tj. zgody na koncentrację) nie ma nawet obowiązku przedłożenia dowodów negatywnych, to znaczy dowodów na brak SIEC. Tym bardziej że nie ma on obowiązku wykazania, że koncentracja będzie dla konkurencji neutralna, co więcej, że będzie mieć ona skutki pozytywne (z zastrzeżeniem wymogów zawartych we wzorze zgłoszenia)²⁸.

Zadaniem Prezesa UOKiK jest z kolei obrona wydanej przez siebie decyzji administracyjnej, w ramach której organ może korzystać ze wszelkich instrumentów przysługujących stronie postępowania, a przede wszystkim z inicjatywy dowodowej (pkt 109 wyroku SOKiK). Ustalenie przez SOKiK, że Prezes UOKiK nie wykazał z odpowiednim prawdopodobieństwem ryzyka wystąpienia istotnego ograniczenia konkurencji jest wystarczające do uznania, że przesłanki do orzeczenia zakazu koncentracji nie są spełnione. W takiej sytuacji sąd jest natomiast zobowiązany do kierunkowej zmiany decyzji zakazowej i wydania zgody na koncentrację.

²⁸ Z zastrzeżeniem oczywiście sytuacji, w których wymagane jest przedstawienie informacji o pozytywnych skutkach koncentracji równoważących jej negatywne skutki dla konkurencji (zob. np. pkt 2.5.3 WID).

Na marginesie tylko w kontekście ciężaru dowodu oraz merytorycznego rozstrzygnięcia odwołania od decyzji w sprawie koncentracji warto również zwrócić uwagę, że SOKiK poczynił również istotne uwagi w zakresie standardu dowodu, tj. niezbędnego poziomu dowodowego, jaki Prezes UOKiK (a w razie odwołania od decyzji – również sąd) musi osiągnąć przed rozstrzygnięciem sprawy. Zagadnienie to, jako powiązane przede wszystkim z materialnoprawną oceną koncentracji, pozostaje poza głównym przedmiotem niniejszego artykułu²⁹. Warto jednak zasignalizować, że SOKiK uznał, iż organ musi wykazać wysokie prawdopodobieństwo zaistnienia wybranego przez siebie scenariusza, jeżeli staje się on podstawą wydania decyzji zakazującej koncentracji, w sytuacji gdy organ doszedł do przekonania, że scenariusz ten wskazuje na wystąpienie istotnego ograniczenia konkurencji (pkt 148 wyroku SOKiK). SOKiK wskazuje także, że analiza powinna prowadzić do wyboru najbardziej prawdopodobnego scenariusza koncentracji. Ze stanowiskiem SOKiK zgodził się również Sąd Apelacyjny. W świetle powyższego niewłaściwe byłoby zatem wydanie decyzji zakazowej w oparciu o teorię szkody zakładającą scenariusz o niższym prawdopodobieństwie wystąpienia niż ten najbardziej prawdopodobny. Nie byłoby też właściwe opieranie się na scenariuszach, które są mało prawdopodobne, nawet jeśli nie można jednoznacznie wykluczyć ryzyka ich wystąpienia.

2.2. Inicjatywa dowodowa

Inicjatywa dowodowa przysługuje naturalnie obu stronom postępowania. Sąd Najwyższy zauważył, że „aspekt merytoryczny, związany z udowadnianiem swoich racji, przeniesiony został na strony. Ciężar wykazania faktów istotnych dla rozstrzygnięcia spoczywa na stronach”³⁰. W ślad za tym stwierdzeniem w innym wyroku SN wskazał, że wydanie decyzji przez organ w postępowaniu administracyjnym nie zwalnia go od udowodnienia przed sądem jej podstawy faktycznej, wnoszący odwołanie ma zaś wykazać te fakty, które uzasadniają jego twierdzenia³¹. W istocie zatem, na etapie postępowania odwoławczego organ nie powinien zachowywać się w sposób bierny.

Autorzy niniejszego artykułu zgadzają się także z prezentowaną w doktrynie krytyczną oceną zidentyfikowanej praktyki, w której Prezes UOKiK nie powołuje się na konkretne dowody, ale na swoją decyzję i wcześniejsze ustalenia, ograniczając w istocie swoją rolę do krytycznej oceny argumentów podnoszonych przez stronę (por. Kwieciński i Witkowska, 2016). W istocie każda ze stron musi bowiem udowodnić fakty, z których wywodzi skutki prawne. Oczywiście możliwe jest uwzględnienie przez SOKiK materiału dowodowego zebranego w toku postępowania administracyjnego. Skoro jednak postępowanie przed SOKiK ma charakter pierwszoinstancyjny, to konieczne jest prawidłowe wprowadzenie tego materiału do postępowania odwoławczego. Słusznie podnosi się w doktrynie, że wadliwą jest praktyka, w której Prezes UOKiK przekazuje do SOKiK odwołanie wraz z aktami sprawy administracyjnej, lecz w odpowiedzi na odwołanie nie zgłasza wniosku o przeprowadzenie dowodów z konkretnych dokumentów znajdujących się w tych aktach. W ten sposób pozwany liczy bowiem na to, że sąd z urzędu dopuści te dowody z akt sprawy administracyjnej, które uzna za przydatne do rozstrzygnięcia sprawy (por. Stefańska, 2022a, Nb 228). Tymczasem jednak, o ile formalnie możliwe jest dopuszczenie przez sąd dowodu niewskazanego przez stronę

²⁹ W tym zakresie zob. jednak szerzej: Kozak, 2022, a także powoływane tamże Bernatt, Jurkowska-Gomułka, 2021.

³⁰ Wyr. SN z dn. 5.11.2015 r., III SK 7/15, LEX nr 2008748.

³¹ Wyr. SN z dn. 4.10.2017 r., III SK 49/16, OSNP 2018/9/130.

(art. 232 zd. 2 k.p.c.), o tyle powinno się to odbywać jedynie w wyjątkowych przypadkach. Za niedopuszczalne należałoby uznać przerzucanie w tym zakresie ciężaru dowodu na SOKiK. Jak słusznie zauważył SN, „poszukiwanie przez sąd z urzędu za stronę okoliczności przemawiających za jej stanowiskiem stanowi w istocie wyręczenie jej w obowiązkach procesowych, przez co sąd naraża się na uzasadniony zarzut nierównego traktowania uczestników postępowania”³².

3. Wstrzymanie wykonania decyzji w sprawie koncentracji a wstrzymanie wykonania wyroku Sądu Apelacyjnego

Z wydawanymi w sprawach koncentracji decyzjami lub wyrokami, w kontekście przysługujących od nich środków zaskarżenia, wiążą się praktycznie bardzo doniosłe instytucje, jakimi są możliwość wstrzymania wykonania decyzji Prezesa UOKiK bądź też prawomocnego wyroku Sądu Apelacyjnego (wydanego na skutek odwołania od decyzji Prezesa UOKiK).

