internetowy
# KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY
1(5)
2016
SERIA ANTYMONOPOLOWA

- **Wertykalne porozumienia cenowe typu RPM w kontekście rynku książki**
- **Nieantymonopolowa kontrola koncentracji na rynku audiowizualnym, farmaceutycznym i nieruchomości**
- **Praktyczne rozważania dotyczące problematyki joint venture w polskim prawie konkurencji**
- **„Tajemniczy klient" jako nowe narzędzie w zakresie pozyskiwania dowodów praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów**
- **Samoregulacja działalności reklamowej w Polsce**
- **Internet jako miejsce czynów nieuczciwej konkurencji – problematyka prawnej ochrony domeny internetowej przedsiębiorcy**

ISSN 2299-5749

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

1(5)
2016

65. publikacja Programu Wydawniczego CARS

Redaktor naczelny: Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny

Redaktor statystyczny: Prof. dr hab. Jerzy Wierzbiński

Redaktor językowy: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 3.0 Polska

Redakcja: Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS);
PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-126; www.ikar.wz.uw.edu.pl
e-mail: ikar@wz.uw.edu.pl

Wydawca: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego;
PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-164; www.wz.uw.edu.pl
e-mail: jjagodzinski@mail.wz.uw.edu.pl

Skład i łamanie: Dom Wydawniczy ELIPSA; PL – 00-189 Warszawa,
ul. Inflancka 15/198; tel.: (+48-22) 635-03-01; www.elipsa.pl
e-mail: elipsa@elipsa.pl

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI · WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA ·

Rada Naukowa

Prof. dr hab. **Andrzej Wróbel** (kierownik Zakładu Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Trybunału Konstytucyjnego) – przewodniczący.

Prof. UW dr hab. **Zbigniew Hockuba** (Katedra Ekonomii Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; EBOR) – wiceprzewodniczący.

Prof. dr hab. **Cezary Kosikowski** (kierownik Katedry Prawa Finansów Publicznych w Europejskiej Wyższej Szkole Prawa i Administracji w Warszawie) – wiceprzewodniczący.

Dr hab. **Cezary Banasiński** (Zakład Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.

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

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

Prof. dr hab. **Marian Gorynia** (Rektor Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu) – członek.

Prof. dr hab. **Jan Grabowski** (kierownik Katedry Administracji WNSiA Wyższej Szkoły Menedżerskiej w Warszawie) – członek.

Prof. dr hab. **Hanna Gronkiewicz-Waltz** (kierownik Zakładu Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; prezydent Warszawy) – członek.

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

Prof. dr hab. **Marian Kępiński** (kierownik Katedry Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza) – członek.

Prof. dr hab. **Leon Kieres** (kierownik Zakładu Prawa Administracyjnego Gospodarczego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego; sędzia Trybunału Konstytucyjnego) – członek.

Prof. dr hab. **Bożena Klimczak** (emerytowany pracownik Katedry Mikroekonomii i Ekonomii Instytucjonalnej Instytutu Ekonomii Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu) – członek.

Prof. dr hab. **Małgorzata Król-Bogomilska** (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji INP PAN) – członek.

Prof. dr hab. **Maria Królikowska-Olczak** (kierownik Katedry Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.

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

Prof. SGH dr hab. **Anna Mokrysz-Olszyńska** (kierownik Zakładu Prawa Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katedrze Prawa Międzynarodowego Kolegium Gospodarki Światowej SGH) – członek.

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

Prof. dr hab. **Adam Noga** (kierownik Katedry Ekonomii Akademii Leona Koźmińskiego) – członek.

Prof. ALK dr hab. **Bartłomiej Nowak** (Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.

Prof. dr hab. **Bożena Popowska** (kierownik Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UAM; sędzia NSA) – członek.

Prof. UG dr hab. **Andrzej Powałowski** (kierownik Zakładu Prawa Gospodarczego Publicznego w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego i Ochrony Środowiska Wydziału Prawa i Administracji UG) – członek.

Prof. UŁ dr hab. **Maciej Rogalski** (Uczelnia Łazarskiego) – członek.

Prof. UŁ dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski** (kierownik Katedry Prawa Publicznego Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.

Prof. PŁ dr hab. **Andrzej T. Szablewski** (kierownik Zakładu Ekonomii na Wydziale Organizacji i Zarządzania Politechniki Łódzkiej oraz profesor w Pracowni Ekonomii Instytucji Instytutu Nauk Ekonomicznych PAN) – członek.

Prof. dr hab. **Włodzimierz Szpringer** (Katedra Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw w Szkole Głównej Handlowej oraz Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.

Prof. dr hab. **Jerzy Wilkin** (kierownik Zakładu Integracji Europejskiej IRWiR PAN) – członek.

Prof. dr hab. **Jerzy Żyżyński** (kierownik Zakładu Gospodarki Publicznej w Katedrze Gospodarki Narodowej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; poseł na Sejm RP) – członek.

Kolegium Redakcyjne

Prof. dr hab. **Tadeusz Skoczny** (dyrektor CARS i kierownik Samodzielnego Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor naczelny i nadzór nad „Serią Antymonopolową" oraz redaktor tematyczny ds. prewencyjnej kontroli koncentracji; e-mail: skoczny@wz.uw.edu.pl; tadeuszskoczny@gmail.com; tel. (+48 22) 55 34 126; tel. kom. 604 759 706.

Dr hab. **Anna Fornalczyk** (partner firmy COMPER Fornalczyk i Wspólnicy Sp.j.) – zastępca redaktora naczelnego i nadzór nad publikacjami z ekonomii konkurencji i regulacji oraz redaktor tematyczna ds. pomocy publicznej; e-mail: afornalczyk@comper.com.pl; tel. kom. 601 293 922.

Prof. dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Katedry Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego – zastępca redaktora naczelnego, nadzór nad „Serią Regulacyjną", redaktor tematyczny ds. regulacji w dziedzinie łączności i mediów oraz redaktor jednego zeszytu regulacyjnego; e-mail: piatek@wz.uw.edu.pl; tel. kom. 601 214 611.

Prof. dr hab. **Jerzy Wierzbiński** (kierownik Zakładu Metod Matematycznych i Statystycznych Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor statystyczny; e-mail: wierzbinski@wz.uw.edu.pl; tel. kom. 602 245 591.

Dr **Maciej Bernatt** (adiunkt w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – red. tematyczny ds. reguł wdrażania prawa ochrony konkurencji i redaktor jednego zeszytu „Serii Antymonopolowej"; e-mail: mbernatt@wz.uw.edu.pl; tel. kom. 603 608 432.

Dr **Marzena Czarnecka** (adiunkt w Katedrze Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczny ds. regulacji energetycznej oraz redaktor prowadzący jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej"; e-mail: mczg@interia.pl; tel. kom. 601 482 488.

Łukasz Gołąb (Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) – redaktor tematyczny ds. regulacji kolejowej oraz współredaktor jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej"; e-mail: lukaszgolab84@gmail.com; tel. kom. 664 257 487.

Prof. WSIiZ dr hab. **Agata Jurkowska-Gomułka** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego na Wydziale Nauk Społecznych i Administracji Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie) – redaktor tematyczna ds. porozumień ograniczających konkurencję oraz redaktor prowadzący jednego zeszytu „Serii Antymonopolowej"; e-mail: agathajur@o2.pl; tel. kom. 501 060 776.

Prof. KA dr hab. **Konrad Kohutek** (Kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego w Krakowie) – redaktor tematyczny ds. nadużywania pozycji dominującej; e-mail: kohutek@gmx.net; tel. kom. 600 346 215.

Dr **Magdalena Olender-Skorek** (adiunkt w Katedrze Gospodarki Narodowej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor tematyczny ds. ekonomii konkurencji i regulacji; e-mail: M.Olender@itl.waw.pl; tel. kom. 505 118 860.

Prof. UwB dr hab. **Anna Piszcz** (p.o. kierownika Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor tematyczna ds. prawa ochrony konkurencji zagranicą i redaktor prowadząca jednego zeszytu „Serii Antymonopolowej"; e-mail: piszcz@uwb.edu.pl; tel. kom. 608 777 236.

Dr **Jan Walulik** (adiunkt w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor tematyczny w dziedzinie regulacji lotniczej oraz redaktor prowadzący jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej"; e-mail: j.walulik@neostrada.pl; tel. kom. 607 559 689.

Dr **Ewa Kwiatkowska** (adiunkt w Katedrze Metod Ilościowych i Zastosowań Informatyki Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – sekretarz redakcji odpowiedzialny za „Serię Regulacyjną"; e-mail: ewcia@alk.edu.pl; tel. kom. 502 031 389.

Spis treści

Zmiany, zmiany, zmiany… (od redaktor numeru). 6

Artykuły

Jarosław Fidala, **Wertykalne porozumienia cenowe typu RPM w kontekście rynku książki** 7

Piotr Semeniuk, **Nieantymonopolowa kontrola koncentracji na rynku audiowizualnym, nieruchomości i farmaceutycznym** 25

Joanna Lenart, Teresa Kaczyńska, **Kiedy utworzenie nowej spółki nie będzie kwalifikowane jako utworzenie nowego przedsiębiorcy (joint venture)? Praktyczne rozważania dotyczące problematyki joint venture w polskim prawie konkurencji** 36

Ewa Mandrosz, **„Tajemniczy klient" jako nowe narzędzie w zakresie pozyskiwania dowodów praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów** 52

Marcin Kolasiński, **Samoregulacja działalności reklamowej w Polsce – szanse oraz zagrożenia dla ochrony konkurencji i konsumentów** 61

Anna Tworkowska-Baraniuk, **Internet jako miejsce czynów nieuczciwej konkurencji – problematyka prawnej ochrony domeny internetowej przedsiębiorcy**. 72

Przegląd prawa i orzecznictwa

Kinga Bryl, **Wdrożenie pakietu CRDIV/CRR do prawa polskiego** 87

Magdalena Knapp, **Nowe rozporządzenie dotyczące wyłączeń grupowych dla porozumień transferu technologii – jakie porozumienia z niego skorzystają?** 114

Aleksandra Kłoczko, **Zasada proporcjonalności przy wymierzaniu kar pieniężnych za naruszenie przepisów prawa konkurencji. Analiza metody obliczania wysokości kar pieniężnych nakładanych na przedsiębiorstwa na przykładzie Unii Europejskiej, Turcji oraz Polski** 124

Mariusz Motyka-Mojkowski, ***Private enforcement* w Niemczech – przegląd orzecznictwa**. 134

Klauzule antykonkurencyjne w umowach najmu lokali wielkopowierzchniowych w galeriach handlowych.

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 listopada 2015 r. w sprawie C-345/14 *SIA Maxima Latvija* przeciwko *Konkurences padome* (Olga Stefanowicz) 148

Standard prawny oceny wertykalnych porozumień cenowych polegających na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Glosa częściowo aprobująca do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11 (Agata Zawłocka-Turno, Bartosz Turno) 158

Czy przeniesienie pliku do folderu „kosz" stanowi naruszenie obowiązku współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK?

Wyrok Sądu Apelacyjnego Warszawie z dnia 30 stycznia 2015 r., VI ACa 446/14 (Radosław Niwiński) 169

Możliwość miarkowania kary pieniężnej wymierzonej przedsiębiorcy.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 lipca 2014 r., VI ACa 1515/13 (Justyna Pilśnik) 175

Przegląd piśmiennictwa

Rajmund Molski, *Prawne i ekonomiczne aspekty polityki promowania narodowych czempionów*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2015, ss. 329 (Sławomir Dudzik) 181

Sprawozdania

Sprawozdanie z I Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej pn. *Przemiany w polskim sektorze pocztowym*, Łódź, 9 grudnia 2015 r. (Marcin Kraśniewski) 184

Contents, summaries and key words 192

Zmiany, zmiany, zmiany…
(od redaktor numeru)

Rok 2016 dopiero się zaczął, a już za nami i przed nami wiele wydarzeń żywo dyskutowanych w kręgach osób zainteresowanych ochroną konkurencji i konsumentów w Polsce. Po pierwsze, od 1 stycznia 2016 r. zastosowanie mają długo oczekiwane, a przyjęte w dniu 28 grudnia 2015 r. wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące ustalania wysokości kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Po drugie, 4 stycznia 2016 r. Prezes UOKiK po raz pierwszy zastosował art. 73a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wydając tzw. ostrzeżenie konsumenckie. Po trzecie, 18 stycznia 2016 r. minął rok od wejścia w życie dyskutowanej wielokrotnie na łamach iKAR-a nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Rocznica dała asumpt do podsumowań, z których wynika, że o ile nowe czy zmienione przepisy znalazły zastosowanie w licznych postępowaniach w sprawach koncentracji, o tyle w pozostałych kategoriach spraw większość nowych rozwiązań wprowadzonych ustawą nowelizującą w ogóle nie znalazła zastosowania. Po czwarte, 21 stycznia 2016 r. został odwołany dotychczasowy Prezes UOKiK – Adam Jasser. Przed nami wejście w życie w dniu 17 kwietnia 2016 r. tzw. prokonsumenckiej noweli do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przekonamy się, jak będzie wyglądała realizacja polityki ochrony konkurencji i konsumentów pod rządami kolejnego Prezesa UOKiK, a także jak będą stosowane przepisy wprowadzone bądź zmienione nowelą prokonsumencką.

Jak w każdym numerze, iKAR prezentuje Czytelnikowi artykuły naukowe poświęcone zróżnicowanej tematyce. Jarosław Fidala przedstawia problematykę wertykalnych porozumień cenowych typu RPM w kontekście rynku książki. Piotr Semeniuk podejmuje rozważania dotyczące nieantymonopolowej kontroli koncentracji na rynku medialnym, farmaceutycznym i nieruchomości. Joanna Lenart i Teresa Kaczyńska koncentrują się na problematyce joint venture w polskim prawie konkurencji. Ewa Mandrosz analizuje przepisy noweli prokonsumenckiej dotyczące tzw. tajemniczego klienta. W artykule Marcina Kolasińskiego znajdujemy rozważania na temat samoregulacji działalności reklamowej w Polsce. Z kolei artykuł Anny Tworkowskiej-Baraniuk poświęcony jest czynom nieuczciwej konkurencji w Internecie.

W bieżącym numerze iKAR-a Czytelnik znajdzie również przeglądy przepisów prawa unijnego i polskiego (Magdalena Knapp, Kinga Bryl) oraz orzecznictwa krajowego i zagranicznego (Aleksandra Kłoczko, Mariusz Motyka-Mojkowski). Publikujemy także glosy i omówienia orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE, Sądu Najwyższego oraz Sądu Apelacyjnego w Warszawie. Po raz trzeci na łamach iKAR-a pojawia się glosa nagrodzona pierwszą nagrodą w dorocznym konkursie Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku (organizowanym przez Katedrę Prawa Gospodarczego Publicznego). W aktualnym numerze przedstawiamy także przegląd piśmiennictwa oraz sprawozdanie z I Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Przemiany w polskim sektorze pocztowym", która odbyła się na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego w grudniu 2015 r.

Życzę owocnej lektury.

dr hab. Anna Piszcz, prof. UwB
Białystok, 07.02.2016 r.

Jarosław Fidala*

Wertykalne porozumienia cenowe typu RPM w kontekście rynku książki

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Wertykalne porozumienia cenowe typu RPM w prawie ochrony konkurencji
III. „Antykonkurencyjność" i „prokonkurencyjność" wertykalnych porozumień cenowych typu RPM
  1. Uwagi ogólne
  2. Pojęcie „antykonkurencyjności" w kontekście celu prawa ochrony konkurencji
  3. „Antykonkurencyjne" i „prokonkurencyjne" porozumienia RPM w kontekście celu prawa ochrony konkurencji
IV. Prawnokonkurencyjna ocena sztywnej ceny sprzedaży na rynku książki
V. Zakończenie

Streszczenie

Artykuł dotyka dwóch kontrowersyjnych i wysoce ważkich zagadnień, jakimi są ocena tzw. wertykalnych porozumień cenowych typu RPM w prawie ochrony konkurencji oraz podejmowane przez polskiego legislatora próby ustanowienia regulacji ustawowych przewidujących tzw. sztywną cenę książki. Oba wskazane zagadnienia sprowadzają się do odpowiedzi na pytanie: czy mechanizm RPM zaburza lub sprzyja konkurencyjności rynku książki. Punktem wyjścia do udzielenia odpowiedzi na to pytanie jest wyodrębnienie pro- i antykonkurencyjnych porozumień RPM z perspektywy celu prawa ochrony konkurencji wiązanego z koncepcją dobrobytu. Mechanizm RPM może realizować ten cel w kontekście rynku książki na tyle, na ile wskutek pozytywnego oddziaływania na parametry efektywnego konkurowania na tym rynku przyczyniać się będzie do zaspokajania i optymalizowania zróżnicowanych ekonomicznych potrzeb różnych grup podmiotów (autorów, wydawców, księgarzy, konsumentów).