3.1. Wstrzymanie wykonania decyzji Prezesa UOKiK do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez sąd

Dopuszczalność wstrzymania decyzji Prezesa UOKiK w przypadku wniesienia od nich odwołania jest wprost przewidziana w art. 479³⁰ k.p.c., zgodnie z którym w przypadku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, SOKiK może na wniosek strony, która wniosła odwołanie, wstrzymać wykonanie decyzji do czasu rozstrzygnięcia sprawy. Przepis ten dotyczy również decyzji wyrażających zgodę na koncentrację, które co do zasady, zgodnie z art. 130 § 4 k.p.a. mogą podlegać wykonaniu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, jeśli są zgodne z żądaniem wszystkich stron. Oznacza to, że transakcja może być formalnie zamknięta (i w praktyce rzeczywiście często tak bywa) jeszcze przed upływem terminu do wniesienia odwołania, które teoretycznie może wzruszyć skonsumowaną już zgodę Prezesa UOKiK.

Rzecznik Praw Obywatelskich, odwołując się od decyzji nr DKK-34/2021 w sprawie *PKN Orlen/Polska Press*, wniósł o wstrzymanie przedmiotowej decyzji, w tym ustanowienie zakazu wykonywania przez PKN Orlen i podmioty od niego zależne jakichkolwiek praw udziałowych z udziałów przysługujących PKN Orlen w Polska Press, w szczególności prawa głosu z udziałów³³. Postanowieniem sąd wstrzymał tę decyzję. Art. 479³⁰ k.p.c. nie określa sytuacji, w jakich może nastąpić wstrzymanie wykonania decyzji ani kryteriów, jakimi należy kierować się przy rozpoznawaniu wniosku. SOKiK wskazał, że posiada on dyskrecyjne uprawnienie do rozstrzygnięcia tej kwestii, kierując się jednak ogólnymi zasadami wymiaru sprawiedliwości obowiązującymi w demokratycznym państwie prawa. Sąd zwrócił uwagę, że posiłkowo możliwe jest odwołanie się do kryteriów podobnej instytucji przewidzianej w art. 479⁶³ k.p.c., która przewiduje dodatkową przesłankę w postaci niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków.

W stanowisku wyrażonym w odpowiedzi z dnia 7 kwietnia 2021 r.³⁴ Prezes UOKiK podniósł, że decyzje wyrażające zgodę na koncentrację nie podlegają wstrzymaniu w trybie art. 479³⁰ k.p.c., ponieważ nie są one decyzjami wykonalnymi w rozumieniu tego przepisu. W ocenie Prezesa

³² Wyr. SN z dn. 5.11.2015 r., III SK 7/15, LEX nr 2008748.

³³ Dostępne pod adresem https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Do_sadu_ws_wstrzymania_wykonania_decyzji_8.03.2021.pdf (31.05.2023).

³⁴ Dostępna pod adresem https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Stnowisko_UOKiK_7.04.2021.pdf (31.05.2023) (dalej: stanowisko UOKiK).

UOKiK, instytucja przewidziana w art. 479³⁰ k.p.c. dotyczy decyzji, którym Prezes UOKiK nadał klauzulę natychmiastowej wykonalności. Prezes UOKiK wskazywał również, że do decyzji o zgodzie na dokonanie koncentracji, art. 130 § 4 k.p.a. nie ma on zastosowania, ponieważ w sprawach z zakresu koncentracji stosowanie tego przepisu jest wyłączone. Zdaniem Prezesa UOKiK obowiązek powstrzymania się od dokonania koncentracji ustaje z chwilą wydania decyzji przez Prezesa UOKiK, co wynikać ma wprost z art. 97 uokik, który w żaden sposób nie odwołuje się do konstrukcji wykonalności decyzji. Prezes UOKiK wskazał, że art. 97 uokik całościowo reguluje skutki wydawania decyzji o zgodzie na koncentrację, co wyklucza możliwość zastosowania art. 130 § 4 k.p.a.

Z powyższym stanowiskiem Prezesa UOKiK nie zgodził się jednak SOKiK, który w uzasadnieniu postanowienia SOKiK wskazał w szczególności, że możliwość zawnioskowania o wstrzymanie decyzji nie jest zależna od nadania tej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Art. 479³⁰ k.p.c. może mieć zatem zastosowanie do decyzji o zgodzie na koncentrację, skoro mogą one zostać wykonane przed upływem terminu do wniesienia odwołania³⁵. SOKiK zauważył, że nieuwzględnienie wniosku RPO mogłoby doprowadzić do wykonania decyzji nieostatecznej, zaskarżonej bowiem do SOKiK, a z żadnego przepisu czy decyzji organu nie wynika by wolą ustawodawcy lub organu antymonopolowego było wykonywanie decyzji nieostatecznej. SOKiK zwrócił również uwagę na konieczność wykładni systemowej art. 97 uokik, który wprowadzie literalnie zakreśla obowiązek wstrzymania się od dokonania koncentracji do chwili wydania decyzji przez Prezesa UOKiK (bądź upływu terminu, w jakim decyzja powinna zostać wydana), jednak w ocenie SOKiK fakt zaskarżenia decyzji do SOKiK powinien skutkować powstrzymaniem się od dokonania koncentracji, o ile zostanie złożony wniosek o wstrzymanie wykonania decyzji (a zatem – jak się wydaje – o ile sąd wyda postanowienie o wstrzymaniu). Dokonanie koncentracji na etapie odwołania mogłoby bowiem udaremnić ewentualne wykonanie wyroku, gdyby np. SOKiK zmienił decyzję i zakazał koncentracji.

Prezes UOKiK podnosił także, że w chwili sformułowania przez RPO wniosku o wstrzymanie wykonalności decyzji, ta była już zrealizowana, natomiast art. 479³⁰ k.p.c. nie daje stronie prawa żądania pozbawienia przedsiębiorcy możliwości wykonywania praw nabytych w drodze koncentracji lub określania sposobów ich wykonywania ani też nie daje SOKiK uprawnień do ingerowania w tę sferę. SOKiK stwierdził jednak, że gdyby doszło do wykonania decyzji o zgodzie (a zatem skonsumowania transakcji) przed wydaniem postanowienia o wstrzymaniu decyzji, to przedsiębiorcy winni wstrzymać się od wykonywania decyzji. W ocenie SOKiK oznacza to, że w przypadku nabycia udziałów w podmiocie przejmowanym, nabywca powinien powstrzymać się od wykonywania jakichkolwiek praw udziałowych z nabytych udziałów. Takie stanowisko SOKiK wydaje się jednak zbyt daleko idące i autorzy niniejszego artykułu przychylają się do argumentacji przedstawionej przez Prezesa UOKiK. W ocenie autorów niniejszego artykułu nałożenie jakichkolwiek dalej idących obowiązków nie mieści się w ogóle w zakresie wniosku na podstawie art. 479³⁰ k.p.c. Wstrzymanie wykonywania uprawnień właścicielskich byłoby przecież dalej idącym skutkiem niż powstałby w przypadku nawet uchylenia zgody na koncentrację przez SOKiK.

³⁵ W najnowszych komentarzach (wydanych już po postanowieniu SOKiK) wskazuje się zresztą, że art. 479³⁰ k.p.c. znajduje zastosowanie nie tylko w odniesieniu do decyzji opatrzonych rygozem natychmiastowej wykonalności, lecz także decyzji natychmiast wykonalnych z mocy ustawy, takich jak zgoda na koncentrację (Łochowski, 2023).