Słowa kluczowe: porozumienia RPM; antykonkurencyjność; podejście skutkowe; sztywna cena książki; cel prawa ochrony konkurencji; dobrobyt społeczno-rynkowy.

JEL: K21

* Doktor nauk prawnych, radca prawny w kancelarii prawnej SDZLEGAL SCHINDHELM we Wrocławiu; e-mail: jaroslaw.fidala@sdzlegal.pl; jarek.fidala@gmail.com

I. Wprowadzenie

Wertykalne porozumienia cenowe typu RPM stanowią element systemów dystrybucyjnych w pionowej relacji producent (dostawca) – dystrybutorzy. Porozumienia RPM wyrażają się w tym, że producent danego towaru uzgadnia z dystrybutorami w sposób pośredni lub bezpośredni sztywne lub minimalne ceny odsprzedaży towaru, które dystrybutorzy zobowiązani są stosować wobec nabywających je od nich podmiotów[1].

Mechanizm sztywnej ceny odsprzedaży właściwy jest rozwiązaniom proponującym wprowadzenie w danym państwie sztywnej ceny książki. Rozwiązania te przyjmować mogą postać porozumień branżowych skupiających wydawców i księgarzy (jak np. w Chorwacji i Słowenii) lub, jak w większości przypadków, regulacji o randze ustawowej stanowiących część porządku prawnego danego państwa (jak np. we Francji, Niemczech, Hiszpanii, Włoszech).

W polskim porządku prawnym brakuje aktualnie rozwiązań dających podstawę do regulacji rynku książki w zakresie sztywnej ceny odsprzedaży. Podjęta została jednak w tym kierunku inicjatywa ustawodawcza zakładająca normatywną regulację rynku książki w drodze ustawy o książce[2].

Pomimo że ustawa o książce nie została ostatecznie uchwalona, zgodnie zaś z zasadą dyskontynuacji projekt nie jest przedmiotem obrad Sejmu obecnej kadencji, to należy wskazać, iż narosłe wokół przedstawionego projektu ustawodawczego kontrowersje i opinie wyrażane przez zarówno przedstawicieli branży wydawniczej[3], jak i samych konsumentów – czytelników[4] stanowią o zasadności i potrzebie spojrzenia na problem sztywnej ceny książki z perspektywy prawnokonkurencyjnej analizy wertykalnych porozumień cenowych typu RPM. Mając na uwadze fakt, iż mechanizm ten obowiązuje na gruncie porządków prawnych wielu państw, a prawdopodobieństwo ponownego wniesienia projektu ustawy o książce i dyskusji nad nim nie jest wykluczone[5], przeprowadzona analiza może dostarczyć dodatkowego źródła dla oceny mechanizmu RPM jako sprzyjającego kształtowaniu „konkurencyjności" rynku książki lub ją zaburzającego.

II. Wertykalne porozumienia cenowe typu RPM w prawie ochrony konkurencji

Ocena wertykalnych porozumień cenowych typu RPM budzi nieustające spory wśród teoretyków i praktyków prawa ochrony konkurencji. Zasadnicza oś dyskusji ogniskuje się wokół problemu zdefiniowania i metodologii ustalenia antykonkurencyjności porozumień RPM

[1] RPM to skrót angielskiego sformułowania *resale price maintenance*. Sformułowanie to zostało przyjęte w niniejszej publikacji jako zbiorcze określenie omawianych porozumień cenowych w relacji pionowej. Porozumienia RPM w tym znaczeniu należy odróżnić od dwóch innych zasadniczych typów wertykalnych porozumień cenowych, jakimi są porozumienia w zakresie tzw. cen rekomendowanych oraz cen maksymalnych. Ocena tych dwóch ostatnich typów porozumień nie wzbudza w aktualnym stanie prawnym wątpliwości o tyle, o ile ceny rekomendowane lub maksymalne nie prowadzą do skutków analogicznych jak ceny minimalne lub ceny sztywne. Por. m.in. decyzje Prezesa UOKiK z: 16.06.2010 r., RPZ-8/2010 oraz 12.08.2011 r., RKT-22/2011; Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. WE z 2010 r., C 130, s. 1), pkt 48 oraz pkt 226–229; wyr. Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dalej: TSUE) z 28.01.1986 r. w sprawie C-161/84, *Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*.

[2] Projekt wraz z uzasadnieniem dostępny jest pod poniższym linkiem: http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9E688B15F19B4EACC1257E600030C321/%24File/3477.pdf (31.01.2016).

[3] Por. m.in. wybrane wypowiedzi cytowane na poniższych stronach internetowych: http://booklips.pl/newsy/prezes-wydawnictwa-albatros-ustawa-o-stalej-cenie-ksiazki-jest-nam-potrzebna-tak-jak-lodowki-na-antarktydzie/; http://wydawnictwo-jaguar.blogspot.com/2015/06/cena-sztywna-jak-trup.html; http://www.fronda.pl/a/ksiegarze-ostrzegaja-ceny-ksiazek-wzrosna,49958.html; http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/sejm-rozpoczal-prace-nad-projektem-ustawy-o-ksiazce (31.01.2016).

[4] Por. m.in. wybrane głosy i opinie wyrażane na stronach internetowych i portalach społecznościowych: http://annaaugustyniak.natemat.pl/137099,plusy-i-minusy-ustawy-o-jednolitej-cenie-ksiazki; http://www.eczytniki24.pl/2014/10/ustawa-o-jednolitej-cenie-ksiazki-apel.html; http://www.eczytniki24.pl/2014/10/ustawa-o-jednolitej-cenie-ksiazki-apel.html; http://czasopismo.legeartis.org/2015/04/stala-cena-ksiazki.html; http://okonakulture.pl/2015/04/24/ocalksiazki-czyli-kilka-slow-o-ustawie-o-jednolitej-cenie-ksiazki/; https://pl pl.facebook.com/niedlaokresuochronnego (31.01.2016).

[5] Świadczyć o tym mogą m.in. pozytywne wypowiedzi Jarosława Sellina – sekretarza stanu w Ministerstwie Kultury i Dziedzictwa Narodowego, por.: http://analizy.koliber.org/nasze-raporty/ustawa-o-jednolitej-cenie-ksiazki/ (31.01.2016).

w świetle norm prawnych zakazujących zawierania antykonkurencyjnych porozumień między przedsiębiorcami[6].

Przedmiotowe normy nakazują ustalenie antykonkurencyjności porozumień RPM na podstawie ich przedmiotu (celu) lub skutku[7].

Na tle reguł prawnokonkurencyjnej ochrony zakazujących zawierania antykonkurencyjnych porozumień powszechnie przyjmowany jest pogląd, iż porozumienia RPM same w sobie mają antykonkurencyjny przedmiot[8]. W odniesieniu do oceny porozumień RPM przedmiot ten jest ujmowany w ramy formalistycznego podejścia, które charakteryzuje się rygorystyczną (abstrakcyjną) oceną antykonkurencyjności zachowań przedsiębiorców w oderwaniu od danego kontekstu faktycznego, prawnego i ekonomicznego. Organ antymonopolowy, odwołując się do utrwalonego w toku ugruntowanej praktyki katalogu porozumień zakazanych z uwagi na przedmiot, ustala antykonkurencyjny charakter porozumienia RPM poprzez jego proste zakwalifikowanie do tej kategorii (Kępiński i Podrecki, 2014; Goyder, 2011; Bailey, 2012, s. 559–560).

W opozycji do opisanego podejścia formalistycznego do porozumień RPM plasuje się nurt podejścia zorientowanego na skutki (*effects-based approach*). Podejście to charakteryzuje ocena antykonkurencyjności zachowań przedsiębiorców w oderwaniu od formy, a w ścisłym powiązaniu z kryteriami ekonomicznymi i uwarunkowaniami rynkowymi, w kontekście których ujawniają się pozytywne lub negatywne skutki badanych zachowań (Jurkowska-Gomułka i Skoczny, 2009, s. 185–193; Jones, 2010, s. 45)[9]. Odwołując się m.in. do zasad ekonomicznej analizy prawa oraz modeli ekonomicznych, postuluje się dokonywanie bardziej kompleksowej oceny porozumień RPM z punktu widzenia skutków rynkowych[10].

Ocena antykonkurencyjności porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami w coraz większym stopniu powinna być nacechowana elementami właściwymi podejściu skutkowemu[11].

[6] Na gruncie polskiego prawa ochrony konkurencji normy te określa dyspozycja art. 6 ust. 1 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 184, z późn. zm., dalej: uokik), natomiast na poziomie prawa konkurencji Unii Europejskiej art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. WE C 115/1; dalej: TFUE).

[7] Kategoria „celu" i „przedmiotu" porozumienia to tożsama kategoria pojęciowa, odwołująca się do obiektywnego charakteru (treści) badanego porozumienia. Polskie przepisy prawa ochrony konkurencji zakazujące antykonkurencyjnych porozumień odwołują się do kategorii „cel", podczas gdy kategoria „przedmiot" (*object*) właściwa jest unijnemu prawu konkurencji. W niniejszej publikacji przyjęty został termin „przedmiot" jako pełniej oddający sens oceny antykonkurencyjności porozumień w oparciu o ich charakter (kategorię obiektywną) niż pojęcie celu, noszące w sobie elementy subiektywne (zamiar). Podobnie, m.in. Zawłocka-Turno i Turno, 2011.

[8] Stanowiska na gruncie polskiej praktyki orzeczniczej i decyzyjnej, m.in. wyr. SN z 16.01.2003 r., I CKN 1200/00; decyzje Prezesa UOKiK z: 23.11.2011 r., RPZ-33/2011; 31.12.2012 r., DOK–9/2012. Stanowiska na gruncie unijnej praktyki orzeczniczej i decyzyjnej, m.in. wyr. TSUE z: 30.01.1985 r. w sprawie C-123/83, *Bureau national interprofessionnel du cognac przeciwko Guy Clair*; 11.07.1989 r. w sprawie C-246/86, *SC Belasco i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*; Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych, op. cit., pkt 48 oraz pkt 223; Wytyczne dotyczące ograniczeń konkurencji „z uwagi na przedmiot" dla celów określenia jakiego rodzaju porozumienia mogą korzystać z przywileju Zawiadomienia de minimis. Dokument towarzyszący Zawiadomieniu w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie de minimis) z 25.06.2014 r. (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf), pkt 3.4, s. 16.

[9] Więcej na temat „podejścia zorientowanego na skutki" m.in. w: Jurkowska-Gomułka, 2012, s. 34; Piszcz, 2010; Neven i de la Mano, 2006; Hildebrand, 2009.

[10] Na gruncie praktyki decyzyjnej i orzeczniczej przełomowym rozstrzygnięciem był wyr. amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. (2007)*, 127 S.Ct. 2705, 168 L.Ed.2d 623 (2007), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, iż porozumienia RPM mogą być poddane bardziej złożonej analizie na podstawie „reguły rozsądku"; Elzinga i Mills, 2010, s. 353. Por. także wybrana literatura z zakresu skutkowej oceny porozumień RPM: Kneepkens, 2007; Aziewicz, 2013; Bolecki, 2012; Fidala, 2012; Grzejdziak, 2009; Kohutek, 2015.

[11] Por. m.in. Wytyczne w sprawie stosowania art. 81(3) Traktatu (Dz. Urz. UE z 2004 r., C 101, s. 8), pkt 24, zgodnie z którymi zakaz porozumień ograniczających konkurencję ma zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy „(…) na podstawie właściwej analizy rynku można wywnioskować prawdopodobieństwo wywołania przez porozumienie antykonkurencyjnych skutków". Podejście skutkowe deklaruje także Prezes UOKiK, który w dokumentach zatytułowanych „Polityka konkurencji na lata 2011–2013" oraz w projekcie „Polityki konkurencji na lata 2014–2018", wskazuje, iż „(…) właściwie funkcjonujący system ochrony konkurencji winien brać pod uwagę możliwe pozytywne skutki porozumień między przedsiębiorcami. Wiele z nich przynosi bowiem szereg korzyści gospodarczych, pozwalających na korzystną dla konsumentów koordynację zachowań lub podział zadań między uczestnikami", *Polityka konkurencji na lata 2011–2013*, UOKiK, Warszawa 2011, s. 13, (www.uokik.gov.pl/download.php?plik=10111) oraz projekt *Polityki konkurencji na lata 2014–2018*, UOKiK, Warszawa 2014, s. 18 (www.uokik.gov.pl/download.php?plik=14688). Skutkowe podejście do oceny zachowań przedsiębiorców oparte na analizie ekonomicznej wynika również z „Polityki ochrony konkurencji i konsumentów", która jako główny obszar zwiększenia skuteczności UOKiK wskazuje „(…) dalszą ekonomizację, czyli wzrost znaczenia wyników analiz ekonomicznych w postępowaniach (…). Dzięki temu reakcje na naruszenia będą uwzględniać kompleksowy wpływ na dobrobyt konsumentów i funkcjonowanie całej gospodarki krajowej. Zastosowanie narzędzi ekonomicznych umożliwi bieżące diagnozowanie zmian zachodzących na rynkach oraz szybkie i sprawne reagowanie UOKiK. Analiza ekonomiczna stanowić będzie

Z zastrzeżeniem porozumień posiadających cechy oczywiście antykonkurencyjnego porozumienia horyzontalnego zawartego wyłącznie w celu wyeliminowania efektywnej konkurencji w drodze uzgodnień cenowych, podziałowych, kontyngentowych czy przetargowych, porozumienia przedsiębiorców mają potencjał do generowania zróżnicowanych (pozytywnych, negatywnych) skutków rynkowych. Dotyczy to w szczególności porozumień wertykalnych, które motywowane mogą być obiektywnymi czynnikami związanymi m.in. ze zwiększeniem efektywności sprzedaży, optymalizacją procesów dystrybucyjnych i poszerzeniem oferty rynkowej[12], jak również określonych typów porozumień horyzontalnych[13]. Z tej perspektywy, czyste podejście formalistyczne nie jest kompatybilne ze skutkowym (przedmiotowym, funkcjonalnym) ujmowaniem efektywnej konkurencji nakierowanej na realizację dobrobytu (bliżej na ten temat w pkt III)[14]. Pomimo tego, ocena porozumień RPM nadal motywowana jest przez perspektywę przedmiotu, który w ocenie organów antymonopolowych ma na tyle silne zabarwienie antykonkurencyjne, że przesądza o oczywistej sprzeczności omawianych porozumień z prawem ochrony konkurencji[15].

Wyjaśnienie podstaw tego stanu rzeczy ma istotne znaczenie w perspektywie zidentyfikowania możliwych stanów faktycznych, w których porozumienia RPM nie będą jawnie antykonkurencyjne.

III. „Antykonkurencyjność" i „prokonkurencyjność" wertykalnych porozumień cenowych typu RPM

1. Uwagi ogólne

Według podejścia formalistycznego porozumienie RPM wykazuje na tyle silny charakter sprzeczności z celem chronionym przez prawo ochrony konkurencji, że nie ma potrzeby powiązania tego przedmiotu z otoczeniem, w którym funkcjonuje porozumienie, a tym bardziej z możliwymi jego (innymi) skutkami dla rynku.

Pewne ślady „zmiękczenia" tego podejścia widoczne są w orzecznictwie polskiego Sądu Najwyższego, który w ostatnim czasie zajął stanowisko o istnieniu podstaw do bardziej kontekstowej oceny przedmiotowych porozumień[16]. Również niektóre decyzje Prezesa UOKiK wydane w przeszłości mogły świadczyć o pewnych odstępstwach od jednoznacznie negatywnej oceny porozumień RPM[17]. Z uwagi jednak na brak wyraźnego i skonkretyzowanego odniesienia tak przez Sąd Najwyższy, jak i organ antymonopolowy do kryteriów ekonomicznych właściwych podejściu skutkowemu, nie jest możliwe przyjęcie wniosku o zmianie podejścia do oceny porozumień RPM z formalistycznego na skutkowe (Jurkowska-Gomułka, 2012, s. 45; Kohutek, 2014; Syp, 2014).

podstawę podejmowania decyzji administracyjnych. W związku ze wzrostem jej roli UOKiK będzie mógł również w większym niż dotychczas stopniu uwzględniać specyfikę danego rynku i rzeczywistą presję jaką wywierają na siebie funkcjonujące na nim podmioty"; *Polityka ochrony konkurencji i konsumentów*, UOKiK, Warszawa 2015, s. 15, 16, 36 i 41, www.uokik.gov.pl/download.php?plik=17021 (31.01.2016).

12 Por. m.in. motywacje przyjmowane dla wprowadzenia określonych systemów dystrybucji: wyłącznej, selektywnej, franchisingowej; Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych…, pkt 151, 174, 189.

13 Np. horyzontalne porozumienia zakupowe motywowane koniecznością uzyskania oszczędności kosztów w postaci niższych cen nabycia przez określone grupy nabywców; Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. Urz. UE z 2011 r., C 11/1), pkt 194.

14 Odnośnie do skutkowego ujmowania konkurencji por. m.in. Miąsik i Skoczny, 2009, s. 50; Stefanicki, 2014; Kohutek, 2012; M. Kępiński, 2014, s. 2 i n.; wyr. SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06; wyr. SN z 23.11.2011 r., III SK 21/11; wyr. SN z 15.05.2014 r., III SK 44/13.

15 Por. liczne decyzje Prezesa UOKiK m.in. z: 31.12.2013 r., DOK-7/2013; 31.12.2012 r., DOK-9/2012; 27.12.2012 r., DOK-8/2012; 21.12.2012, RKT-48/2012; 23.11.2011, RPZ-33/2011; 26.04.2011 r., DOK-3/2011; 30.12.2010 r., RGD-31/2010; 27.09.2010 r., RLU-16/2010; 16.07.2010 r., DOK-6/2010; 19.12.2008 r., RKT-88/200; 4.07.2008 r., DOK-3/2008; 29.06.2007 r., RWR-20/2007; oraz wyr. SN m.in. z: 23.11.2011 r., III SK 21/11; 5.06.2008 r., III SK 40/07 i 16.01.2003 r., I CKN 1200/00.

16 Wyr. SN z: 23.11.2011 r., III SK 21/11 oraz 15.05.2014 r., III SK 44/13. W tym ostatnim Sąd Najwyższy wyraźnie wskazał, iż nie w każdym przypadku porozumienia RPM dochodzi do zagrożenia interesu publicznego, a także aktualizacji konieczności nałożenia kary pieniężnej.

17 Decyzje Prezesa UOKiK z: 30.12.2010 r., RGD-31/2010; 27.09.2010 r., RLU-16/2010; 9.09.2010 r., RLU-17/2010; 19.12.2008 r., RKT-88/2008.

Oceniając to podejście z perspektywy ewentualności zmiany standardu oceny do porozumień RPM, należy odwołać się do podstawowego kryterium oceny antykonkurencyjności, które wynikać winno z celu prawa ochrony konkurencji.

2. Pojęcie „antykonkurencyjności" w kontekście celu prawa ochrony konkurencji

Cel prawa ochrony konkurencji jest definiowany przez nadrzędne wartości prawnokonkurencyjne, których ochrona uzasadnia władczą ingerencję państwa w stosunki gospodarcze (Fidala, 2015, s. 25).

Dotychczasowy rozwój prawa ochrony konkurencji potwierdza ewolucję rozumienia wartości składających się na cel prawa ochrony konkurencji. O ile w początkowej fazie wartości te były utożsamiane z autonomią gospodarczą, procesem rywalizacji rynkowej oraz określonymi modelami działania na rynku (ujęcie podmiotowe, strukturalne, wolnościowe konkurencji)[18], o tyle aktualnie łączone są one z ekonomiczną efektywnością, która realizuje pożądany poziom dobrobytu (ujęcie przedmiotowe, funkcjonalne, skutkowe konkurencji)[19].

Kwestią sporną pozostaje określenie, jakiego rodzaju dobrobyt ma być osiągany w wyniku funkcjonowania efektywnej konkurencji. Zgodnie z dominującym poglądem, dobrobyt ten powinien być utożsamiany z dobrobytem konsumentów, który jest możliwy do osiągnięcia w najwyższym stopniu w sytuacji, kiedy ekonomiczne zasoby istniejące w danym społeczeństwie są alokowane zgodnie z preferencjami konsumentów (Bork, 1993, s. 85). Koncepcja dobrobytu konsumentów nie jest jednak jednoznacznie przyjmowana jako powszechny model prawnokonkurencyjnej ochrony. Podkreśla się w tym zakresie m.in. niejednoznaczność co do kategorii konsumentów chronionych w ramach koncepcji dobrobytu[20] oraz problem zawężenia pola oceny zachowań rynkowych z perspektywy określonej grupy podmiotów, z pominięciem innych (Powałowski, 2015, s. 26; Kępiński, 2014, s. 8).

Zdaniem autora, zachodzi uzasadniona konieczność ujmowania wartości prawnokonkurencyjnej ochrony w szerszym znaczeniu, wpisanym w konstrukcję społecznej gospodarki rynkowej, będącej dominującym modelem ustroju gospodarczego w Europie[21]. Model społecznej gospodarki rynkowej wyznacza dla państwa sferę ingerencji w stosunki gospodarcze, w obszarze których państwo koryguje prawa rynkowe w celu realizacji określonych potrzeb społecznych[22].

W ocenie autora normatywny model efektywnej konkurencji wpisany jest siłą rzeczy w konstrukcję społecznej gospodarki rynkowej i nakierowany winien być na realizację potrzeb zróżnicowanych grup uczestniczących w społecznej gospodarce rynkowej (Fidala, 2015, s. 85). Uwzględniając fakt, iż zachowania rynkowe przedsiębiorców podejmowane są w przestrzeni, w której skupiają

[18] Pewne odniesienia do tego nurtu odnaleźć można m.in. w ocenach wyrażanych przez SOKiK (m.in. wyr. z 9.01.2006 r., XVII Ama 84/04) oraz TSUE (m.in. wyr. z 16.12.1975 r. w sprawach połączonych od 40/73 do 48/73, 50/73, 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73 *Suiker Unie i in. przeciwko Komisji* oraz wyr. z 14.07.1981 r. w sprawie C-172/80 *Züchner przeciwko Bayerische Vereinsbank AG*).

[19] Przejawy tego podejścia widoczne są m.in. w ocenach wyrażanych przez polski Sąd Najwyższy (m.in. wyr. z 5.06.2008 r., III SK 40/07), SOKiK (m.in. wyr. z 16.11.2005 r., XVII Ama 97/04), Prezesa UOKiK (m.in. decyzja z 25.06.2013 r., DOK-1/2013), TSUE (m.in. wyr. z 14.03.2013 r. w sprawie C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt., Generali-Providencia Biztosító Zrt., Gépjármű Márkakereskedők Országos Szövetsége, Magyar Peugeot Márkakereskedők Biztosítási Alkusz Kft, Paragon-Alkusz Zrt. Przeciwko Gazdasági Versenyhivatal*).

[20] W tym zakresie prezentowany jest pogląd o możliwie szerokim ujęciu konsumentów w znaczeniu nabywców (a więc także dystrybutorów), a nie tylko konsumentów finalnych. Por. m.in. Kępiński i in., 2014, s. 741.

[21] Zgodnie z art. 20 Konstytucji RP, „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej". W świetle art. 3 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana, Dz. Urz. UE z 2012 r., C 326, s. 1) „Unia ustanawia rynek wewnętrzny. Działa na rzecz trwałego rozwoju Europy, którego podstawą jest zrównoważony wzrost gospodarczy oraz stabilność cen, społeczna gospodarka rynkowa o wysokiej konkurencyjności, zmierzająca do pełnego zatrudnienia i postępu społecznego oraz wysoki poziom ochrony i poprawy jakości środowiska naturalnego".

[22] Por. m.in. wyr. TK z 30.01.2001 r., SK 17/00.

się potrzeby ekonomiczne różnych grup podmiotów, potrzeby te wyznaczać będą pożądany model dobrobytu społeczno-rynkowego – jako ostatecznego celu prawa ochrony konkurencji. Zaznaczyć należy, iż potrzeby te powiązane są ściśle z określonymi parametrami (funkcjami) efektywnej konkurencji, jak poziom cen, jakość produktów, zakres ich wyboru oraz dostępność, innowacyjność technologiczna. Ze względu na różnorodność tych parametrów rolą prawa ochrony konkurencji w opisanym modelu staje się zaspokojenie i zoptymalizowanie możliwie szerokiego zakresu parametrów w oparciu o skutkowe podejście do oceny danego zachowania (Fidala, 2015, s. 66).

W takim ujęciu celem prawa ochrony konkurencji staje się dobrobyt społeczno-rynkowy postrzegany przez pryzmat ekonomicznych potrzeb różnych grup podmiotów uczestniczących w społecznej gospodarce rynkowej. W zależności od danej sytuacji rynkowej determinowanej przez indywidualizujący ją kontekst prawny, ekonomiczny i faktyczny związany np. z charakterystyką produktową, dominującym modelem konsumenta, strukturą popytu i podaży, barierami wejścia na rynek, legalizacja lub delegalizacja danego zachowania z punktu widzenia celu prawa ochrony konkurencji może być motywowana koniecznością ochrony różnych grup podmiotów obecnych na rynku (Fidala, 2015, s. 106).

Zdaniem autora nie jest możliwe wskazanie z góry jednej, określonej grupy podmiotów, która będzie ultymatywnie chroniona przez prawny zakaz danych zachowań. Elementem oceny „antykonkurencyjności" winno być zdefiniowanie grup, których potrzeby wymagają ochrony oraz samych potrzeb istotnych z perspektywy oceny antykonkurencyjności danego zachowania, w świetle badanego kontekstu. Zastrzec należy przy tym, iż ocena ta wykluczać powinna ochronę interesów samych przedsiębiorców – stron porozumienia w sytuacji, gdy w sposób oczywisty, na podstawie zewnętrznych przejawów zachowań tych przedsiębiorców, można stwierdzić, iż podjęte zachowanie służy wyłącznie sztucznej koordynacji ich polityki rynkowej, bez możliwości generowania przyrostu w szerszej skali (np. w sytuacji porozumień horyzontalnych mających znamiona zmowy cenowej, podziałowej, kontyngentowej, czy przetargowej). Istotne jest bowiem zdefiniowanie tych grup i tych potrzeb, które w danym kontekście są społecznie i ekonomicznie (rynkowo) uzasadnione, w świetle istnienia zasadniczych wartości przyjętych w danym systemie prawnym (Fidala, 2015, s. 106).

W sytuacji powodowania przez dane zachowanie przyrostu korzyści dla jednej grupy lub potrzeb względem strat powodowanych dla innych grup lub w zakresie innych potrzeb rozstrzygające znaczenie powinna mieć analiza z punktu widzenia właśnie tych zasadniczych wartości, uznanych za istotne w danym kontekście rynkowym. Stąd, sama nadwyżka indywidualnego producenta w postaci generowanego przez niego zysku czy też sama nadwyżka indywidualnego konsumenta wyrażająca się w różnicy pomiędzy subiektywnym przekonaniem o wartości danej rzeczy i ceną, jaką w rzeczywistości musi on za nią zapłacić, nie powinny samoistnie przesądzać o tym czy cel prawa ochrony konkurencji jest realizowany, jeżeli w danym kontekście zasadne byłoby uwzględnienie nadwyżki osiąganej przez inne podmioty[23]. Szerokoaspektowe ujęcie korzyści generowanych przez dane zachowanie dla różnych grup podmiotów właściwe winno być ocenie porozumień RPM na rynku książki (por. szczegółowe wywody zawarte w pkt IV).

[23] Koncepcja zakładająca przyrost dobrobytu w sytuacji powstania nadwyżki po którejkolwiek ze stron, bez wartościowania pomiędzy nimi właściwa jest koncepcji „dobrobytu całkowitego" (*total welfare*). Koncepcja „dobrobytu konsumenta" zakłada z kolei przyznanie priorytetowego znaczenia przyrostowi po stronie konsumentów; Bishop i Walker, 2002, s. 24.

3. „Antykonkurencyjne" i „prokonkurencyjne" porozumienia RPM w kontekście celu prawa ochrony konkurencji

W świetle przyjętego modelu dobrobytu społeczno-rynkowego formalistyczne podejście do porozumień RPM oparte na kryterium przedmiotu wydaje się nie mieć uzasadnienia, biorąc pod uwagę złożoność stanów gospodarczych, w których wyrażać się może prokonkurencyjny wpływ porozumień RPM na parametry efektywnej konkurencji inne niż cena towaru (Fidala, 2015, s. 208). Ponadto, podejście to pomija samą naturę porozumień RPM jako ograniczeń typu wertykalnego, które potencjalnie przyczyniają się do wyważenia poziomu wartości dodanej pewnego produktu w łańcuchu dostaw oraz generowania w związku z tym określonych korzyści ekonomicznych na rynku (Fidala, 2015, s. 278; Bongard i in., 2007, s. 123)[24].

Wśród zasadniczych korzyści wiązanych z porozumieniami RPM wskazuje się m.in.:

– ograniczenie ryzyka niewłaściwej działalności rynkowej na szczeblu dystrybucji w związku z występowaniem efektu „jazdy na gapę" (*free rider problem*)[25];
– przeniesienie ciężaru wewnątrzmarkowej konkurencji (tj. konkurencji w obrębie produktu tej samej marki) z poziomu ceny na inne parametry efektywnego konkurowania zarówno wewnątrzmarkowego (np. jakości, efektywności systemu sprzedażowego), jak i międzymarkowego, tj. w obrębie produktów różnych marek (Klein i Murphy, 1988, s. 295);
– kształtowanie efektywności na rynku poprzez umożliwienie wejścia na rynek nowym podmiotom i poszerzenie oferty produktowej[26];
– ochronę wizerunku marki i jakości sprzedaży w związku z m.in. poczynionymi wysiłkami inwestycyjnymi (Marvel, 2010, s. 79-99);
– ograniczenie ryzyka negatywnych decyzji cenowych dystrybutorów stosujących przeceny, powodujących możliwość spadku sprzedaży produktów na półce (OECD, 2008, s. 10);
– zapobieganie zjawisku tzw. podwójnej marży (*double marginalisation*) będącej efektem dodawania marż dostawcy i dystrybutora w relacji wertykalnej (Spengler, 1950, s. 347–352).

Istnienie powyższych korzyści nie powinno oznaczać automatycznego zwolnienia porozumień RPM z oceny ich antykonkurencyjności. W pewnych bowiem sytuacjach porozumienia RPM mogą prowadzić do nieuzasadnionej koordynacji zachowań rynkowych w odniesieniu do istotnych parametrów efektywnej konkurencji (Fidala, 2015, s. 158). Ryzyko powodowania negatywnych skutków w następstwie porozumień RPM może być wywołane okolicznościami świadczącymi w szczególności o tym, iż:

– porozumienie RPM stanowi w istocie horyzontalną zmowę między producentami (dostawcami) lub dystrybutorami w zakresie cen produktów różnych lub tych samych marek[27];
– porozumienie RPM przyczynia się do zamknięcia i podziału znacznej części rynku[28];

[24] Por. także zestawienie korzyści generowanych przez określone typy ograniczeń wertykalnych w Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych…, pkt 107.

[25] Efekt polegający na tym, iż odbiorcy końcowi danego produktu korzystają z usług gwarantowanych przez dystrybutorów świadczących wysoki poziom usług przedsprzedażowych, po czym nabywają ten produkt po niższej cenie u dystrybutora, który nie zapewnia takich usług. Wskutek zachodzenia tego procesu zmniejszyć może się podaż usług przedsprzedażowych dostępnych na rynku; Pitofsky, 2007, s. 61.

[26] Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych…, pkt 225; Klein, 2009, s. 76.

[27] Istotne znaczenie ma w tym kontekście ocena mechanizmów właściwych porozumieniom *hub and spoke*, w ramach których przedsiębiorcy–konkurenci koordynują swoje polityki cenowe poprzez pośrednika będącego wobec nich w relacji wertykalnej; decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2015 r., DOK-4/2015. Por. także Bolecki, 2011.

[28] Decyzja Komisji Europejskiej z 21.12.2000 r. w sprawie COMP.F.1/35.918, *JCB* (Dz. Urz. UE L z 2001 r., L 69, s. 1).

– porozumienie RPM ogranicza możliwości konkurencyjnego działania w zakresie istotnych parametrów efektywnej konkurencji oraz ma bezpośrednie przełożenie na poziom cen odsprzedaży, po których kontrahent dystrybutora, a w szczególności konsument kupuje towary[29].

Oddziaływanie na zachowania cenowe przedsiębiorców może prowadzić m.in. do wzrostu cen, ograniczenia podaży czy zredukowania możliwości rozwojowych rynków, a tym samym do znacznego obniżenia poziomu efektywności i zmniejszenia dobrobytu społeczno-rynkowego. Jak się powszechnie przyjmuje, wyeliminowanie ceny z obszaru gry konkurencyjnej, jako czynnika o podstawowym znaczeniu dla odbiorców, wpływa na wiele aspektów decydujących o rozwoju rynków w zakresie poszczególnych typów efektywności (alokacyjnej, produkcyjnej i dynamicznej), co uzasadniałoby bardziej restrykcyjną ocenę tych porozumień w stosunku do oceny przyjmowanej wobec innych rodzajów ograniczeń wertykalnych[30].

Równoczesne występowanie potencjalnie antykonkurencyjnych i prokonkurencyjnych cech porozumień RPM nakazuje dokonywanie ich analizy z uwzględnieniem ekonomicznego, prawnego i faktycznego kontekstu, zgodnie z założeniami podejścia skutkowego. Z perspektywy celu prawa ochrony konkurencji podejście to powinno zmierzać do oceny oddziaływania mechanizmu RPM na różnorodne parametry efektywnej konkurencji uznane, w świetle zasadniczych wartości, za wymagające ochrony stosownie do potrzeb różnych grup uczestników rynkowych. Ocena ta powinna mieć oparcie w określonych kategoriach ekonomicznych wskazujących na antykonkurencyjność lub prokonkurencyjność porozumienia RPM, jak m.in. siła rynkowa, charakterystyka produktowa, stopień związania rynku przez sieć podobnych porozumień RPM, bariery rynkowe, skonkretyzowane korzyści ekonomiczne[31].