Nawet wówczas bowiem spółka mogłaby wykonywać swoje uprawnienia właścicielskie, a brak zgody na koncentrację nie oznacza nieważności podejmowanych czynności prawnych. Jak zauważył Prezes UOKiK w swoim stanowisku żądanie pozbawienia możliwości wykonywania praw nabytych w drodze koncentracji jest szersze niż roszczenie określone w odwołaniu i wykraczałoby poza zagwarantowanie osiągnięcia celu postępowania.

3.2. Wstrzymanie wykonania wyroku Sądu Apelacyjnego

O ile autorzy niniejszego artykułu zgadzają się, że co do zasady, dopuszczalne jest wstrzymanie decyzji Prezesa UOKiK wyrażającej zgodę na koncentrację w oparciu o art. 479³⁰ k.p.c. w sytuacji, gdy ta jeszcze nie została skonsumowana, o tyle, w naszej ocenie brakuje już przekonujących podstaw do uznania, że dopuszczalne jest wstrzymanie wykonania prawomocnego wyroku Sądu Apelacyjnego, jeśli wyrok ten oznacza uzyskanie przez przedsiębiorcę zgody na dokonanie koncentracji³⁶. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że brakuje przepisu szczególnego (jak w przypadku art. 479³⁰ k.p.c.), który wprost odnosiłby się do wyroków wydawanych w postępowaniu hybrydowym. Jedyną zatem podstawą prawną, którą można by rozważyć, jest ogólna instytucja przewidziana w art. 388 § 1 k.p.c., zgodnie z którym jeżeli na skutek wykonania orzeczenia stronie może być wyrządzona niepowetowana szkoda, sąd drugiej instancji na wniosek strony może wstrzymać wykonanie swego orzeczenia do czasu ukończenia postępowania kasacyjnego. Jeżeli apelację oddalono, sąd drugiej instancji może wstrzymać wykonanie także orzeczenia sądu pierwszej instancji. Zgodnie z § 4 tego artykułu powyższe stosuje się odpowiednio do wstrzymania skuteczności zaskarżonego orzeczenia niepodlegającego wykonaniu.

O ile omawiany przepis może mieć zastosowanie w tradycyjnych cywilnoprawnych sporach, o tyle trudno sobie wyobrazić jak konstrukcja ta mogłaby w ogóle funkcjonować w przypadku odwołania od decyzji organu administracyjnego, tj. w przypadku postępowania hybrydowego.

Po pierwsze, biorąc pod uwagę charakter wyroków zapadłych w wyniku odwołania od decyzji zakazowej (tj. wyroku SOKiK oraz wyroku Sądu Apelacyjnego), żaden z nich nie podlega wykonaniu, tj. nie nadaje się do przymusowego wykonania w drodze egzekucji. Formalnie do egzekucji mogłoby się nadawać co najwyżej rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania. Wyrokom nie można i nie trzeba nadawać klauzuli wykonalności w odniesieniu do rozstrzygnięcia polegającego na zmianie decyzji. W istocie bowiem sprowadzają się one do usunięcia formalno-prawnej przeszkody do realizacji transakcji, którą jest obowiązek uzyskania decyzji o zgodzie na koncentrację (odpada bowiem obowiązek *stand still* przewidziany w art. 97 ust. 1 uokik).

Po drugie, trudno jest w odniesieniu do wyroków oznaczających zgodę na koncentrację mówić o ich skuteczności w rozumieniu art. 388 § 4 k.p.c. Ponownie, charakter tych wyroków istotnie odbiega od typowych sytuacji, w których taka skuteczność orzeczeń ma miejsce (mowa tu przede wszystkim o wyrokach mających charakter konstytutywny czy ustalający i np. pozwalający na dokonanie czynności, jaką jest uzyskanie wpisu w księdze wieczystej). Należy zauważyć, że w przypadku spraw koncentracyjnych brak ewentualnej zgody na dokonanie transakcji nie oznacza jej nieważności. Uzyskanie odpowiedniej zgody pozwala zatem na dokonanie koncentracji zgodnie z uokik, ale nie warunkuje jej ważności. Niezależnie więc od treści decyzji koncentracyjnej czy

³⁶ Tj. w przypadku, gdy Sąd Apelacyjny 1) oddala apelację Prezesa UOKiK od wyroku SOKiK, który zmienia decyzję zakazową w ten sposób, że wyraża zgodę na koncentrację lub 2) na skutek apelacji przedsiębiorcy, zmienia wyrok SOKiK w ten sposób, że wyraża on zgodę na koncentrację.

wyroku wydanego na skutek odwołania od takiej decyzji, wszelkie podjęte przez strony koncentracji czynności związane z realizacją koncentracji i wykonywaniem uprawnień wynikających z praw udziałowych w podmiocie przejmowanym pozostałyby w mocy. Jak wskazuje się w doktrynie, „sam fakt następczego uchylecia decyzji Prezesa UOKiK, na podstawie której dokonano koncentracji, nie ma wpływu na ważność zrealizowanej transakcji. W szczególności w mocy pozostają wszelkie czynności prawne dokonane przez strony koncentracji” (Stawicki, 2016).

Po trzecie, porównanie właściwych przepisów wskazuje, że art. 479³⁰ k.p.c. nie zawiera jakichkolwiek kryteriów określających sytuacje, w których wstrzymanie wykonania decyzji może nastąpić, natomiast w przypadku uprawnienia wynikającego z art. 388 k.p.c. jedną z przesłanek wydania postanowienia o wstrzymaniu wykonania/skuteczności wyroku jest możliwość wyrządzenia stronie niepowetowanej szkody. Z charakteru art. 388 k.p.c. wynika, że ryzyko szkody musi dotyczyć wprost strony postępowania (powoda bądź pozwanego). Jak wskazuje się w doktrynie za niepowetowaną szkodę należy uznać szkodę dotkliwą dla strony, której konsekwencje są trudne do odwrócenia z uwagi np. na sytuację majątkową strony przeciwnej lub sytuację majątkową czy też osobistą strony składającej wniosek (Biedroń, 2023). Tymczasem w przypadku wyroku oznaczającego zgodę na koncentrację, Prezes UOKiK nie ponosi takiej szkody. W szczególności za taką szkodę nie można uznać ryzyka istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, a powołanie się na nią stanowiłoby w istocie wykroczenie poza granice interesu prawnego przysługującego na podstawie art. 388 k.p.c. Dodatkowo w przeciwieństwie do tradycyjnych cywilnoprawnych spraw, gdzie kwestia szkody jest oczywiście powiązana, ale jednak odrębna względem roszczenia będącego przedmiotem postępowania (przykładowo w przypadku, gdy wyrok zasądza zapłatę określonej kwoty, a jednocześnie w przypadku jej zapłaty mogłaby powstać niepowetowana szkoda dla pozwanego-płatnika, inna przecież niż będąca przedmiotem postępowania), o tyle w sprawach z zakresu kontroli koncentracji istnienie możliwości wystąpienia szkody rozumianej jako ryzyko istotnego ograniczenia konkurencji jest przecież wprost przedmiotem postępowania między stronami. Innymi słowy, wyrok Sądu Apelacyjnego oraz wyrok SOKiK, który wyraża bezwarunkową zgodę na koncentrację formalnie rozstrzyga też, że brakuje prawdopodobieństwa wystąpienia istotnego ograniczenia konkurencji w stopniu uzasadniającym zakaz. W takiej sytuacji uwzględnienie wniosku o wstrzymanie oznaczałoby w istocie całkowite zaprzeczenie wyrokowi Sądu Apelacyjnego. Jest to kolejny dowód na to, że od strony systemowej art. 388 k.p.c. nie nadaje się do zastosowania w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK zakazującej koncentracji.

Co więcej, nawet gdyby uznać, że ryzyko istotnego ograniczenia konkurencji stanowi rodzaj szkody w rozumieniu art. 388 k.p.c., to nie sposób jest stwierdzić, że szkoda taka ma charakter niepowetowany (tj. że nie da się jej odwrócić). Po pierwsze, nie jest możliwe uzyskanie pewności, co do tego czy w wyniku koncentracji nastąpi istotne ograniczenie konkurencji. W rezultacie, nawet gdyby wydany został zakaz koncentracji, to nie ma pewności, że powstałaby jakakolwiek szkoda dla konkurencji (ryzyko to jest ewentualnie wykazywane w dużym prawdopodobieństwie, ale nie pewnością). Należy zgodzić się z wyrażonym w doktrynie stanowiskiem, że „[sąd] powinien wziąć pod uwagę przede wszystkim odwracalność skutków, jakie nastąpią w wyniku wykonania wyroku, oraz stopień uciążliwości przy ich odwróceniu, np. stan majątkowy dłużnika, koszty, możliwość i długotrwałość procesu przywrócenia stanu poprzedniego (np. wycięcie drzew). Szkoda niepowetowana to co do zasady taka, której w pełni nie da się wyrównać” (Manowska, 2022). Powyższe

potwierdza również orzecznictwo. Sąd Najwyższy, wypowiadając się o charakterze postanowienia wydanego na podstawie art. 388 k.p.c., wskazywał, że „sąd drugiej instancji wydaje, na wniosek pozwanego, odrębne postanowienie, kierując się oceną sytuacji majątkowej powoda oraz możliwością realizacji roszczeń pozwanego. Postanowienie to ze swej istoty nie jest postanowieniem kończącym postępowanie w sprawie. Chroni ono jedynie dłużnika przed niebezpieczeństwem ewentualnej niemożności zwrotu przez wierzyciela wyegzekwowanego świadczenia, na wypadek gdyby wyrok się nie ostał”³⁷.

W powyższym kontekście należy zauważyć, że Prezes UOKiK posiada wystarczające narzędzia, nadane przez ustawodawcę w przepisach UOKiK, aby eliminować skutki ograniczenia konkurencji na rynku. Ma on przede wszystkim bardzo daleko ingerujące w wolność gospodarczą, ustawowe uprawnienie do wydania decyzji dekoncentracyjnej. Cytując, opublikowane na stronie internetowej RPO, stanowisko UOKiK „w sytuacji uchylenia zaskarżonej decyzji przez Sąd zastosowanie musiałby znaleźć art. 21 ust. 2 UOKiK, zgodnie z którym Prezes UOKiK może w drodze decyzji nakazać przedsiębiorcy, który dokonał koncentracji, podjęcie działań, wskutek których konkurencja zostanie przywrócona (o ile przewrócenie konkurencji na rynku nie byłoby możliwe w inny sposób)”.

IV. Podsumowanie

Choć hybrydowy model postępowań z zakresu ochrony konkurencji jest już w Polsce dobrze ugruntowany, to niewątpliwie wydane w ostatnich latach wyroki w sprawach *Agora/Eurozet* i *PKN Orlen/Polska Press* przyczyniły się do rozwiązania pewnych wątpliwości, co do sposobu funkcjonowania tego systemu w sprawach koncentracyjnych. Obie sprawy były bowiem na swój sposób precedensowe – sprawa *Agora/Eurozet* była pierwszym przypadkiem w Polsce, gdy zakaz koncentracji został w wyniku postępowania odwoławczego zmieniony na bezwarunkową zgodę. Sprawa *PKN Orlen/Polska Press* była z kolei pierwszą, gdzie odwołanie złożono od decyzji wydającej zgodę na koncentrację (a w tle pojawiło się zagadnienie możliwości wstrzymania decyzji już w zasadzie wykonanej). Pozwoliły one zatem na zaistnienie na wokandzie zagadnień prawnych, które nie były wcześniej przez sądy rozważane.

Bazując na analizie orzeczeń w wydanych sprawach, zdaniem autorów niniejszego artykułu, funkcjonowanie modelu postępowania hybrydowego w odniesieniu do spraw koncentracyjnych należy ocenić pozytywnie. Postępowanie odwoławcze mające charakter merytoryczny niewątpliwie przyczynia się do możliwości prawidłowego rozpatrzenia sprawy i uwzględnienia argumentów wszystkich stron postępowania. Takich możliwości najprawdopodobniej nie dawałoby odwołanie na drodze sądownoadministracyjnej, które z założenia ograniczone byłoby do kontroli formalnej postępowania koncentracyjnego. Zgodzić się należy z poglądem T. Skoczego, że przeniesienie kontroli decyzji Prezesa UOKiK do sądów administracyjnych nie podwyższyłoby jakości wdrażania reguł konkurencji – gdyby sądy administracyjne kontrolowały decyzję Prezesa UOKiK wyłącznie pod kątem legalności tych decyzji, groziłoby to wzrostem arbitralności rozstrzygnięć merytorycznych organu. Z kolei umożliwienie sądom administracyjnym pełnej kontroli merytorycznej nie eliminowałoby problemów w kwestiach postępowania dowodowego. Właściwym kierunkiem jest zatem

³⁷ Postanowienie SN z dn. 5.04.2001 r., IV CZ 138/00, LEX nr 1167816.

dalsze wzmocnienie pełnej sądowej kontroli decyzji Prezesa UOKiK (Skoczny, 2011). W świetle aktualnie obowiązującego modelu nie może budzić wątpliwości, że SOKiK posiada pełne prawo do zmiany decyzji Prezesa UOKiK. Tylko bowiem wówczas odpowiednio chronione są prawa odwołujących się podmiotów, a dokonywana przez sąd kontrola ma charakter realny. Biorąc pod uwagę specyfikę spraw koncentracyjnych oraz dynamikę transakcji M&A, gdzie szczególnie istotną rolę odgrywa czas postępowania, *de lege ferenda* warto byłoby rozważyć dedykowany, przyśpieszony tryb rozpatrywania odwołań od decyzji koncentracyjnych. Oczywiście aktualnie obowiązujący regulamin urzędowania sądów powszechnych przewiduje możliwość rozpoznawania spraw poza kolejnością, jednak nie zawsze może on wystarczająco chronić interesy strony. Warto zwrócić uwagę, że taki przyśpieszony tryb, ze względu na szczególnie pilny charakter i okoliczności spraw, od lat istnieje już w sądownictwie Unii Europejskiej³⁸ i znajduje zastosowanie w szczególności w sprawach koncentracyjnych. Dodatkowo, na zwiększenie pewności prawnej niewątpliwie wpłynęłoby jednoznaczne przesądzenie, że uprawnienie do wstrzymania wykonania wyroku sądu nie dotyczy prawomocnych wyroków oznaczających zgodę na dokonanie koncentracji.