Istotne dla kierunku i charakteru dokonywanej oceny mają korzyści wynikające z przyjętego modelu oceny dla kształtowania efektywnego systemu ochrony konkurencji. Duże znaczenie ma w tym zakresie m.in. minimalizowanie kosztów regulacyjnych, redukcja kosztów popełnienia ewentualnych błędów wynikających z legalizacji danego porozumienia, pomimo jego antykonkurencyjności, tj. błędów typu II, *false negatives* (Easterbrook, 1984, s. 15, 16) czy tworzenie warunków przewidywalności i pewności prawnej.

Zdaniem autora ocena skutkowa porozumień RPM oparta na określonych kryteriach ekonomicznych powiązanych z dobrobytem społeczno-rynkowym nie stoi w sprzeczności z pożądanymi celami oceny antymonopolowej. Szeroki aspekt jej zastosowania do zróżnicowanych kontekstów rynkowych ogranicza ryzyko popełnienia błędów typu II. Z kolei odniesienie się do „mierzalnych" i zobiektywizowanych kryteriów ekonomicznych pozwala na dokonanie oceny w warunkach przewidywalności i pewności prawnej, przy zachowaniu rozsądnych proporcji kosztów regulacyjnych do korzyści. Odniesienie do potrzeb ekonomicznych uczestników rynku nadaje też tej ocenie umotywowanie prawne i aksjologiczne, ugruntowane w konstrukcji społecznej gospodarki rynkowej.

W świetle powyższego rozgraniczenie antykonkurencyjnych i prokonkurencyjnych porozumień RPM wymagać powinno odniesienia do różnorodnych parametrów efektywnej konkurencji w kontekście danego rynku, które kształtowane są stosownie do potrzeb ekonomicznych różnych podmiotów uczestniczących w tym rynku. Akceptacja danego porozumienia RPM jako

[29] Decyzje Prezesa UOKiK z: 27.12.2012 r., DOK–7/2012 oraz 31.12.2012 r., DOK–9/2012.

[30] Por. m.in. wyr. SN z: 16.01.2003 r., I CKN 1200/00; 23.11.2011 r…; decyzje Prezesa UOKiK z: 7.04.2008 r., DOK-1/08 oraz 24.05.2010 r., DOK-4/2010.

[31] Por. m.in. rozważania na temat elementów oceny ograniczeń wertykalnych zawarte w Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych, op. cit., punkty: 115, 118, 121, 134, 154.

prokonkurencyjnego będzie zatem możliwa wówczas, gdy na danym rynku potrzeby ekonomiczne różnych grup podmiotów pozostaną odpowiednio zoptymalizowane i zaspokojone w związku z wprowadzeniem mechanizmu RPM.

IV. Prawnokonkurencyjna ocena sztywnej ceny sprzedaży na rynku książki

Rynek książki stwarza kontekst rynkowy dla oceny mechanizmu sztywnej ceny sprzedaży stanowiącego element właściwy porozumieniom RPM.

W dotychczasowym orzecznictwie i praktyce decyzyjnej sądów i organów antymonopolowych porozumienia RPM zawierane pomiędzy przedsiębiorcami na rynku książki były oceniane rygorystycznie na zasadach właściwych formalistycznemu podejściu do przedmiotowych porozumień[32].

Jednocześnie, Komisja Europejska, jak również systemy prawne poszczególnych państw dopuszczają możliwość stosowania krajowych mechanizmów regulacji ceny książki z uwagi na nadrzędne cele realizowane przez te mechanizmy. Warta odnotowania w tym miejscu jest wypowiedź byłego Komisarza ds. konkurencji Mario Monti, który w kontekście postępowania dotyczącego systemu ustalania cen sprzedaży książek w Niemczech wskazał, iż „(...) w świetle przepisów prawa konkurencji Unii Europejskiej Komisja Europejska nie widzi przeszkód w funkcjonowaniu krajowych systemów ustalania cen książek, które nie oddziałują w znacznym stopniu na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi. Wydając decyzję zatwierdzającą system ustalania cen obowiązujący w Niemczech, Komisja Europejska, przy uwzględnieniu zasady pomocniczości, wzięła pod uwagę interesy krajowe danego państwa w utrzymywaniu takiego systemu – jako mającego na celu zachowanie kulturowej i językowej różnorodności w Europie”[33].

Systemy regulacji ceny książki stanowią element rozwiązań w wielu państwach. Przyjmują one postać porozumień branżowych lub regulacji ustawowych wpisanych w porządek normatywny danego państwa. Porozumienia branżowe wiążące wydawców i księgarzy stanowiły historycznie pierwsze formy regulacji rynku książki, znane już w XIX wieku[34]. Stopniowo zaczęły być one wypierane przez rozwiązania normatywne nakazujące stosowanie określonych mechanizmów cenowych w zakresie sprzedaży książki[35].

Regulację prawną rynku książki w Polsce w zakresie m.in. ustalenia jednolitej ceny książki przewidywał również projekt ustawy o książce[36]. Jak wskazano na wstępie, projekt ten nie został ostatecznie uchwalony przez Sejm poprzedniej kadencji i nie jest aktualnie rozpatrywany. Poniżej

[32] Por. m.in. wyr. TSUE z 31.03.1982 r. w sprawach połączonych C-43/82 i 63/82, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen (VBVB) i Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels (VBBB) przeciwko Komisji Europejskiej*; decyzja Prezesa UOKiK z 16.03.2005 r., RKT-17/2005; sprawa *Albatros* rozpatrywana przez czeski organ antymonopolowy (OECD, 2008, s. 112).

[33] Por. Informacja prasowa Komisji Europejskiej z 22.03.2002 r.: *Commission accepts undertaking in competition proceedings regarding German book price fixing*, IP/02/461. Sprawa dotyczyła porozumienia wydawców i dystrybutorów książek w Niemczech, którzy w ramach funkcjonującego wówczas porozumienia branżowego (*Sammelrevers*) podjęli działania zmierzające do ograniczenia dystrybutorom spoza Niemiec możliwości transgranicznej sprzedaży internetowej książek niemieckojęzycznych poniżej określonego poziomu cen. Po przyjęciu przez uczestników porozumienia określonych zobowiązań odnoszących się do stosowanej praktyki, Komisja Europejska zdecydowała o niepodejmowaniu postępowania w tej sprawie, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-461_en.htm?locale=pl (31.01.2016).

[34] Przykładem takiego porozumienia było zawarte w 1888 r. porozumienie zrzeszające niemieckich wydawców i księgarzy oferujące wydawcom możliwość ustalania stałej ceny w ramach zamkniętego systemu umów pomiędzy uczestnikami rynku książki. Porozumienie to funkcjonowało do 1928 r. W 1965 r. Stowarzyszenie Niemieckich Wydawców i Księgarzy zaproponowało wprowadzenie porozumienia branżowego nazwanego *Sammelrevers* umożliwiającego wydawcom ustalanie stałej ceny książki. Porozumienie to zostało zastąpione w 2002 r. przez regulację ustawową. Więcej na ten temat m.in. Sich, 2004, s. 2; Cylwik i in., 2014, s. 12. Do państw, w których aktualnie funkcjonują tego rodzaju porozumienia branżowe, należą m.in. Słowenia i Chorwacja.

[35] Jak np. *Buchpreisbindungsgesetz* (ustawa o stałej cenie odsprzedaży) w Niemczech oraz *Loi Lange* we Francji. Do państw, w których również obowiązują przepisy regulujące cenę książki, należą m.in. Hiszpania, Portugalia, Austria, Włochy, Holandia; Cylwik i in., 2014, s. 16.

[36] Projekt wraz z uzasadnieniem dostępny jest pod poniższym linkiem: http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9E688B15F19B4EACC1257E600030C321/%24File/3477.pdf (31.01.2016).

przedstawione zostały zasadnicze założenia projektu, które, jak wskazano, nie zostały wprowadzone w życie i z tego punktu widzenia mają znaczenie historyczne.

Projekt nakładał na wydawcę i importera obowiązek ustalenia, przed wprowadzeniem książki do obrotu, jednolitej ceny książki obowiązującej przy sprzedaży nabywcy końcowemu, z pewnymi wyjątkami dotyczącymi np. wydań bibliofilskich oraz zagranicznych (art. 4 ust. 1 ustawy). Do stosowania ceny książki zobowiązany miał być sprzedawca końcowy, a więc podmiot wykonujący działalność gospodarczą w zakresie obrotu gospodarczego książkami, który sprzedaje książki nabywcy końcowemu (art. 8 ust. 1 ustawy). Cena oraz informacja o roku i miesiącu wprowadzenia książki do obrotu miały być trwale umieszczone na książce lub zamieszczone w internetowym katalogu wydawcy (art. 5 ust. 1 ustawy). Okres obowiązywania ceny książki wynosiłby 12 miesięcy od końca miesiąca, w którym wprowadzono książkę do obrotu. Po upływie 6 miesięcy od końca miesiąca, w którym wprowadzono książkę do obrotu, wydawca i importer byliby uprawnieni do wycofania z rynku całego nakładu książki i ustalenia nowej ceny na okres pozostały do upływu okresu 12 miesięcy (art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy). Ustawa wprowadzała możliwości sprzedaży książek w ramach określonego przedziału procentowego, m.in. do bibliotek, instytucji kultury lub podczas targów książki (art. 11 ustawy).

Propozycja tej regulacji oraz szeroki kontekst prawny, ekonomiczny, kulturowy czy medialny, w który się ona wpisuje, skłaniają do sformułowania oceny mechanizmu sztywnej ceny sprzedaży książki z perspektywy omówionego wyżej podejścia do porozumień RPM w prawie ochrony konkurencji. Zaznaczyć należy, iż przedstawiona niżej ocena nie wyczerpuje całości możliwych zagadnień i problemów związanych z regulacją rynku książki. Jej celem jest wskazanie na możliwą dodatkową płaszczyznę analizy w kontekście regulacji prawa ochrony konkurencji.

Przekładając wnioski sformułowane powyżej w zakresie oceny porozumień RPM na możliwość zastosowania mechanizmu sztywnej ceny książki, należałoby, w ocenie autora, rozważyć czy w kontekście możliwych korzyści i strat identyfikowanych na tym rynku mogłyby zostać zaspokojone i zoptymalizowane potrzeby ekonomiczne wystarczającej liczby podmiotów w nim uczestniczących. Odpowiedź pozytywna na tak zadane pytanie przemawiać mogłaby za rozważeniem prokonkurencyjnego charakteru mechanizmu sztywnej ceny książki jako służącego podwyższeniu dobrobytu społeczno-rynkowego.

Analizując korzyści identyfikowane w związku z wprowadzeniem mechanizmu sztywnej ceny sprzedaży książki, należy odnieść się do prokonkurencyjnych argumentów właściwych dla porozumień RPM.

Po pierwsze, sztywna cena książki może ograniczać ryzyko utraty wysiłków sprzedażowych podejmowanych przez księgarzy w celu zapewnienia odpowiedniej jakości obsługi procesu sprzedażowego książki (poprzez np. ekspozycję, doradztwo, lokalizację i wystrój księgarni, zakres ofertowy). Niższa cena sprzedaży oferowana przez konkurencyjnych sprzedawców, niegwarantujących określonych usług sprzedażowych, może rodzić znaczne ryzyko utraty podjętych wysiłków wskutek wyborów zakupowych nabywców końcowych, którzy po skorzystaniu z usług decydują się na zakup książki po niższej cenie. W szerszej perspektywie dojść może do zachwiania równowagi konkurencyjnej na rynku wskutek wychodzenia z rynku podmiotów gwarantujących określoną jakość sprzedaży.

Po drugie, jednolita cena książki przekłada ciężar rywalizacji na inne aspekty efektywnego konkurowania w ramach tych samych tytułów książkowych (jak np. jakość obsługi, szerszy zakres usług dodatkowych, bardziej przyjazny sposób ekspozycji, lepszy personel). Jednocześnie pozwala ona na potencjalne utrzymanie, a nawet wzmocnienie, konkurencji cenowej i pozacenowej pomiędzy wydawcami w obrębie różnych tytułów książkowych (z zastrzeżeniem jednak przypadków, gdy wydawcy korzystają ze swoistego monopolu wydawniczego w zakresie danego tytułu – por. uwagi poniżej). Przeniesienie akcentów efektywnego konkurowania z jednego parametru, jakim jest cena danego tytułu, na inne, może sprzyjać efektywności systemu dystrybucji książek.

Po trzecie, gwarancja sztywnej ceny może sprzyjać wzmocnieniu wysiłków sprzedażowych pomiędzy wydawcami i sprzedawcami w zakresie budowania lepszej jakościowo oferty produktowej do klienta końcowego. Wzmocniona motywacja sprzedawców do kierowania wysiłków sprzedażowych na tytuły gwarantujące dany poziom marży mogłaby sprzyjać rywalizacji rynkowej pomiędzy poszczególnymi wydawcami wydającymi tytuły z „tej samej półki" czy tego samego gatunku literackiego, jak również pomiędzy wydawcami tych samych tytułów lub różnych tytułów tego samego autora, nieobjętych wyłącznością któregokolwiek z wydawców. Ponadto, wydawcy mogą mieć zwiększone motywacje do tworzenia dodatkowych zachęt (pozacenowych – np. ciekawsza szata graficzna, dodatkowe kanały dystrybucji oraz cenowych) skierowanych do konsumentów, aby ci dokonali zakupu książek określonego wydawcy. Argument ten miałby istotne znaczenie w odniesieniu do tych segmentów rynku książki, gdzie istniałaby rzeczywista konkurencja pomiędzy wydawcami w obrębie różnych tytułów pożądanych przez konsumentów, np. tytułów obejmujących dany gatunek literacki, tytułów różnych autorów z określonej kategorii czy grupy literackiej, bądź różnych tytułów tego samego autora. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której konsumenci nie kierują swoich preferencji na określony tytuł, lecz na pewien zakres gatunkowy czy kategorie autorów, w obrębie których istnieje konkurencja pomiędzy tytułami różnych wydawców. Sztywna cena książki stosowana przez różnych wydawców dla tytułów równolegle poszukiwanych przez konsumentów mogłaby stymulować konkurencję cenową oraz pozacenową pomiędzy tymi wydawcami i przyczyniać się do budowania lepszej oferty dostępnej dla konsumenta. Zastosowanie tego argumentu byłoby jednak ograniczone w tych sytuacjach, w których konsumenci poszukiwaliby konkretnego tytułu objętego monopolem wydawniczym danego wydawcy mającego wyłączne prawo jego wydania w Polsce. W takim bowiem przypadku nie zachodziłoby po stronie wydawcy takiego tytułu uzasadnienie do tworzenia dodatkowych bodźców na rzecz konsumentów, skoro konsumenci dokonaliby zakupu danego tytułu, niezależnie od podjętych przez wydawcę wysiłków.

Po czwarte, dzięki gwarancji sztywnej marży przy sprzedaży zwiększyć mogłaby się również skłonność do wprowadzenia na rynek określonych tytułów. Gwarancja stałej marży przy sprzedaży służyć mogłaby jako element obniżający ryzyko ekonomicznej straty przy sprzedaży danego tytułu z korzyścią dla poziomu dostępności ofertowej.

Po piąte, mechanizm sztywnej ceny mógłby zapobiegać negatywnym następstwom znacznych obniżek cen stosowanych przez sieci dystrybucyjne w zakresie określonych tytułów (najczęściej bestsellerów). Stosowanie przecen wpisuje się w kontekst praktyk określanych mianem „spijania śmietanki" (*cream skimming*), które polegają na tym, że dystrybutorzy sieciowi utrzymują zapasy wyłącznie popularnych tytułów po to tylko, aby sprzedać je po niższej cenie. W konsekwencji,

mniejsze, niezależne księgarnie sprzedające te tytuły po cenie regularnej nie mają możliwości generowania zysku, w oparciu o który mogłyby dotować sprzedaż tytułów mniej popularnych (Backhaus i Hansen, 2009, s. 299). Ograniczenie negatywnych skutków tego zjawiska w wyniku wprowadzenia mechanizmu ceny sztywnej może być odczuwalne w obszarze konkurencji pomiędzy sprzedawcami w ramach tego samego tytułu, jak i pomiędzy różnymi tytułami. W pierwszym przypadku konkurencyjni sprzedawcy nie ponosiliby ryzyka konieczności wycofania danego tytułu ze swojej oferty ze względu na jego zbyt niską marżę i sprzedaż. W drugim przypadku zaś zwiększyć mogłaby się szansa na prowadzenie zracjonalizowanej polityki cenowej i potencjalnie przekierowania (choćby częściowego) popytu z tytułów popularnych na mniej popularne.