Bibliografia

- Aziewicz, D. i Skoczny, T. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (wyd. 2). Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis, art. 18–20.
- Bernatt, M. (2016), Sądowa kontrola kar nakładanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – kształt normatywny. W: W. Jasiński (red.), *Standardy rzetelności postępowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów*. Wolters Kluwer Polska.
- Bernatt, M. i Jurkowska-Gomułka, A. (2021). *Skutki skoordynowane koncentracji horyzontalnych – wybrane aspekty prawne. Ekspertyza Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW*. Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS) Wydział Zarządzania Uniwersytet Warszawski.
- Biedroń, I. (2023). W: E. Marszałkowska-Krześ, I. Gil (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz* (art. 388). Legalis.
- Błachucki, M. (2012), *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*. UOKiK.
- Błaszczak, Ł. i Bernatt, M. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (wyd. 2, art. 81). Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Kozak, M. (2022). Glosa do wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 12 maja 2022 r. w sprawie XVII AmA 61/21. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(11), <http://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.4.11.5>.
- Krzyżewski, T. (2022). Glosa do wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów sygn. akt XVII Amo 1/21 z dnia 7 czerwca 2021 roku, dotyczącego decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DKK-34/2021 z 5 lutego 2021 roku. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(11), <http://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.4.11.6>.
- Kwieciński, T. i Witkowska, A. (2016). W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (wyd. II, art. 81). Wolters Kluwer Polska.
- Łochowski, M. (2023). W: T. Szanciło (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 506–1217. Tom II* (wyd. 2, art. 479³⁰ k.p.c.). Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.

³⁸ Regulamin Postępowania przez Sądem (Dz. U UE L 105, 23.4.2015, s. 1–66), art. 151 i n.

- Manowska, M. (2022). *Apelacja w postępowaniu cywilnym. Komentarz. Orzecznictwo* (wyd. V, art. 388). Wolters Kluwer Polska.
- Sieradzka, M. (2007). Sądowa weryfikacja decyzji i postanowień wydanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (cz. 2). *Rejent*, (11).
- Skoczny, T. (2011). Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie – wnioski dla Polski. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 2.
- Skoczny, T. (2012). *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Stawicki, A. (2016). W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (wyd. II, art. 21). Wolters Kluwer Polska.
- Stefańska, E. (2022). W: M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany. Tom II*. Art. 478–1217, LEX/el., art. 479^{31a}.
- Stefańska, E. (2022a). Rozdział 8. Postępowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów oraz w sprawie praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową. W: A. Machnikowska (red.), *Postępowania odrębne. System Postępowania Cywilnego. Tom 6*. (wyd. 1). Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.

Sprawozdanie z międzynarodowej konferencji pn. „Antitrust Private Enforcement: Lessons for Poland”, Warszawa, 30 maja 2023 roku

Dnia 30 maja 2023 r. odbyła się międzynarodowa konferencja pn. „Antitrust Private Enforcement: Lessons for Poland” współorganizowana przez Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych, Stowarzyszenie Prawa Konkurencji oraz kancelarię Bird & Bird. W wydarzeniu wzięli udział eksperci z Polski i z zagranicy, w tym m.in. dr Jan Szczodrowski (Służba Prawna Komisji Europejskiej), prof. Miguel Sousa Ferro (Uniwersytet Lizboński), prof. Jurgita Malinauskaite (Uniwersytet Brunela w Londynie), dr Jörg Witting (kancelaria Bird & Bird) oraz José Rivas (kancelaria Bird & Bird, redaktor naczelny „World Competition”). Poza przedstawicielami świata prawniczego w wydarzeniu wzięli udział także eksperci z zakresu ekonomii (dr Elżbieta Głowicka, E.CA Economics Berlin), informatyki śledczej (Jakub Kur, kancelaria Bird & Bird) oraz zewnętrznego finansowania sporów przez fundusze inwestycyjne (Weronika Rydzińska, LitFin Praga).

Celem wydarzenia było skonfrontowanie doświadczeń polskich i zagranicznych dotyczących dochodzenia roszczeń odszkodowawczych wynikających z naruszenia art. 101 oraz 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a także podsumowanie pierwszych lat obowiązywania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (dalej: dyrektywa).

Konferencję otworzył mec. Sławomir Szepietowski (kancelaria Bird & Bird) oraz Adam Jasser (Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych).

Keynote speech wygłosił dr Jan Szczodrowski (Służba Prawna Komisji Europejskiej), który przedstawił unijny dorobek orzeczniczy dotyczący *private enforcement*. Kolejne pytania dotyczące *private enforcement* kierowane przez sądy krajowe powodują, że TSUE wypowiada się w coraz dalszych kwestiach dotyczących krajowego prawa cywilnego – zarówno procedur (m.in. jurysdykcja krajowa, zasądzenie kosztów, postępowanie dowodowe), jak i prawa materialnego (m.in. przedawnienie, osoba odpowiedzialna). Prelegent zwrócił szczególną uwagę na niedawno wydany wyrok w sprawie *Tráficos Manuel Ferrer*, w której TSUE wypowiedział się na temat zasad ponoszenia kosztów postępowania przez strony sporu przed sądem krajowym¹.

W panelu moderowanym przez prof. Agatę Jurkowską-Gomułkę (Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych, Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie) pierwszą prelekcję wygłosił prof. Miguel Sousa Ferro (Uniwersytet Lizboński), który przedstawił prawne zagadnienia dotyczące przedawnienia roszczeń odszkodowawczych oraz poruszył temat zasady efektywności w kontekście art. 10 dyrektywy. Poza wydanymi przez Trybunał Sprawiedliwości orzeczeniami prelegent zwrócił uwagę na dwie zawisłe na wokandzie luksemburskiej sprawy: *Heureka Group* (C-605/21) oraz *Crédit Lyonnais* (C-344/21). Prof. Sousa Ferro krytycznie wyraził

¹ Wyr. TSUE z dn. 16.02.2023 r. w sprawie C-312/21 – *Tráficos Manuel Ferrer*, EU:C:2023:99.

się o praktyce sądów polegającej na przyjmowaniu za początek biegu terminu przedawnienia zbytu wczesnego zdarzenia. Dotyczy to przede wszystkim sytuacji, gdy od decyzji organu ochrony konkurencji zostało złożone odwołanie – zasada domniemania niewinności obowiązująca do czasu uprawomocnienia się decyzji wyklucza możliwość przyjęcia, że poszkodowany ma wiedzę lub racjonalnie powinien mieć wiedzę o szkodzie lub osobie obowiązanej do jej naprawienia.

Kolejną prelekcję wygłosiła prof. Jurgita Malinauskaite (Uniwersytet Brunela w Londynie), która przedstawiła doświadczenia państw bałtyckich i skonfrontowała je z orzecznictwem angielskim, szczególnie ze sprawami *Royal Mail przeciwko DAF Trucks*² oraz *BT Group PLC i in. przeciwko DAF Trucks*³. Na przykładzie sprawy *FlyLAL* prelegentka przedstawiła problemy, z jakimi mierzył się litewski wymiar sprawiedliwości przy rozstrzyganiu spraw *private enforcement*. Poza kwestiami dotyczącymi przedawnienia wyzwaniem dla powoda było wykazanie związku przyczynowego.