Aby mechanizm sztywnej ceny książki mógł zostać uznany za prokonkurencyjny, powyższe korzyści powinny być odczuwalne przez podmioty uczestniczące w rynku książki: autorów, wydawców, księgarzy oraz nabywców końcowych. Odczuwalność tę można zmierzyć poziomem zaspokojenia potrzeb ekonomicznych tych podmiotów wskutek wprowadzenia sztywnej ceny książki.

W przypadku autorów sztywna cena książki może powodować wzrost ich zysków we wszystkich tych przypadkach, w których honorarium autorskie jest kalkulowane jako udział procentowy w cenie odsprzedaży książki. Ponadto, możliwość poszerzenia oferty produktowej w wyniku skierowania wysiłków promocyjnych i zainteresowania czytelniczego na nowe tytuły stwarzać może szanse na znalezienie przez autorów wydawców, którzy nie byliby skłonni podjąć ryzyka wydawniczego w braku sztywnej ceny sprzedaży.

W przypadku wydawnictw ujednolicenie ceny sprzedaży może generować zapotrzebowanie na tytuły inne niż popularne i poszerzenie tym samym obszarów rywalizacji o klienta końcowego gotowego nabyć produkt o odpowiednich parametrach. Wydawcy mają też możliwość dotowania niszowych publikacji o określonej wartości artystycznej zyskami ze sprzedaży bestsellerów (w ramach stosowania tzw. kalkulacji mieszanej), co stwarza im dodatkowe możliwości poszerzenia swojej oferty (Sich, 2004, s. 5).

W przypadku księgarzy mogą zachodzić warunki do wyrównania szans sprzedażowych pomiędzy niezależnymi księgarniami, zwłaszcza inwestującymi w jakość i obsługę sprzedażową, oraz sieciami dystrybucyjnymi. W wyniku ograniczenia możliwości stosowania przez sieci znacznych przecen na tytuły popularne i książki współczesne (a tym samym stosowania praktyk w zakresie *cream skimming*), niezależne księgarnie mogą mieć również możliwość sprzedaży tych tytułów i jednoczesnego finansowania mniej popularnych tytułów zyskami pochodzącymi ze sprzedaży bestsellerów.

Korzyści odczuwalne przez nabywców końcowych mogą być konsekwencją poszerzenia oferty wydawniczej w zakresie wartościowych tytułów, utrzymania niezależnych księgarń oferujących określony poziom obsługi sprzedażowej i rozwoju sprzedaży alternatywnej (np. kluboksięgarń) oraz podniesienia poziomu jakości wydawnictw dostępnych w Polsce.

Opisane powyżej korzyści i poziom zaspokojenia potrzeb ekonomicznych uczestników rynku książki winne być skonfrontowane ze specyfiką tego rynku i ewentualnymi stratami, jakie mogą być na rynku książki odczuwalne.

Nie ulega wątpliwości, że generowanie korzyści przez mechanizm sztywnej ceny książki w zakresie podniesienia poziomu jakości sprzedaży książek, poszerzenia dostępności oferty wydawniczej czy liczby punktów sprzedaży oferujących usługi o określonych parametrach znajdzie

swoje uzasadnienie w charakterystyce samego produktu, jakim jest książka. Książka jest produktem specyficznym, o którego faktycznej wartości można co do zasady przekonać się dopiero „po konsumpcji", przeczytaniu (Cylwik i in., 2014, s. 5). Z badań polskiego rynku książki wynika, iż księgarnie są miejscem, w którym najczęściej przegląda się i czyta fragmenty książek, fizyczny kontakt z książką w księgarni przekłada się zaś w największym stopniu na chęć jej zakupu i przeczytania (Sobolewska, 2014; CBOS, 2013). W tym kontekście książka, jako produkt o szczególnych właściwościach, może uzasadniać podejmowanie przez sprzedawców wysiłków na rynku w kierunku innych parametrów konkurencji niż cena.

Ten aspekt również ogranicza (aczkolwiek nie eliminuje) ryzyko zawiązania horyzontalnego porozumienia cenowego pomiędzy wydawcami czy dystrybutorami. W tej mierze wskazuje się, iż książka nowowydana – jako produkt jednostkowy, odrębny od pozostałych – stwarza ograniczone możliwości przygotowania, realizacji i utrzymania zmowy cenowej (Cylwik i in., 2014, s. 11).

Zdaniem autora, tendencje panujące aktualnie na polskim rynku również mogłyby sugerować potrzebę podjęcia działań interwencyjnych. Świadczyć o tym mogłaby m.in.:

– rosnąca konkurencja książki elektronicznej (e-booków) oraz silny rozwój sieci sprzedaży internetowej, wypierające kanał sprzedaży tradycyjnej głównie za sprawą niższych cen sprzedaży;
– silna koncentracja rynku dystrybucji hurtowej książki, znaczna siła przetargowa dystrybutorów oraz odległe terminy płatności, które wpływają negatywnie na działalność wydawnictw, przez co warunkują poziom cen katalogowych w obiegu handlowym;
– znacząca przewaga dużych sieci księgarskich stosujących zintensyfikowaną politykę rabatową w zakresie popularnych tytułów książkowych (bestsellerów) oraz wychodzenie z rynku mniejszych, niezależnych księgarń tradycyjnych (Dobrołęcki i in., 2014, s. 11–15).

O ile wskazane wyżej argumenty na rzecz prokonkurencyjnego charakteru mechanizmu sztywnej ceny książki mogą sugerować pozytywną ocenę regulacji rynku książki, o tyle nie należy zapominać o możliwych ubocznych efektach tego rodzaju regulacji.

Po pierwsze, argument w zakresie ograniczenia efektu „jazdy na gapę" spotkał się z krytyką, również w odniesieniu do książki, gdzie wskazuje się m.in., iż zagwarantowanie dostępności produktów w punktach stacjonarnych (fizycznych) w sztywnej cenie nie będzie kompensować korzyści wynikających z niższej ceny tych samych produktów w sytuacji, gdy konsumenci muszą i tak ponieść stosunkowo wysokie koszty znalezienia produktu w danym punkcie fizycznym (Schultz, 2007, s. 236–255). Istotne byłoby w tym zakresie zbadanie tendencji obrazujących zachowania konsumentów i ich skłonności do poszukiwania określonych tytułów w punkcie fizycznym.

Po drugie, brakuje gwarancji, iż w istocie sztywna cena sprzedaży zmotywuje wydawców oraz księgarzy do dotowania mniej popularnych tytułów zyskami ze sprzedaży bestsellerów. Decyzje w tym zakresie będą podjęte samodzielnie przez wydawców i księgarzy, których zachowania motywowane mogą być przez ekonomiczną ocenę korzyści i strat (Poort i van Eijk, 2015, s. 9). Założenie odnośnie do określonych decyzji wydawców i księgarzy oparte winno być na dotychczasowej praktyce, badaniach empirycznych oraz analizie możliwości tego rodzaju zachowań w kontekście potencjału rynku księgarskiego w Polsce.

Po trzecie, w odniesieniu do tych rynków detalicznych książki, które obejmują konkretne tytuły poszukiwane przez konsumentów, a tym samym cechują się ograniczeniem lub brakiem substytucyjności popytowej, zachodzi istotne ryzyko wzmocnienia siły rynkowej wydawcy działającego

na tym rynku, przy założeniu, że wydawca ten posiada wyłączne prawo ich wydania w Polsce i nie spotyka się z konkurencją ze strony innych wydawców. Wobec braku rywali rynkowych, po stronie takiego wydawcy nie zachodziłoby ryzyko wynikające z konieczności obniżenia ceny, a w konsekwencji wydawca taki nie miałby bodźców do oferowania warunków cenowych na poziomie rynkowym. W konsekwencji, nie należy wykluczyć przypadków, kiedy w opisywanej sytuacji mechanizm RPM mógłby sprzyjać ustalaniu przez wydawców konkretnych tytułów cen na poziomie monopolistycznym i utrzymywaniu ich przez dłuższy czas. Stąd, w celu ograniczenia ryzyka nadużywania pozycji dominującej przez wydawców–monopolistów, istotne byłoby zawężenie horyzontu czasowego obowiązywania mechanizmu RPM w odniesieniu do konkretnych tytułów wprowadzanych po raz pierwszy do obrotu, przez wydawców dysponujących prawami wyłącznymi do ich wydawania.

Po czwarte, utrzymywanie na rynku niezależnych księgarń nie musi siłą rzeczy oznaczać wzrostu dobrobytu. Warto wskazać na argument, iż konsument mający do wyboru księgarnię należącą do sieci, która znajduje się w dogodnie położonym centrum handlowym, a mniejszy punkt sprzedaży z wykwalifikowanym pracownikiem, zapewniającym pełen wachlarz usług sprzedażowych, może wykazywać większą skłonność do wyboru księgarni sieciowej (Kłosowicz, 2015, s. 3). W tym kontekście istotna byłaby ocena zakresu i rodzaju usług oferowanych przez niezależne księgarnie, dostępności tych usług oraz zapotrzebowania po stronie konsumentów na tego rodzaju usługi.

Po piąte, zapotrzebowanie na jakość i dostępność ofertową książki jest w dużej mierze uwarunkowane dominującym modelem konsumenta, którego potrzeby ekonomiczne miałyby zostać zaspokojone w wyniku wprowadzenia sztywnej ceny sprzedaży. Pomocnym narzędziem może być tu wyróżnienie konsumentów inframarginalnych (*inframarginal consumers*), którzy kupują książki „regularnie", niezależnie od świadczonych usług, oraz marginalnych (*marginal consumers*), dla których ważne są usługi przedsprzedażowe oferowane na rynku (Schulz, 2005, s. 23 i n.). Oddziaływanie sztywnej ceny sprzedaży na zachowania tych dwóch grup konsumentów mogą stanowić wyznacznik prawnokonkurencyjnej oceny omawianego mechanizmu.

Po szóste, mechanizm RPM może doprowadzić do podwyższenia ceny książki płaconej przez odbiorcę końcowego, a tym samym ograniczenia konkurencji w warunkach, w których w danym kontekście ekonomicznym, odbiorca ten nie będzie odczuwał wymiernych korzyści wynikających z pozytywnego oddziaływania RPM na inne parametry wymagające ochrony. Należy przy tym zastrzec, iż opisany kontrargument nie będzie miał uniwersalnego zastosowania w każdej sytuacji. Jak dowodzi bowiem przykład Niemiec czy Norwegii, wprowadzenie sztywnej książki nie przekłada się automatycznie na wzrost ceny detalicznej sprzedaży, a wręcz może prowadzić do jej obniżenia (Cylwik i in., 2014, s. 12, 15 i 17). Ponadto, w relacjach pionowych sam skutek w postaci wyższej ceny nie będzie przesądzać o antykonkurencyjności danego zachowania, jeżeli wyższa cena związana jest z generowaniem korzyści w zakresie np. budowania efektywnych systemów sprzedaży[37].

Powyższe kontrargumenty skłaniają do przeprowadzenia pogłębionej analizy uwarunkowań rynkowych, w obszarze których sztywna cena książki znalazłaby swoje oddziaływanie. Każdy rynek cechuje się swoistymi mechanizmami i odmiennościami i w jego kontekście należałoby

[37] Wyr. TSUE z 25.10.1977 r. w sprawie C-26/76, *Metro przeciwko Komisji Europejskiej*.

zbadać wpływ sztywnej ceny książki na poziom dobrobytu społeczno-rynkowego. O ile przykład Norwegii, Austrii czy Niemiec może przemawiać za przyjęciem takiego mechanizmu[38], o tyle przykład Izraela mógłby wskazywać na pewne zagrożenia związane ze zbyt głęboką ingerencją w mechanizm cenowy na rynku książki[39].

Z punktu widzenia postulowanej w niniejszym artykule koncepcji oceny antykonkurencyjności porozumień RPM istotne byłoby określenie potrzeb różnych grup podmiotów uczestniczących w rynku książki wymagających ochrony i zbadanie, na ile mechanizm RPM realizuje tę ochronę poprzez pozytywny wpływ na określone parametry efektywnej konkurencji, jak cena, jakość, dostępność produktowa, efektywność sprzedaży.

Wartym rozważenia byłoby przeprowadzenie pogłębionej analizy rynku książki z punktu widzenia potrzeb ekonomicznych poszczególnych uczestników rzeczonego rynku (autorów, wydawców, księgarzy, konsumentów). Celem tej analizy mogłoby być określenie potrzeb ekonomicznych wymagających ochrony i zbadanie specyficznych uwarunkowań rynku książki przemawiających za koniecznością ochrony tych potrzeb. Wprowadzenie mechanizmu sztywnej ceny książki wymagałoby rozważenia w zakresie, w jakim prokonkurencyjne elementy właściwe temu mechanizmowi sprzyjałyby ochronie zidentyfikowanych potrzeb.

Na rzecz wprowadzenia regulacji w zakresie sztywnej ceny książki mogłyby świadczyć elementy oceny potwierdzające m.in. niedostatki funkcjonowania na rynku książki mechanizmów zapewniających ochronę potrzeb ekonomicznych poszczególnych uczestników rynku w zakresie określonych parametrów pozacenowych, jak: (i) dostępność różnorodnej oferty produktowej; (ii) swobodny wybór pomiędzy różnymi tytułami; (iii) odpowiednia liczba kanałów sprzedaży; (iv) lepsza jakość oferowanych produktów i usług, pod warunkiem jednak, iż parametry te odpowiadałyby rzeczywistym potrzebom uczestniczących podmiotów.

Przeciwko mechanizmowi sztywnej ceny książki mogłyby świadczyć te elementy oceny, w świetle których zachodziłoby znaczne ryzyko negatywnego oddziaływania na parametry cenowe, bez dostatecznego ich kompensowania wpływem na inne parametry wymagające ochrony, np. mechanizm sztywnych cen mógłby prowadzić do: (i) powstania swoistego monopolu wydawców wydających określone tytuły; (ii) podwyższenia cen książek ponad poziom rynkowy lub (iii) niezapewniania ochrony rzeczywistych potrzeb konsumentów stosownie do dominującego modelu konsumenta na rynku książki.

V. Zakończenie

Mechanizm sztywnej ceny książki może być poddany analizie właściwej badaniom nad antykonkurencyjnością porozumień RPM. Analiza taka zakłada wyodrębnienie pro- i antykonkurencyjnych porozumień RPM z perspektywy celu prawa ochrony konkurencji wiązanego z koncepcją dobrobytu społeczno-rynkowego. Cel ten narzuca konieczność pogłębionego, skutkowego podejścia do oceny tak porozumień RPM, jak i samego mechanizmu sztywnej ceny książki.

[38] Np. w Austrii po wprowadzeniu ustawy regulującej cenę książki odnotowano wzrost: 1) poziomu sprzedaży książek, 2) liczby księgarni niezależnych, 3) liczby małych wydawców, 4) poziomu czytelnictwa. Sama ustawa nie miała wpływu na 1) liczbę placówek sieci księgarskich, 2) poziom cen detalicznych i 3) liczbę bibliotek; zob. Cylwik i in., 2014, s. 17.

[39] Np. w Izraelu, po wprowadzeniu ustawy regulującej cenę książki sprzedaż nowych tytułów spadła o 35%, natomiast całkowita sprzedaż książek o 15%. Wydawcy z kolei zostali zmuszeni do podwyżki cen książek ze względu na niższą sprzedaż; zob. Kłosowicz, 2015, s. 4.

W kontekście rynku książki cel ten może być realizowany na tyle, na ile w efekcie pozytywnego oddziaływania sztywnej ceny książki na parametry efektywnego konkurowania na rynku książki sztywna cena książki mogłaby przyczyniać się do zaspokajania i optymalizowania zróżnicowanych ekonomicznych potrzeb różnych grup podmiotów (autorów, wydawców, księgarzy, konsumentów). Zastosowanie mechanizmu sztywnej ceny powinno jednak zostać poprzedzone pogłębioną analizą korzyści i strat, jakie z punktu widzenia tych potrzeb byłyby generowane przez opisywany mechanizm w kontekście uwarunkowań i cech danego rynku.

Bibliografia

Aziewicz, D. (2013). Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji. *iKAR*, *3*(2).

Backhaus, J. i Hansen, R. (2009). Resale Price Maintenance for Books in Germany and the European Union: A Legal and Economic Analysis. *Current Issues in Competition Theory and Policy*, 8.

Bailey, D. (2012). Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFUE. *Common Market Law Review,* 49.

Bishop, S. i Walker, M. (2002). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. Londyn: Sweet & Maxwell.

Bolecki, A. (2011). Polish Antitrust Experience with Hub-and-Scope Conspiracies. *YARS*, *4*(5).

Bolecki, A. (2012). Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej. *iKAR*, *1*(1).

Bongard, Ch., Moller, D., Raimann, A., Szadkowski, N. i Dubejko, U. (2007). *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*". Bonn-Warszawa: UOKiK.

Bork, R. (1993). *The antitrust paradox*. Nowy Jork: Free Press.

CBOS (2013). Kierunki i formy transformacji czytelnictwa w Polsce. Raport z badania założycielskiego. Pozyskano z: http://www.pik.org.pl/upload/files/RCz._Badanie_zalozycielskie.Raport.CBOS.pdf (31.01.2016).

Cylwik, A., Dwórznik, M. i Mazur, P. (2014). *Skutki ekonomiczne regulacji rynku książki w Polsce*. Pozyskano z: http://www.pik.org.pl/upload/files/LANG_-_CASE_-_Skutki_ekonomiczne_regulacji_rynku_ksiazk.pdf (31.01.2016).

Dobrołęcki, P., Gołebiewski, Ł,. Tanderenda-Ożóg, E. i Waszczyk, P. (2014). *Polski rynek książki. Szanse i zagrożenia – konieczność zmian.* Warszawa: Biblioteka Analiz.

Easterbrook, F.H. (1984). The limits of antitrust. *Texas Law Review*.

Elzinga, K.G. i Mills, D.E. (2010). Leegin and Procompetitive Resale Price Maintenance. *Antitrust Bulletin*, 55.

Fidala, J. (2012). Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych. *iKAR*, *3*(1).

Fidala, J. (2015). *Antykonkurencyjne wertykalne porozumienia cenowe w prawie ochrony konkurencji*. Niepublikowana praca doktorska, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław.

Goyder, J. (2011). Cet Obscur Object: Object Restrictions in Vertical Agreements. *Journal of European Competition Law & Practice*, *2*(4).

Grzejdziak, Ł. (2009). Zakaz ustalania cen odsprzedaży towarów. Warunek sine qua non efektywnej konkurencji czy nieproporcjonalne ograniczenie wolności gospodarczej. W: W. Szwajdler, H. Nowicki (red.), *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*. Toruń: Wydawnictwo TNOiK ,,Dom Organizatora".

Hildebrand, D. (2009). *The role of economic analysis in the EC competition rules*. Haga: Kluwer Law International.

Jones, A. (2010). The Journey Toward an Effects-Based Approach Under Article 101 TFEU – The Case of Hardcore Restraints. *Antitrust Bulletin*, 783.

Jurkowska-Gomułka, A. (2012). Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 roku. *iKAR*, *1*(1).

Jurkowska-Gomułka, A. i Skoczny, T. (2009). Ekonomizacja wspólnotowej polityki konkurencji – założenia a realizacja. W: A. Stępniak, S. Umiński, A. Zabłocka (red.), *Wybrane problemy integracji europejskiej*. Sopot: Fundacja Rozwoju Uniwersytetu Gdańskiego.

Kępiński, M. (2014). Pojęcie i systematyka prawa konkurencji. W: M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego. Prawo konkurencji* (t. 15). Warszawa: C.H. Beck.

Kępiński, M., Bernatt, M., Jurkowska-Gomułka, A. i Skoczny, T. (2014). Interes publiczny w ochronie konkurencji. W: M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego. Prawo konkurencji* (t. 15). Warszawa: C.H. Beck.

Kępiński, M. i Podrecki, P. (2014). Zakaz porozumień ograniczających konkurencję. W: M. Kępiński (red.), *System prawa prywatnego. Prawo konkurencji* (t. 15). Warszawa: C.H. Beck.

Klein, B. (2009). Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free Riding. *Antitrust Law Journal*, 2.

Klein, B. i Murphy, K. (1988). Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms. *Journal of Law & Economics*, 31.

Kłosowicz, D. (2015). *Ustawa o książce – potencjalne skutki wprowadzenia w Polsce i kwestia regulacji rynku książki w Izraelu i Francji.* Pozyskano z: http://krakow.koliber.org/ustawa-o-ksiazce-potencjalne-skutki-wprowadzenia-w-polsce-i-kwestia-regulacji-rynku-ksiazki-w-izraelu-i-francji/ (31.01.2016).

Kneepkens, M. (2007). Resale Price Maintenance: Economics Call for a More Balanced Approach. *European Competition Law Review*, 12.

Kohutek, K. (2012). *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kohutek, K. (2014). RMP nie zawsze godzą w interes publiczny: bliżej zindywidualizowanego podejścia do wertykalnego ustalania cen odsprzedaży. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2014 r. III SK 44/13. *iKAR*, *6*(3).

Kohutek, K. (2015). Materialnoprawne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: postulaty modyfikacji oraz uwagi de lege ferenda. *iKAR*, *2*(4).

Marvel, H.P. (2010). Resale Price Maintenance and Resale Prices: Paying to Support Competition in the Market for Heavy Trucks. *Antitrust Bulletin*, 55.

Neven, D. i de la Mano, M. (2006). *Further steps towards an effects-based approach*. Referat wygłoszony na konferencji CRA „Economic Developments in European Competition Policy", Bruksela.

OECD (2008). *Resale Price Maintenance. Policy Roundtable*. Pozyskano z: http://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf (31.01.2016).

Piszcz, A. (2010). Ekonomizacja prawa antymonopolowego. W: P. Chmielnicki, A. Dybała (red.), *Nowe kierunki działań administracji publicznej w Polsce i Unii Europejskiej*. Warszawa: LexisNexis.

Pitofsky R. (2007). Are Retailers Who Offer Discounts Really „Knaves"?: The Coming Challenge to the Dr. Miles Rule. *Antitrust*, Spring.

Poort, J. i van Eijk, N. (2015). Digital fixation: the law and economics of a fixed e-book price*. International Journal of Cultural Policy.*

Powałowski, A. (2015). *Prawo ochrony konkurencji*. Warszawa: Difin.

Schulz, N. (2005). *Resale Price Maintenance and the Service Argument: Efficiency Effects*. Wuerzburg Economic Working Paper No. 53. Pozyskano z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=710221 (31.01.2016).

Schultz, N. (2007). Does the service argument justify resale price maintenance? *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 163.

Sich, V. (2004). *The system of fixed book prices in Germany. A short overview of the history, the regulations, and the impact of retail price maintenance*. Frankfurt-Seoul: Korean Publishing Forum.

Skoczny, T. (red.). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Sobolewska, J. (2014). Znikające księgarnie*. Polityka*, 25.02.2014. Pozyskano z: http://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kultura/1571383,1,znikajace-ksiegarnie.read (31.01.2016).

Spengler, J.J. (1950). Vertical Integration and Antitrust Policy. *Journal of Political Economy*, *58*(4).

Stefanicki, R. (2014). *Prywatnoprawne środki dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji*. Warszawa: C.H. Beck.

Syp, Sz. (2014). Komentarz do wyr. SN z 15 maja 2014 r. (III SK 44/13) – podejście do porozumień wertykalnych, nihil novi? Pozyskano z: http://korporacyjnie.pl/komentarz-do-wyr-sn-z-15-maja-2014-r-iii-sk-4413-podejscie-do-porozumien-wertykalnych-nivil-novi/ (31.01.2016).

Zawłocka-Turno, A. i Turno, B. (2011). Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 4.

Piotr Semeniuk*

Nieantymonopolowa kontrola koncentracji na rynku audiowizualnym, nieruchomości i farmaceutycznym

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Kontrola fuzji na rynku audiowizualnym przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji
III. Kontrola koncentracji przewidziana na gruncie ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców
IV. Kontrola fuzji na rynku farmaceutycznym przez inspekcję farmaceutyczną
V. Wnioski

Streszczenie

Autor przedstawia i analizuje przepisy ustawy o radiofonii i telewizji, ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców oraz prawa farmaceutycznego przyznające kompetencje do kontroli koncentracji pomiędzy przedsiębiorcami odpowiednio: Przewodniczącemu Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych oraz wojewódzkim inspektorom farmaceutycznym.

W szczególności zwraca on uwagę na to, że przesłanki oceny legalności fuzji, a także cele kontroli koncentracji przez powyższe organy są odmienne niż przesłanki oceny i cele kontroli koncentracji przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Autor omawia problemy związane z interpretacją przepisów dotyczących „nieantymonopolowej" kontroli fuzji powstałe na skutek prób ich obchodzenia przez przedsiębiorców, którzy wykorzystują w tym celu wielopoziomowe struktury kapitałowe oraz postuluje taką ich wykładnię, która będzie zgodna z intencją ustawodawcy.

Słowa kluczowe: kontrola koncentracji; kontrola fuzji; UOKiK; KRRiT; minister właściwy ds. wewnętrznych; inspekcja farmaceutyczna; sieci apteczne; koncesja radiowo-telewizyjna; nabywanie nieruchomości przez cudzoziemców; ochrona drobnego biznesu; ochrona polskiego kapitału.

JEL: K23

* Doktor nauk prawnych, obronił doktorat z prawa konkurencji na Uniwersytecie Jagiellońskim oraz ukończył studia LLM na Uniwersytecie Nowojorskim; kieruje działem prawnym w centrum analitycznym Polityka Insight; adwokat stanu Nowy Jork; e-mail: p.semeniuk@politykainsight.pl, ppsemeniuk@gmail.com.

I. Wprowadzenie

Cele antymonopolowej kontroli koncentracji w Polsce są podobne do tych uznawanych w większości reżimów prawa konkurencji. Przywołując polską ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów[1] (dalej: uokik), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) powinien wyrazić zgodę na fuzję[2], jeżeli w jej wyniku „konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej". Celem kontroli organu antymonopolowego jest więc przede wszystkim ochrona szeroko rozumianej „konkurencji"[3].

Pomimo wielu dyskusji na temat szczegółowych celów polityki antymonopolowej na świecie, wydaje się, że wśród doktryny panuje swego rodzaju zgoda: organy antymonopolowe powinny poprzez „konkurencję" rozumieć mechanizm gwarantujący niskie ceny (nie tylko detaliczne), lepszą jakość produktów lub też większy ich wybór[4]. Niezwykle trudno znaleźć zaś wśród przedstawicieli doktryny antymonopolowej takich, którzy uważają, że celem norm prawa konkurencji jest „sama w sobie" ochrona małych przedsiębiorców (jeżeli nie oferują oni lepszych produktów, a ich istnienie na rynku nie ma żadnego pozytywnego wpływu na ceny), a tym bardziej ochrona przedsiębiorców „rodzimych", czyli niekontrolowanych przez zagraniczny kapitał, jeżeli istnienie na rynku takich przedsiębiorców w żaden sposób nie wpływa pozytywnie na konkurencję. Co prawda art. 20 ust. 1 pkt 1–2 uokik umożliwia Prezesowi UOKiK wydanie tzw. zgody nadzwyczajnej (Skoczny, 2012, s. 105–257) na koncentrację, jeżeli odpowiednio „przyczyni się ona do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego (pkt 1 tego przepisu) lub „może (…) wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową" (pkt 2)[5], należy jednak zwrócić uwagę, że zgody nadzwyczajne są wydawane przez UOKiK niezmiernie rzadko. Art. 20 ust. 1 pkt 1–2 uokik budzi zaś uzasadnione wątpliwości z punktu widzenia zgodności z prawem unijnym, jego interpretacja postulowana przez doktrynę ogranicza się do szczególnych przypadków, a powyższy przepis pozwala Prezesowi UOKiK jedynie na wyrażenie zgody na potencjalnie antykonkurencyjną koncentrację, a nie zablokowanie fuzji, która nie ogranicza konkurencji (rozumianej właśnie jako mechanizm gwarantujący niższe ceny, lepszą jakość lub większy wybór produktów albo usług).

Co do zasady więc, Prezes UOKiK, dokonując antymonopolowej kontroli koncentracji, powinien mieć na uwadze interes konkurencji (tak jak, możliwie szeroko, została ona zdefiniowana powyżej) a nie konkurentów[6], tylko dlatego, że na przykład reprezentują oni drobny biznes lub, tym bardziej, że sprawuje nad nimi kontrolę polski kapitał. Prawo antymonopolowe nie wyczerpuje jednak całego spektrum dopuszczalnej regulacji działalności gospodarczej, w tym potencjalnych norm prawnych dotyczących kontroli fuzji pomiędzy przedsiębiorcami. Ustawodawca może zaś tworzyć przepisy, które w pewnych sektorach nakładać będą na różne organy administracji

[1] Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 184, z późn. zm.).

[2] Pojęcia „koncentracja" i „fuzja" będą stosowane zamiennie.

[3] Więcej na ten temat, zob. np. Skoczny, 2009, s. 838–840; Banasiński i Piontek, 2009, s. 358–363.

[4] Ostatni z wymienionych celów prawa konkurencji wydaje się najbardziej kontrowersyjny, szczególnie jeżeli traktuje się go jako cel „sam w sobie". Jest on jednak również postulowany przez niektórych autorów; zob. np. Nihoul, 2012.

[5] Szczególnie ten drugi przypadek („pozytywny wpływ fuzji na gospodarkę narodową") jest kontrowersyjny, gdyż w teorii umożliwiałby Prezesowi UOKiK wyrażanie zgody na antykonkurencyjne koncentracje, jeżeli byłoby to zgodne z polityką gospodarczą rządu.

[6] Co prawda niektórzy przedstawiciele doktryny posługują się często sloganem, jakoby pewne reżimy antymonopolowe bardziej skupiały się na ochronie „konkurentów" (Stany Zjednoczone), a nie „konsumentów" (Europa). W rzeczywistości chodzi nie o cel, ale o metodę osiągnięcia tego celu. Uproszczenie owe zauważa również amerykańska profesor E. Fox. Według tej autorki, w rzeczywistości zarówno tzw. podejście europejskie, jak i amerykańskie (a dokładniej – „chicagowskie") skupione jest na ochronie konsumentów. Różnica polega jedynie na tym, że podejście „chicagowskie" skupia się na krótkofalowym wzroście ceny płaconej przez konsumentów i dającym się przewidzieć ograniczeniu podaży, podczas gdy podejście europejskie, troszcząc się o „otwartość i dostęp do rynków", chroni również długofalowe interesy konsumentów – zob. Fox, 2000, s. 151–155; Semeniuk, 2015, s. 37.

obowiązek lub uprawnienie do kontroli koncentracji w oparciu o kryteria inne niż te wyrażone w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niezwiązane z konkurencją jako mechanizmem gwarantującym tańsze i lepsze produkty lub ich większy wybór (i jak zostanie to pokazane dalej w tym artykule – ustawodawca takie przepisy rzeczywiście tworzy). Celem niniejszego artykułu będzie właśnie omówienie niektórych przepisów przyznających, innym niż UOKiK, organom administracji kompetencję do kontroli fuzji w poszczególnych branżach, a także wykazanie, że zarówno doktryna prawa, jak i organy administracji dopuszczają się często błędnej wykładni tych przepisów, posiłkując się w nieuprawniony sposób celami regulacji antymonopolowej i tym samym ignorując oczywistą intencję ustawodawcy, który celowo umożliwił kontrolę koncentracji innym niż UOKiK organom po to, żeby przesłanki, w oparciu o które taka kontrola jest dokonywana, były szersze niż cele regulacji antymonopolowej. W niniejszym artykule autor podda powyższej analizie szczegółowe przepisy dotyczące kontroli fuzji na rynku audiowizualnych, farmaceutycznym, a także fuzji, których strony są pośrednio lub bezpośrednio właścicielami położonych w Polsce nieruchomości.

II. Kontrola fuzji na rynku audiowizualnym przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji

Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (dalej: KRRiT) jest konstytucyjnym organem[7], a jej przewodniczący wydaje przedsiębiorcom koncesje na działalność radiowo-telewizyjną. Zgodnie z art. 35 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji[8] (dalej: urt), „koncesja dla spółki z udziałem osób zagranicznych może być udzielona, jeżeli udział kapitałowy osób zagranicznych w spółce lub udział osób zagranicznych w kapitale zakładowym spółki nie przekracza 49%". Na podstawie art. 35 ust. 3 urt, przepis art. 35 ust. 1 urt nie dotyczy jednak „osoby zagranicznej (…), której siedziba lub miejsce zamieszkania znajduje się w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego" (dalej: EOG) – to efekt zmian ustawowych w związku z wejściem Polski do Unii Europejskiej, mających na celu zniesienie zasady dyskryminacji przedsiębiorców unijnych na polskim rynku audiowizualnym[9]. Ponadto, zgodnie z art. 40a ust. 1 urt, „nabycie lub objęcie udziałów albo akcji, bądź nabycie prawa z udziałów lub akcji przez osobę zagraniczną w spółce, która posiada koncesję na rozpowszechnianie programu, wymaga zezwolenia Przewodniczącego Krajowej Rady, do którego stosuje się odpowiednio (…) art. 35 ust. 2 urt". Art. 40a ust. 2 urt stanowi z kolei, że „czynność, o której mowa w ust. 1 [art. 40a ust. 1 urt – dop. aut.] dokonana przez podmiot, w stosunku do którego osoba zagraniczna jest podmiotem dominującym, w rozumieniu kodeksu spółek handlowych, uważa się za czynność dokonaną przez podmiot dominujący". Podobnie jak ma to miejsce w przypadku art. 35 urt, jej art. 40a stanowi, że przepisów art. 40 ust. 1 i 2 nie stosuje się do „osób zagranicznych lub spółek zależnych, w rozumieniu kodeksu spółek handlowych, do osób zagranicznych, których siedziby lub miejsce zamieszkania znajdują się w państwach będących członkami Europejskiego Obszaru Gospodarczego". Art. 4 pkt 11 urt definiuje zaś „osobę zagraniczną" – jest nią osoba zagraniczna w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej[10]

[7] Podstawa działania Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji znajduje się w art. 213-215 Konstytucji RP.