Następnie, mec. Candela Sotés (kancelaria Bird & Bird) przybliżyła dorobek judykatury hiszpańskiej będący skutkiem pozwów przeciwko uczestnikom kartelu producentów ciężarówek. Publiczność była pod wrażeniem danych statystycznych, z których wynikało, że praktyka dotyczyła ok. 400 tys. pojazdów w Hiszpanii, a w całym kraju wydanych zostało ponad 2 tys. wyroków w sprawach z powództw typu *follow-on* w związku z tym kartelem. Konsekwencją skokowego wzrostu liczby spraw rozpoznawanych w tej jurysdykcji są kolejne pytania prejudycjalne kierowane do TSUE przez sądy hiszpańskie. Wiele z rozstrzygnięć wydanych na skutek tych zapytań ma istotny wpływ na kształt systemu dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w całej UE. Dotyczy to m.in. takich kwestii, jak odpowiedzialność odszkodowawcza spółki zależnej (sprawa *Sumal*⁴), wpływ publikacji decyzji Komisji Europejskiej na bieg terminu przedawnienia (sprawa *Volvo/DAF*⁵), jurysdykcja krajowa (sprawa *RH v Volvo*⁶) czy zasady ponoszenia kosztów procesu (sprawa *Tráficos Manuel Ferrer*).

Dr Jörg Witting (kancelaria Bird & Bird) przedstawił problematykę dowodzenia wysokości szkody oraz złożoność argumentu *pass-on* na bardzo praktycznym przykładzie niemieckiego kartelu dostawców kawy, który miał charakter porozumienia horyzontalno-wertykalnego⁷. Przedsiębiorcy zaangażowani w kartel koordynowali ofertę cenową kawy, a następnie narzucali tę ofertę cenową sieci handlu detalicznego (uzgodnienie ceny odsprzedaży).

W dalszej części José Rivas (kancelaria Bird & Bird), na przykładzie hiszpańskiego porozumienia ubezpieczycieli dotyczącego dziesięcioletniego ubezpieczenia nieruchomości, przedstawił mechanizm tzw. *amicus brief* Komisji Europejskiej (art. 15 ust. 3 rozporządzenia 1/2003).

Kolejny panel moderował mec. Marcin Alberski z kancelarii Bird & Bird. Jako pierwsza w tym panelu wystąpiła dr Elżbieta Głowicka (E.CA Economics Berlin), która przedstawiła słuchaczom warsztat ekonomisty sporządzającego ekspertyzę na potrzeby powództwa o szkodę spowodowaną kartelem. Prelekcja skupiła się na omówieniu rodzajów danych, które są konieczne dla opracowania ekspertyzy na potrzeby sądowe lub prowadzenia negocjacji ugodowych. W dalszej kolejności adw. Weronika Rydzińska (LitFin Praga) opisała proces finansowania powództwa

² Sprawa 1284/5/7/18 (T): <https://www.catribunal.org.uk/cases/12845718-t-royal-mail-group-limited> (12.06.2023).

³ Sprawa 1290/5/7/18 (T): <https://www.catribunal.org.uk/cases/12905718-t-bt-group-plc-and-others> (12.06.2023).

⁴ Wyr. TSUE z dn. 6.10.2021 r. w sprawie C-882/19 – *Sumal S.L. przeciwko Mercedes Benz Trucks España S.L.*, EU:C:2021:800.

⁵ Wyr. TSUE z dn. 22.06.2022 r. w sprawie C-267/20 – *AB Volvo i DAF TRUCKS NV przeciwko RM*, EU:C:2022:494.

⁶ Wyr. TSUE z dn. 15.07.2021 r. w sprawie C-30/20 – *RH przeciwko AB Volvo i in.*, EU:C:2021:604.

⁷ Dec. Bundeskartellamt z dn. 18.12.2009, sprawa B11-18/08.

w sprawie *private enforcement*. Następnie adw. Szymon Gołębiowski oraz r.pr. dr Dominik Hincz (kancelaria Bird & Bird) zaprezentowali status spraw *private enforcement* w Polsce. Poza najczęściej podnoszonym zarzutem przedawnienia oraz instytucją zaważania do próby ugodowej prelegenci starali się zidentyfikować inne zagadnienia prawne, z którymi polskie sądy musiałyby się zmierzyć, rozstrzygając tego rodzaju sprawy. Problem przedawnienia w sprawach *private enforcement* został przedstawiony na tle postępowań z odwołań od decyzji Prezesa UOKiK. Wiele z nich, np. sprawa opłaty interchange, nie zostały prawomocnie rozpoznane do dnia dzisiejszego⁸. Ostatnim panelistą był Jakub Kur odpowiedzialny za technologie śledcze w kancelarii Bird & Bird. Prelegent opowiedział o doświadczeniach w pozyskiwaniu dowodów w ramach procesów *discovery* oraz możliwościach wykorzystania sztucznej inteligencji do gromadzenia i selekcjonowania dowodów na potrzeby postępowań z zakresu *private enforcement*.

Zamykający konferencję panel dyskusyjny, w którym uczestniczyli prof. Miguel Sousa Ferro, dr Jan Szczodrowski, prof. Jurgita Malinauskaite mec. Candela Sotés oraz adw. Szymon Gołębiowski, moderował Adam Jasser. Dyskusję zdominował temat przedawnienia oraz rzeczywistej realizacji prawa dostępu do sądu dla podmiotów poszkodowanych antykonkurencyjnymi praktykami. W dyskusji podniesiony został temat trudności, z jakimi muszą się mierzyć konsumenci chcący ubiegać się o odszkodowania z tytułu praktyk antykonkurencyjnych. Uczestnicy panelu odnieśli się także do pomysłu ewentualnej reformy unijnego wymiaru sprawiedliwości, której elementem miałyby być przekierowanie spraw pytań prejudycjalnych dotyczących *private enforcement* do odrębnego sądu UE.

Wydarzenie zamknął José Rivas, który podsumował wystąpienie każdego z uczestników konferencji.

Szymon Gołębiowski

Senior Associate, Bird & Bird Szepietowski i Wspólnicy sp.k.

Absolwent WPAiE UW (2012) oraz studiów LL.M. z zakresu prawa i ekonomii konkurencji na Brussels School of Competition w Brukseli (2022)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-3713-0368>

Marcin Alberski

Senior Associate, Bird & Bird Szepietowski i Wspólnicy sp.k.

Absolwent WPiA UW (2014) oraz studiów podyplomowych z zakresu ekonomii w prawie konkurencji na uniwersytecie King's College w Londynie (2016)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3293-7936>

⁸ Pierwszy wyr. SA w Warszawie został wydany 22.04.2010 r. (VI ACa 607/09). Na mocy tego wyr. wcześniejszy wyr. SOKiK (z 12.12.2008 r. XVII AmA 109/07) został uchylony, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji. Kolejny wyr. SA w Warszawie zapadł 6.10.2015 r. (VI ACa 1150/14), w którym sąd ten zmienił wyr. SOKiK z 21.11.2013 r. XVII AmA 114/10 (wydany na skutek ponownego rozpoznania sprawy). Na skutek złożenia skarg kasacyjnych od tego wyr. Sąd Najwyższy, wyr. III SK 38/16 z 25.10.2017 r., przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, który – wyr. z 23.11.2020 r. VII AGa 1357/18 – przekazał sprawę do ponownego rozpoznania przez SOKiK (sprawa toczy się pod sygnaturą XVII AmA 57/21).