[8] Ustawa z 29.12.2002 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 1531, z późn. zm.).

[9] Przed wejściem w życie nowelizacji (tj. przed 1.05.2004 r.), ustawa o radiofonii i telewizji nie zezwalała na udzielanie koncesji podmiotom, w których osoby zagraniczne (w tym podmioty pochodzące z EOG) posiadały udział przewyższający 33 proc.

[10] Ustawa z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 584, z późn. zm.).

(dalej: usdg), czyli „osoba fizyczna nieposiadająca obywatelstwa polskiego", „osoba prawna" lub tzw. ułomna osoba prawna z siedzibą za granicą (art. 5 ust. 2 usdg).

Na pierwszy rzut oka wydaje się, że celem przytoczonych przepisów ustawy o radiofonii i telewizji jest uniemożliwienie „osobom zagranicznym" przejmowania kontroli nad przedsiębiorcami, którzy uzyskali już koncesję radiowo-telewizyjną udzieloną przez Przewodniczącego KRRiT, a tym samym ochrona „polskiego kapitału" na rynku medialnym[11]. Skoro bowiem art. 40a urt wprowadza obowiązek uzyskania zgody Przewodniczącego KRRiT na przejęcie takiego przedsiębiorcy (spółki) przez „osobę zagraniczną", a art. 35 urt stanowi, że koncesja może być udzielona tylko spółkom, w których większościowy (ponad 51 proc.) udział posiadają osoby niebędące osobami zagranicznymi, to podmioty, w których osoby zagraniczne posiadają udział przewyższający 49 proc., nie powinny w ogóle uzyskać zezwolenia Przewodniczącego KRRiT na nabycie spółki, która posiada koncesję radiowo-telewizyjną w Polsce. Co więcej, wydaje się, że ustawodawca celowo zdecydował się na wprowadzenie art. 40a ust. 2 urt, żeby uniemożliwić obchodzenie wymogu z art. 40a ust. 1 urt poprzez tworzenie wielostopniowych struktur w ramach grup kapitałowych tak, żeby nabywca spółki posiadającej koncesję nie był co prawda osobą zagraniczną, ale w rzeczywistości był przez taką osobę kontrolowany – w ten sposób cel wprowadzenia art. 40a ust. 2 urt zdają się też rozumieć niektórzy przedstawiciele doktryny[12]. Do podobnych wniosków, jeżeli chodzi o zamiar ustawodawcy, prowadzi analiza stenogramów sejmowych komisji pracujących na przełomie 2003 i 2004 r. nad nowelizacją ustawy o radiofonii i telewizji – wprowadzenie do ustawy art. 40a ust. 2 było podyktowane właśnie chęcią zapobieżenia „pełnemu otwarciu" rynku audiowizualnego na podmioty spoza EOG[13].

Innego zdania jest jednak sama Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, która umożliwia „obchodzenie" zakazu wyrażonego w art. 35a w zw. z art. 40 urt, uznając, że „spółki zależne od osób zagranicznych, których siedziby lub miejsce zamieszkania znajdują się w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz Islandii, Norwegii i Liechtensteinie nie podlegają zapisom art. 40a zawartym w ustawie o radiofonii i telewizji, czyli przy zakupie akcji nie muszą ubiegać się o zezwolenie Przewodniczącego KRRiT"[14]. Powyższe stanowisko Rady zostało wyrażone przy okazji przejęcia przez brytyjską spółkę Southbank Media, spółkę zależną amerykańskiego koncernu Scripps Networks Interactive (dalej: Scripps), kontroli nad 52,7 proc. akcji Grupy TVN. Pogląd KRRiT wydaje się jednak wątpliwy, szczególnie w świetle art. 40a ust. 2 urt: skoro przejęcie kontroli nad Grupą TVN zostało „dokonane przez podmiot, w stosunku do którego osoba zagraniczna jest podmiotem dominującym" (a przecież Scripps jako „osoba zagraniczna" była podmiotem dominującym w stosunku do Southbank Media), to przecież w rozumieniu art. 40a ust. 2 urt

[11] Zob. szerzej: przypis 15 niniejszego artykułu analizujący stenogramy sejmowe z prac nad nowelizacją ustawy o radiofonii i telewizji.

[12] „Przepis art. 40a ust. 2 ma na celu uniemożliwienie obchodzenia wymogu uzyskania zezwolenia poprzez posłużenie się do realizacji transakcji spółką zależną, niebędącą osobą zagraniczną" (Piątek, 2014, pkt 4).

[13] W odpowiedzi na pytania posłów przyznał to wprost ówczesny wiceminister kultury, Michał Tober, odpowiedzialny za przygotowanie nowelizacji urt. W jego opinii, „ust. 2 art. 35 odnosi się do pozaunijnych podmiotów zagranicznych". Tober wyjaśnił też posłom „skąd wzięła się propozycja 49 proc. zamiast dotychczasowych 33 proc". Według niego, „wynikało to z naszych zobowiązań zaciągniętych nie wobec Unii Europejskiej, lecz Światowej Organizacji Handlu – WTO. Dokumenty WTO obligują nas do liberalizacji rynku. Gdybyśmy je traktowali dosłownie, to w zasadzie tu również powinniśmy zaproponować pełne otwarcie rynku. Jednak uważamy, że należy to czynić stopniowo i spokojnie. Fakt 100 proc. otwarcia na kapitał europejski będzie już i tak bardzo dużą presją konkurencyjną dla młodego polskiego rynku audiowizualnego. Nie widzimy celowości w umożliwianiu otwartości powyżej 50 proc. i stąd właśnie zapis o 49 proc.". Zob. *Stenogram z posiedzenia sejmowej Komisji Kultury i Środków Przekazu z 15 stycznia 2004 r.*, dostępny pod adresem: http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgskrnr/KSP-127 (31.01.2016).

[14] Zob. *Komunikat KRRiT z 16 marca 2015 r.: Scripps Networks Interactive kupił większościowy pakiet udziałów TVN*, dostępny pod adresem: http://www.krrit.gov.pl/krrit/aktualnosci/news,1808,scripps-networks-interactive-kupil-wiekszosciowy-pakiet-udzialow-tvn.html (31.01.2016).

nabycie kontroli nad Grupą TVN powinno być postrzegane jako „czynność dokonana przez podmiot dominujący", czyli przez Scripps, który powinien ubiegać się o zezwolenie Przewodniczącego KRRiT. Jeszcze ciekawsze wydaje się pytanie: czy przy założeniu obowiązku uzyskania zezwolenia Przewodniczącego KRRiT, Scripps mógł w ogóle uzyskać zgodę na przejęcie kontroli nad Grupą TVN. Za możliwością uzyskania takiej zgody może przemawiać fakt, że w wyniku fuzji „osoba zagraniczna" (czyli Scripps) nie uzyskała bezpośredniej kontroli nad Grupą TVN, a zatem „udział osób zagranicznych w kapitale zakładowym spółki" nie przekraczałby 49 proc. w rozumieniu art. 35 ust. 2 urt, czyli przepisu, który art. 40a ust. 1 urt każe stosować przy kontroli koncentracji „odpowiednio". Można jednak argumentować, że przy badaniu fuzji na rynku audiowizualnym, KRRiT powinna brać pod uwagę wykładnię celowościową art. 40a urt (unaocznioną szczególnie w art. 40a ust. 2 urt) – skoro intencją ustawodawcy było ograniczenie udziału kapitału zagranicznego (spoza EOG) na polskim rynku audiowizualnym, również poprzez tworzenie wielostopniowych struktur kapitałowych (co unaocznia treść art. 40a ust. 2 urt), to art. 40a i 35 ust. 2 urt powinny być rozumiane łącznie właśnie w ten sposób, że nie można ich obchodzić poprzez przejęcie (nawet pośredniej) kontroli nad spółką posiadającą koncesję radiowo-telewizyjną przed podmiot kontrolowany (nawet pośrednio) przez „kapitał" spoza EOG.

III. Kontrola koncentracji przewidziana na gruncie ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców

W Polsce do dzisiaj obowiązuje ustawa z 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców[15] (dalej: unnpc). W świetle jej art. 1 ust. 1, „nabycie nieruchomości przez cudzoziemca wymaga zezwolenia" ministra właściwego ds. wewnętrznych. Zgodnie zaś z art. 3e ust. 1 unnpc, „nabycie lub objęcie przez cudzoziemca udziałów lub akcji w spółce handlowej z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także każda inna czynność prawna dotycząca udziałów lub akcji wymaga zezwolenia ministra właściwego do spraw wewnętrznych, jeżeli w ich wyniku spółka będąca właścicielem lub wieczystym użytkownikiem nieruchomości na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanie się spółką kontrolowaną". Art. 3e ust. 2 u.n.n.p.c. przewiduje ponadto, że „nabycie lub objęcie przez cudzoziemca udziałów lub akcji w spółce handlowej z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, będącej właścicielem lub wieczystym użytkownikiem nieruchomości na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wymaga zezwolenia ministra właściwego do spraw wewnętrznych, jeżeli spółka ta jest spółką kontrolowaną, a udziały lub akcje nabywa lub obejmuje cudzoziemiec niebędący udziałowcem lub akcjonariuszem spółki". Ustawa definiuje też w swoim art. 1 ust. 2 „cudzoziemca" i każe za niego uznawać „osobę fizyczną nieposiadającą obywatelstwa polskiego" (pkt 1), „osobę prawną" oraz ułomną osobę prawną „mająca siedzibę za granicą" (pkt 2 i 3), a także „osobę prawną" i ułomną osobę prawną „mająca siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, kontrolowaną bezpośrednio lub pośrednio przez osoby lub spółki wymienione w pkt 1, 2 i 3" (pkt 4). Wreszcie, art. 1 ust. 3 unnpc za „spółkę kontrolowaną" uznaje „spółkę, w której cudzoziemiec lub cudzoziemcy dysponują bezpośrednio lub pośrednio powyżej 50% głosów na zgromadzeniu wspólników lub na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik, użytkownik lub na podstawie porozumień z innymi osobami, albo mają pozycję dominującą

[15] Ustawa z 24.03.1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców (t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 1380 z późn. zm.).

w rozumieniu (…) kodeksu spółek handlowych". W związku z wejściem Polski do Unii Europejskiej, powyższe ograniczenia nie dotyczą co do zasady spółek z siedzibą w EOG[16].

Analiza przepisów ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców wydaje się prowadzić do wniosku, że wyrażonym w nich celem ustawodawcy było „wyposażenie" ministra właściwego ds. wewnętrznych w kompetencję do uznaniowej kontroli „przejmowania" przez „kapitał zagraniczny" (obecnie spoza EOG) położonych w Polsce nieruchomości[17], a tym samym zapobieżenie „nadmiernej" koncentracji położonych w Polsce nieruchomości przez „zagraniczny kapitał". Przytoczone powyżej kompetencje przysługują ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych bez względu na to czy „przejmowanie" nieruchomości ma miejsce bezpośrednio poprzez nabycie prawa własności nieruchomości (o czym mówi art. 1 ust. 1 unnpc), czy też za pośrednictwem (czasem „wielopoziomowych") struktur kapitałowych. Intencja prawodawcy unaocznia się szczególnie w tym, że ustawa odwołuje się do „pośredniej" kontroli i to dwukrotnie: przy definicji „spółki kontrolowanej" oraz definicji „osoby zagranicznej". Dziwi zatem stanowisko niektórych przedstawicieli doktryny, zgodnie z którym „dla zastosowania przepisu art. 3e ust. 1 [unnpc] decydujące znaczenie ma okoliczność, iż objęcie udziałów dotyczy spółki będącej właścicielem nieruchomości" (Sasiak, 2000, s. 13–27)[18]. Również w praktyce zdarza się nierzadko, że kancelarie prawne zaangażowane w procesy fuzji i przejęć doradzają swoim klientom będącym „zagranicznymi" nabywcami „polskich" spółek niewystępowanie o zezwolenie ministra właściwego ds. wewnętrznych w trybie unnpc, stosując na poparcie takiej porady argumentację podobną do przywołanego wyżej poglądu jednego z przedstawicieli doktryny. Zgodnie z nią, zezwolenie wymagane byłoby co prawda przy nabyciu przez cudzoziemców (w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy, a więc również przez „polskie" spółki kontrolowane bezpośrednio lub pośrednio przez spółki z siedzibą za granicą) kontroli nad spółką będącą właścicielem nieruchomości w Polsce, ale już nie w przypadku nabycia kontroli nad spółką, która „posiada" nieruchomości w Polsce jedynie pośrednio, poprzez swoje spółki-córki, ponieważ (rzekomo) w wyniku takich akwizycji, spółka-córka nie „stałaby się osobą kontrolowaną" w rozumieniu art. 3e ust. 1 unnpc. Zaprezentowana wyżej wykładnia ustawy prowadząca do wyjęcia pewnego typu akwizycji spod wymogu uzyskania zezwolenia, wydaje się sprzeczna nie tylko z intencją ustawodawcy, ale także z literalnym brzmieniem ustawy, gdyż, definiując spółkę kontrolowaną, unnpc odwołuje się przecież także do kontroli „pośredniej", a nie tylko „bezpośredniej". Łatwo jednak zrozumieć potrzebę „kreatywnej" wykładni ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców. Gdyby stosować bowiem jej poprawną interpretację, praktycznie każda akwizycja polskiej spółki, w którą zaangażowany

[16] Zgodnie z art. 8 ust. 2 unnpc, „nie jest wymagane uzyskanie zezwolenia przez cudzoziemców, będących obywatelami lub przedsiębiorcami państw – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym albo Konfederacji Szwajcarskiej, z wyjątkiem nabycia nieruchomości rolnych i leśnych, przez okres 12 lat od dnia przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej" (pkt 1), a także „drugiego domu, przez okres 5 lat od dnia przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej" (pkt 2). W związku tym, że 1.05.2016 r. kończyłby się okres, w którym podmioty z EOG nie mogły swobodnie nabywać nieruchomości rolnych, w czerwcu 2015 r. Sejm uchwalił ustawę, która wprowadza dla tych podmiotów dalsze ograniczenia w nabywaniu tych nieruchomości. Zgodnie z nią, grunty rolne będą mogły kupić tylko podmioty, które będą je uprawiać, jeśli od 5 lat mają meldunek w gminie lub gminie sąsiedniej. Ustawa przewiduje też zakaz nabywania gruntów rolnych przez podmioty posiadające już powyżej 300 ha oraz 10-letni zakaz obrotu ziemią kupioną od państwa.

[17] Unnpc wprowadza jednakowoż liczne zwolnienia przedmiotowe motywowane umożliwieniem kupna nieruchomości przez obcokrajowców na „własne potrzeby". Przykładowo, art. 8 ust. 1 pkt 1 unnpc zezwala cudzoziemcom na „nabycie samodzielnego lokalu mieszkalnego", a art. 8 ust. 1 pkt 2 unnpc na „nabycie nieruchomości przez cudzoziemca zamieszkującego w Rzeczypospolitej Polskiej co najmniej 5 lat od udzielenia mu zezwolenia na pobyt stały" (za wyjątkiem nieruchomości położonych w strefie nadgranicznej oraz gruntów rolnych o powierzchni przekraczającej 1 ha).

[18] W opinii autora powyższego poglądu, „tylko taki stan rzeczy uzasadnia dokonywanie kontroli obejmowania udziałów przez MSWiA na zasadach określonych w art. 3e ustawy". „Minister spraw wewnętrznych i administracji" to nazwa organu, do którego właściwości w przeszłości i obecnie należą sprawy wewnętrzne (na gruncie ustawy z 4.10.2007 r. o działach administracji rządowej (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 812, z późn. zm.).

byłby „kapitał" spoza Unii Europejskiej wymagałaby uzyskania zgody ministra właściwego ds. wewnętrznych: polskie spółki o przynajmniej średniej wielkości (a przejęciami takich spółek jest najczęściej zainteresowany „kapitał zagraniczny") są zwykle bezpośrednio lub pośrednio właścicielami przynajmniej kilku nieruchomości.