Competition law, judicature, case-law and administrative economic law (from the Editor-in-Chief)

Articles

Jan Polański, The Road to Prosperity. Reflections on Polish Antitrust in Turbulent Times

Table of contents

- I. Introduction
- II. Roads ahead
 1. Where are we?
 2. The role of antitrust
 3. Antitrust dead-ends
- III. Changes
 1. Negative changes
 - 1.1. Collective body
 - 1.2. Advisory board
 2. Positive changes
 - 2.1. Confidentiality claims
 - 2.2. Settlements
 - 2.3. Non-leniency whistle-blowers
 3. To be considered
 - 3.1. Hearing officer
 - 3.2. Non-economic interests
- IV. Antitrust and the “longue durée”
 1. Antitrust and power
 2. Antitrust and institutions
- V. Conclusion

Summary: The “end of history”, which was once speculated, did not happen. In international politics, this resulted in much turbulence, in particular in 2022. In antitrust, in turn, there is a renewed interest in discussing its goals and assessment methods. When it comes to international politics and military reforms, Poland has taken important actions to ensure that in spite of the turbulent times, it will still take further steps on the road to prosperity, on which it had embarked in 1989. Less has been said about economic policy. Yet, it is economic policy that provides a solid base for an active international policy and the creation of a prosperous society. This article constitutes part of a “scoping exercise” aimed at facilitating a debate over antitrust policy in Poland. As a discursive text, it considers a number of more technical proposals that have been made in the last few years, and highlights some systemic issues that deserve further discussion. It concludes that even if none of those issues currently attract the attention of the general public in Poland, this does not mean that no discussion should take place.

Key words: antitrust enforcement; antitrust policy; antitrust reform; economic policy; effective enforcement; due process; non-economic goals

JEL: K21

Ioannis Apostolakis, Legal Tests and the Object–Effect Dichotomy under Article 102 TFEU**Table of contents**

- I. Introduction
- II. Objective justifications and the efficiency defence
- III. Practices that are (rebuttably) presumed to have no objective justification (naked restrictions)
- IV. Practices that are (rebuttably) presumed to have anticompetitive effects (restrictions by object)
- V. Practices that infringe Article 102 TFEU on account of their effects
- VI. The way forward: Is there scope for a unified analytical framework under Articles 101 and 102 TFEU?
- VII. Conclusion

Summary: Despite the adoption of the “more economic approach” in the assessment of unilateral conduct, the object–effect dichotomy is still relevant under Article 102 TFEU, as it is under Article 101 TFEU. This article examines the tripartite classification of abusive conduct under Article 102 TFEU, namely “restrictions by object”, “restrictions by effect”, and “naked restrictions”, as a specific form of restrictions “by object”. It analyses the implications of this classification for the allocation of the burden of proof between the dominant undertaking, on the one hand, and the competition authority or private plaintiff, on the other.

Key words: abuse of dominance; restrictions by object; naked restraints; objective justifications

JEL: K21

Jadwiga Urban-Kozłowska, Acceptable forms of State Aid to Airlines During the COVID-19 Pandemic (part I)**Table of contents**

- I. Introduction
- II. Emergency aid
 1. COVID-19 pandemic as an exceptional occurrence
 2. Scope of compensable damages
 3. Proportionality of compensation

Summary: The goal of this paper is to analyze the application of two types of State aid, namely exceptional aid (Article 107(2)(b) TFEU) and anti-crisis aid (Article 107(3)(b) TFEU), which played a key role in the process of supporting air carriers during the COVID-19 pandemic. This will allow us to compare these types of aid, and to answer the question of their significance and usefulness in the context of supporting air carriers, and more broadly other undertakings, during exceptional occurrences such as COVID-19.

The criteria for each of these exemptions will be discussed separately, and theoretical considerations will be accompanied by examples from the decision-making practice of the European Commission and the case law of EU courts. In terms of exceptional aid, three issues, which seem to be of particular importance, will be examined. First, it will be investigated whether the COVID-19 pandemic can be considered a phenomenon covered by Article 107(2)(b) TFEU. Second, it will be analyzed what kind of damage can be compensated on this basis. Third, methods of determining the amount of compensation due will be discussed, so that it meets the condition of proportionality.

The analysis of the anti-crisis aid exemption will begin with the presentation of the most important conditions for its admissibility. This will be followed by a detailed examination of the question of whether, and if possible in what cases, a national measure taking the form of an individual aid can be considered appropriate to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State. Finally, the requirements for the proportionality of such aid will be examined.

The conducted analysis will show the most important differences and similarities between exceptional aid and anti-crisis aid. Presented in particular, will be the different purposes of these two types of aid. It will be shown that both exceptional aid and anti-crisis aid play an important role in the recovery process from the ongoing crisis, and that the resources granted under them complement each other. The discussed exemptions to the general prohibition of State aid provide therefore the necessary flexibility in the EU State aid regime, allowing Member States to adapt their economic policies in case of a serious disturbance or crisis.

Key words: State aid; COVID-19 pandemic; aviation law; EU competition law; airlines

JEL: H84, K33

Michalina Szpyrka, The Significance of the Independence of the Polish Telecommunications Regulatory Authority (the President of UKE) for the Implementation of EU Fundamental Rights on the Example of Proceedings for the Imposition of Fines on the Basis of Polish Telecommunications Law

Table of content

- I. Preliminary remarks
- II. Application of EU fundamental rights in criminal proceedings under Polish Telecommunications Law
- III. Regulation of the independence of a NRA in EU law
- IV. Regulation of the independence of the President of UKE in Polish law
- V. Incorrect/incomplete implementation of the independence requirement of the President of UKE in national law
 1. Shortening the term of office of the President of UKE
 2. Possibility of issuing guidelines by the relevant minister acting as the superior of the President of UKE
 3. Granting the Statute of UKE by the relevant minister
 4. Regulation of the method of appointing the President of UKE
- VI. Independence of the President of UKE in formal and factual terms
- VII. Consequences of the lack of independence of the President of UKE
 1. Annulment of the decision
 2. Appeal proceedings
 3. Other Legal Remedies
- VIII. Conclusions

Summary: Independence is one of the basic requirements for judiciary bodies, which decide authoritatively about the rights and obligations of legal entities. However, these functions are more and more often taken over by public administration entities that issue decisions granting powers, and even impose severe fines. In connection with this trend in the doctrine and jurisprudence,

a discussion has arisen on the need for public administration bodies to be independent. This need is also recognized by EU institutions, which introduce a requirement of ensuring the independence of competition protection (NCAs) and regulatory authorities (NRAs). In connection with the EU review of the telecommunications market, the issues of the regulation of the independence of NRAs was extended in the European Code of Electronic Communications (ECEC), which should have been implemented into MSs' national legal orders by 21 December 2020. The regulation of independence adopted in the ECEC is formal and residual. It does not provide any powers to the "regulated" entities to enforce the requirement of independence of the NRAs, and its vagueness may lead to incorrect implementation and politicization of National Telecommunications Regulatory Authorities.

Key words: independence; President of UKE; European Code of Electronic Communications; Telecommunications law

JEL: K230, K210

Mariusz Czyżak, Penal-Administrative Liability of the Person that Manages an Essential Service Operator for Breaching their Duty of Due Diligence

Table of contents

- I. Introduction
- II. The concept of "manager" of an essential service operator
- III. The independence of the liability of the manager of an essential service operator
- IV. Due diligence responsibilities
- V. The obligations of an essential service operator and the liability of its manager
- VI. The amount and purpose of a monetary penalty
- VII. The decision regarding the imposition of a monetary penalty
- VIII. Conclusions

Summary: This article discusses the liability of the manager of an essential service operator for violating their due diligence obligations while performing the duties of that operator. These duties include implementing a security management system in the information system used to provide the essential service, appointing a responsible person to maintain contacts with the entities of the national cybersecurity system, and ensuring security audits of the information system used to provide the essential service. An individual who manages or co-manages such entity, especially a member of its governing body (such as the board of directors), may be considered the "manager" of a key service operator. The liability of a manager is distinct from that of the operator itself. According to legal doctrine and jurisprudence, observing due diligence requires professionalism and conscientiousness. The cybersecurity authority imposes a monetary penalty for the failure to exercise due diligence, guided by the requirements stated in the Polish Code of Administrative Procedure. The article provides *de lege ferenda* conclusions, including proposals for a specific allocation of funds from such monetary penalty to the Cybersecurity Fund.

Key words: Cybersecurity; monetary penalty; operator of essential service

JEL: K23, K24, K32, K42

Reviews of Law and Jurisdiction

Anna Celejewska-Rajchert, Filip Drgas, Judicial Control of the Decisions of the Polish NCA (the President of UOKiK) in Merger Control Cases - Selected Aspects Based on Latest Case Law (*Agora/Eurozet* and *Orlen/Polska Press*)

Table of contents

- I. Model of judicial control over the decisions of the President of UOKiK – introduction
- II. Appeals against the decisions of the President of UOKiK in merger control cases
 1. Decision of the President of UOKiK No. DKK-1/2021 in the *Agora/Eurozet* case
 2. Decision of the President of UOKiK No. DKK-34/2021 in the *PKN Orlen/Polska Press* case
- III. Selected aspects of court proceedings on appeals against merger decisions
 1. Substantive assessment and ability to change a merger decision
 - 1.1. Previous case law of the Polish Supreme Court
 - 1.2. Admissibility of limiting the powers of the Polish Competition and Consumer Protection Court (SOKiK) to fully review a decision of the President of UOKiK in the context of the constitutional right to a fair trial
 - 1.3. Competences and tools available to courts to review merger control cases
 - 1.4. Risks related to limiting SOKiK's jurisdictional competences
 2. Burden of proof in appeal proceedings
 - 2.1. Distribution of the burden of proof
 - 2.2. The initiative to present evidence
 3. Suspending the enforcement of a decision of the President of UOKiK versus suspending the enforcement of the Court of Appeal's judgement
 - 3.1. Suspending the enforcement of a decision of the President of UOKiK
 - 3.2. Suspending the enforcement of a judgment of the Court of Appeals
- IV. Conclusions

Summary: In this article, the authors discuss selected aspects of judicial review of decisions issued by the Polish NCA (President of UOKiK), which have become the subject of judicial review, in most recent cases involving appeals against merger control decisions of the President of UOKiK, that is, decision No. DKK-1/2021 in the *Agora/Eurozet* case and decision No. DKK-34/2021 in the *PKN Orlen/Polska Press* case. The article focuses on procedural aspects, such as the possibility of changing a merger decision of the President of UOKiK by the court, certain aspects of evidentiary proceedings, such as the burden of proof and the evidence initiative, or the suspension of the enforcement of administrative decisions and court judgments in merger cases.

Key words: merger control; merger prohibition; appeal to SOKiK; judicial control of the President of UOKiK's decisions; SOKiK's reformatory judgement; change of the President of UOKiK's decision; the enforcement suspension of the President of UOKiK decision; the enforcement suspension of the merger decision; burden of proof; hybrid proceedings

JEL: K21, K41

Reports

Report on the international conference "Antitrust Private Enforcement: Lessons for Poland", Warsaw, 30 May 2023 (**Szymon Gołębiowski, Marcin Alberski**)

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

REKOMENDOWANY SKRÓT CYTOWANIA iKAR

PODSTAWOWE INFORMACJE DLA AUTORÓW

Teksty do opublikowania w iKAR winny być dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@wz.uw.edu.pl) jako dokumenty elektroniczne w edytorach MS Word (2000/XP/2003) lub Open Office.

Artykuły powinny zawierać także spis treści, streszczenie i słowa kluczowe.

Artykuły powinny zawierać nie mniej niż 4500, a nie więcej niż 9000 słów.

Redakcja będzie dbać, żeby w iKAR nie miały miejsca przypadki ghostwriting czy guest authorship.

ZASADY RECENZOWANIA

Wszystkie teksty każdego numeru iKAR są wstępnie recenzowane przez redaktora tematycznego.

Artykuły są oceniane przez dwóch niezależnych recenzentów spoza CARS. Autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości (*double blind peer review*).

Recenzja jest sporządzana na formularzu w wersji dla tekstów prawnych i ekonomicznych, dostępnym na stronie www.ikar.wz.uw.edu.pl. Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorca lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim numerze iKAR w danym roku.

PRAWA AUTORSKIE

Publikacja jest bezpłatna. Wszystkie teksty wydawane są na zasadzie otwartego dostępu i na licencji CC BY 4.0 Creative Commons – Uznanie autorstwa (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.pl>).

Korzystanie z zawartości całego numeru oraz z każdego z jego tekstów jest zatem uzależnione wyłącznie od akceptowania przez użytkownika trzech zasad: uznania autorstwa, korzystania z tekstów tylko dla celów niekomercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

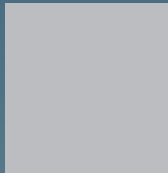
UDOSTĘPNIANIE

iKAR jest publikowany pierwotnie w wersji elektronicznej za pośrednictwem odrębnej strony internetowej www.ikar.wz.uw.edu.pl.

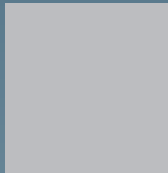
Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

Będzie także dostępny we wszystkich najważniejszych polskich bazach wolnego dostępu oraz – na zasadach niewyłącznych – w bazach największych polskich wydawców książek i czasopism z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania.

CENTRUM STUDIÓW ANTYMONOPOLOWYCH I REGULACYJNYCH



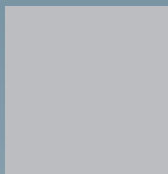
prowadzi badania naukowe



wydaje książki i periodyki,
w tym YARS www.yars.wz.uw.edu.pl
oraz iKAR www.ikar.wz.uw.edu.pl



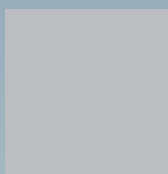
organizuje konferencje naukowe i warsztaty



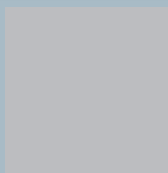
świadczy usługi doradcze i prowadzi
szkolenia



oferuje studia podyplomowe ARIS
www.aris.wz.uw.edu.pl



prowadzi Otwarte Seminarium Doktoranckie



współpracuje z instytucjami naukowymi
w kraju i zagranicą oraz z organami
regulacyjnymi (UKE, URE, UTK)