IV. Kontrola fuzji na rynku farmaceutycznym przez inspekcję farmaceutyczną

Zgodnie z art. 99 prawa farmaceutycznego[19] (dalej: Pf), prowadzenie apteki jest możliwe po uzyskaniu zezwolenia wydawanego przez wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych (dalej: WIF). Art. 99 ust. 3 pkt 2 Pf stanowi z kolei, że zezwolenia „nie wydaje się", jeżeli podmiot, który się o nie ubiega, „prowadzi na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych albo podmioty przez niego kontrolowane w sposób bezpośredni lub pośredni, w szczególności podmioty zależne w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, prowadzą łącznie więcej niż 1% aptek na terenie województwa". Art. 99 ust. 3 pkt 3 Pf zabrania także WIF wydania zezwolenia na prowadzenie apteki, jeżeli ubiegający się o nie podmiot „jest członkiem grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, której członkowie prowadzą na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych" (pkt 3). Ponadto, zgodnie z art. 37ap ust. 1 Pf, „organ zezwalający cofa zezwolenie", jeżeli „przedsiębiorca przestał spełniać warunki określone przepisami prawa, wymagane do wykonywania działalności gospodarczej określonej w zezwoleniu" (pkt 2), a także gdy „przedsiębiorca nie usunął, w wyznaczonym przez organ zezwalający terminie, stanu faktycznego lub prawnego niezgodnego z przepisami prawa regulującymi działalność gospodarczą objętą zezwoleniem". Zamiar ustawodawcy polegający na wprowadzeniu wyżej opisanego progu 1 proc. wydaje się oczywisty: celem normy wydaje się być ochrona pozycji rynkowej drobnych aptekarzy kosztem większych sieci aptecznych[20].

Wzajemna relacja art. 99 i art. 37ap Pf jest od dłuższego czasu przedmiotem intensywnej debaty. Kluczowe pytanie zdaje się dotyczyć tego czy inspekcja farmaceutyczna może (lub musi) cofnąć zezwolenie na prowadzenie apteki wobec przedsiębiorcy, który co prawda w momencie jego uzyskiwania nie prowadził na terenie danego województwa więcej niż 1% aptek, ale wskutek późniejszych fuzji, stał się „częścią" grupy kapitałowej[21], która powyższy próg przekroczyła. W praktyce bowiem duże sieci apteczne wykorzystują brak precyzji przytaczanych wyżej przepisów prawa farmaceutycznego i zwiększają swój udział rynkowy w poszczególnych województwach poprzez zakup mniejszych aptek (rzecz jasna, posiadających już zezwolenie WIF), tym samym „obchodząc" niejako „próg rynkowy" przewidziany w art. 99 Pf.

[19] Ustawa z 6.10.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.).

[20] Pierwotnie próg wyrażony w artykule 99 Pf wynosił 10 proc. i został wprowadzony nowelizacją uchwaloną przez Sejm IV kadencji, która weszła w życie 1.10.2002 r. Kolejną nowelizacją Pf przyjętą przez Sejm tej samej kadencji 20.04.2004 r. powyższy próg został obniżony do 1%. Podczas prac parlamentarnych komisji i podkomisji zamiar przeciwdziałania nadmiernej koncentracji na rynku aptecznym był niejednokrotnie przywoływany jako główny cel powyższych zmian ustawowych. Co więcej, parlamentarzyści wydawali się akceptować fakt, że zmiany w prawie farmaceutycznym mają wprowadzić ostrzejszy dopuszczany próg koncentracji rynkowej niż ten wyrażony przez ustawę antymonopolową. Przykładowo, w trakcie posiedzenia sejmowej Komisji Zdrowia, podczas którego przyjęto projekt nowelizacji z 2004 r., posłowie wprost zignorowali prośbę przedstawiciela spółki akcyjnej „Apteki Polskie" o niezmienianie art. 99 Pf, pomimo że ów przedstawiciel przytaczał ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów jako wzorcowy akt prawny wprowadzający „łagodniejsze" standardy antykoncentracyjne. Po powyższym apelu, w odpowiedzi na pytanie przewodniczącej komisji, nikt z posłów nie zdecydował się jednak na złożenie poprawki odrzucającej 1% próg antykoncentracyjny. Zob. szerzej: *Stenogram z posiedzenia sejmowej Komisji Zdrowia z 30 marca 2004 r.*, dostępny pod adresem: http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgskrnr/ZDR-170 (31.01.2016).

[21] Prawo farmaceutyczne każe zresztą rozumieć „grupę kapitałową" w sposób tożsamy do interpretacji tego pojęcia w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Więcej na ten temat, zob. Skoczny, 2015.

Przeciwko możliwości (lub konieczności) cofnięcia zezwolenia aptecznego przez inspekcję farmaceutyczną na skutek przekroczenia „progu rynkowego" unormowanego w art. 99 Pf opowiadają się niektórzy przedstawiciele doktryny (Świerczyński, 2012, s. 405; Kieszkowska i Łojko, 2004; Kruszyński, 2010; Misiak, 2015)[22], argumentując m.in., że art. 99 Pf „dotyczy sytuacji, jakie mają miejsce przed wydaniem zezwolenia – a nie może stanowić podstawy do działań inspekcji farmaceutycznej podejmowanych *ex post*" (Kruszyński, 2010). W opinii oponentów cofania zezwolenia przy przekroczeniu progów z art. 99 Pf, przyznanie inspekcji farmaceutycznej prawa do kontroli fuzji na rynku aptecznym i „badania powiązań własnościowych między przedsiębiorcami"[23] stanowiłoby nadmierną ingerencję ustawodawcy w swobodę działalności gospodarczej (Kieszkowska i Łojko, 2004). Przepisy kompetencyjne (takie jak art. 37ap i art. 99 Pf), zdają się argumentować wyżej przywołani przedstawiciele doktryny, powinny podlegać zawężającej wykładni, a rzekoma kompetencja WIF do cofnięcia zezwolenia w przypadku przekroczenia przez przedsiębiorców progów z art. 99 Pf powinna być wyrażona „wprost" (Misiak, 2015).

Za pozytywną odpowiedzią na pytanie o możliwość cofania zezwolenia aptecznego przez inspekcję farmaceutyczną w wyniku przekroczenia progu z art. 99 Pf opowiadał się w przeszłości resort zdrowia[24] oraz niedawno – Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie[25] w wyroku wydanym w odpowiedzi na zaskarżenie uchwały Naczelnej Rady Aptekarskiej[26]. Podstawowym argumentem za szerokim rozumieniem kompetencji WIF wydaje się właśnie intencja ustawodawcy – skoro nie chciał on dopuścić do nadmiernej (przekraczającej 1% w województwie) koncentracji udziałów rynkowych w rękach jednej grupy kapitałowej, możliwość „obchodzenia" progów z art. 99 Pf poprzez zwiększanie udziału rynkowego na skutek akwizycji (a nie „organicznego" otwierania nowych aptek) nie powinna być dopuszczalna i stanowić może (lub musi) podstawę do odebrania zezwolenia na gruncie art. 37ap Pf.

Interpretacja analizowanych przepisów prawa farmaceutycznego różni się w praktyce działania szesnastu wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych: niektórym z nich zdarza się cofać wydane już zezwolenia[27], lecz tajemnicą poliszynela pozostaje fakt, że udział rynkowy największych sieci aptecznych w Polsce przekracza nierzadko ustawowe 1% w województwie[28] (bez względu na to, w jaki sposób ten udział powinien być obliczany[29]), a wzrost siły rynkowej sieci aptecznych następuje nie tylko organicznie, lecz także „poprzez fuzje".

[22] Za powyższą interpretacją zdaje się też opowiadać Koremba, 2009, pkt 99.2.4.

[23] Tak np. Koremba, 2009; podnosi on, że „brak jest również możliwości monitorowania stosunków własnościowych przez organy Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej".

[24] W opinii byłego podsekretarza stanu w Ministerstwie Zdrowia, Rafała Niżankowskiego, „przekroczenie progu 1% własności aptek działających na terenie danego województwa uzasadnia zastosowanie przepisu art. 37ap ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo farmaceutyczne, który stanowi, że organ zezwalający cofa zezwolenie, w przypadku gdy przedsiębiorca przestał spełniać warunki określone przepisami prawa, wymagane do wykonywania działalności gospodarczej określonej w zezwoleniu". Zob. *Odpowiedź Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Zdrowia na interpelację nr 7885 w sprawie antykoncentracyjnych przepisów Prawa farmaceutycznego w kontekście dokonywanych i planowanych zakupów Polskiej Grupy Farmaceutycznej*, pismo dostępne pod adresem: http://orka2.sejm.gov.pl/IZ4.nsf/main/600ABF81 (31.01.2016).

[25] Wyr. WSA w Warszawie z 23.07.2015 r., VI SA/Wa 399/15, zob. w szczególności: „interpretacja art. 99 ust. 3 pkt 2 Prawa farmaceutycznego prowadzi do wniosku, że wymóg przestrzegania limitu aptek jest jednym z podstawowych warunków nie tylko dla uzyskania zezwolenia, ale także dla prowadzenia apteki, dlatego też organy samorządu aptekarskiego słusznie uznały, że złamanie tego zakazu stanowi podstawę do cofnięcia zezwolenia w myśl art. 37 ap ust. 1 pkt 2 Prawa farmaceutycznego".

[26] Organy samorządu aptekarskiego wydają opinię w postępowaniu administracyjnym w sprawie cofnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki przez WIF.

[27] Zob. np. decyzja Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu będąca przedmiotem analizy na portalu rynekaptek.pl, zob. *1%: Pf ustala kryteria koncentracji właściwe tylko dla rynku aptek*, rynekaptek.pl, 1 czerwca 2015 r., artykuł dostępny pod adresem: http://www.rynekaptek.pl/prawo/1-pf-ustala-kryteria-koncentracji-wlasciwe-tylko-dla-rynku-aptek,8562.html (31.01.2016).

[28] Zob. np. decyzję Prezesa UOKiK z 27.01.2014 r., DKK-7/2014, w której ten wydał zgodę na przejęcie przez BRL CENTER – POLSKA sp. z o.o. kontroli nad spółkami z grupy CEFARM. Lektura powyższej decyzji jasno pokazuje, że na terenie wielu miast w Polsce udział połączonego przedsiębiorcy będzie przekraczać 20 proc. co uprawdopodabnia w dużym stopniu, że również na terenie wielu województw udział ten jest obecnie wyższy niż 1%.

[29] O preferowanych sposobach obliczania udziału w rynku na gruncie art. 99 Pf, zob. Skoczny, 2015, s. 9.

V. Wnioski

Opisane powyżej specjalne zasady kontroli fuzji na rynku audiowizualnym, farmaceutycznym lub tych „zawierających" nieruchomości położone w Polsce pokazują, że ustawodawca może decydować się na inne, i często bardziej restrykcyjne, przesłanki oceny i cele tej kontroli niż wynikałoby to z konwencjonalnych kryteriów oceny koncentracji przez organy antymonopolowe – te drugie sprowadzają się bowiem „jedynie i aż" do oceny wpływu fuzji na szeroko rozumianą „konkurencję". Organy administracji inne niż Prezes UOKiK mogą więc kontrolować koncentracje nie tylko przez pryzmat ich wpływu na konkurencję, lecz także mając na uwadze ochronę drobnego biznesu (to właśnie wydaje się być celem art. 99 Pf), jak również „polskiego kapitału" (ten cel wydaje się z kolei przyświecać opisywanym w tym artykule normom ustaw o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców oraz o radiofonii i telewizji). Często zresztą protekcjonizm gospodarczy względem drobnego biznesu będzie się pokrywał z chęcią ochrony przez ustawodawcę rodzimego kapitału.

Przedstawiciele doktryny, sądy i wreszcie same organy administracji powinny zatem rozróżniać cele regulacji antymonopolowej od odmiennych, ale dopuszczalnych celów administracyjnej kontroli legalności na podstawie innych niż uokik przepisów. Brak umiejętności powyższego rozróżnienia grozi błędnym odczytaniem intencji ustawodawcy, a tym samym niepoprawną wykładnią prawa. Ryzyko takiej błędnej wykładni widać szczególnie na przykładzie omawianej w tym artykule dyskusji dotyczącej prawa farmaceutycznego: autorzy argumentujący za wąskim rozumieniem uprawnień inspekcji farmaceutycznej często powołują się właśnie na cele ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także na decyzje i raporty UOKiK – na tyle zresztą często, że głos w sprawie zabrał sam Urząd. W oświadczeniu z 3 grudnia 2015 r. podkreślił on (słusznie), że UOKiK „działa na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów" i „wbrew tezie jednego z artykułów" opublikowanie przez Urząd wyników raportu o sprzedaży detalicznej leków[30] „nie oznacza, że UOKiK zabrał głos w sprawie przepisów prawa farmaceutycznego"[31]. Krytycznie należy też ocenić odwoływanie się przez sądy administracyjne stosujące art. 99 Pf do pojęć z zakresu regulacji antymonopolowej (np. do „kartelizacji"[32]) – wprowadza to tylko niepotrzebny zamęt interpretacyjny.

Uzmysłowienie sobie odmienności celów regulacji antymonopolowej od tych przyświecających innym ustawom regulującym działalność gospodarczą pozwala też klarowniej spojrzeć na te drugie, a tym samym starać się stosować taką ich wykładnię, która jest zgodna z intencjami ustawodawcy, a czasami po prostu – ze zdrowym rozsądkiem. Jeżeli bowiem celami analizowanych w tym artykule przepisów wydaje się być ochrona udziału rynkowego drobnego biznesu (*vide*: prawo farmaceutyczne) lub „polskiego kapitału" (*vide*: ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców i o radiofonii i telewizji), to w razie wątpliwości co do interpretacji tych przepisów, powinna przeważyć taka wykładnia, która powyższe cele realizuje (o ile mieści się oczywiście w dopuszczalnych regułach wykładni). W szczególności powinno się próbować tak interpretować

[30] Chodzi o raport UOKiK z maja 2015 r., którego streszczenie zostało opublikowane na stronie Urzędu i dostępne jest pod adresem: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11636 (31.01.2016).

[31] Oświadczenie UOKiK dostępne jest pod adresem: https://uokik.gov.pl/komentarze_wyjasnienia_i_stanowiska.php?news_id=12041 (31.01.2016).

[32] W przytaczanym już wyr. WSA w Warszawie (VI SA/Wa 399/15) uznał, że „celem wprowadzenia art. 99 ust. 3 Prawa farmaceutycznego było zapobieżenie kartelizacji rynku aptecznego na terenie Polski" – odwołanie się do „kartelu" sugeruje błędnie, że art. 99 Pf ma jakikolwiek związek z siłą rynkową (każdy bowiem kartel taką siłę z definicji musi posiadać), a tym samym z przesłankami zastosowania norm regulacji antymonopolowej.

powyższe przepisy, żeby uniemożliwić ich „obchodzenie" poprzez tworzenie przez przedsiębiorców wielostopniowych struktur kapitałowych. Niestety, właśnie taki rodzaj wykładni analizowanych w tym artykule przepisów jest postulowany przez niektórych cytowanych w nim autorów, a także stosowany przez same organy administracji (np. Przewodniczącego KRRiT[33]).

Jednocześnie wydaje się, że dokonując interpretacji „nieantymonopolowych" przepisów dotyczących oceny fuzji, można odwoływać się do niektórych pojęć z zakresu regulacji antymonopolowej, o ile oczywiście jest to dopuszczalne w świetle obowiązujących reguł wykładni prawa. W powyższym przypadku chodziłoby jednak nie tyle o te przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, które dotyczą celów regulacji antymonopolowej i oceny wpływu fuzji na konkurencję, ile bardziej o przepisy dotyczące podmiotowych definicji pojęć „przedsiębiorstwa"[34] i „koncentracji". Te pierwsze pozwalają na wyodrębnienie granic oddzielnych „organizmów gospodarczych", drugie – umożliwiają „uchwycenie" sytuacji, w których dochodzi do zmian w strukturze rynku, a więc do zmniejszenia lub zwiększenia ilości działających na nim wyżej wspomnianych organizmów gospodarczych[35]. Można bowiem z dużym przekonaniem zakładać, że zarówno autorom ustawy antymonopolowej, jak i twórcom analizowanych w tym artykule przepisów pozwalających na „nieantymonopolową" kontrolę fuzji zależało na tym, żeby uwzględniały one rzeczywistą – a nie tylko prawną – odrębność podmiotów działających na rynku i rzeczywiste – a nie tylko pozorne – zmiany rynkowej struktury, bez względu na to, jaka struktura rynkowa była pożądana przez twórców poszczególnych przepisów.

Fakt, że zgodna z intencjami ustawodawcy wykładnia ustaw o radiofonii i telewizji, o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców czy też prawa farmaceutycznego może prowadzić do poważnego ograniczenia swobody działalności gospodarczej, nie jest usprawiedliwieniem dla ignorowania podstawowych reguł wykładni, zgodnie z którymi w razie wątpliwości co do wykładni literalnej powinna przeważyć wykładnia celowościowa, czyli uwzględniająca przede wszystkim wolę prawodawcy (Leszczyński, 2012, s. 271–273). W przeciwnym razie mamy do czynienia z paternalizmem interpretatora względem ustawodawcy, a to nigdy nie sprzyja kulturze prawnej w danym państwie. Jeżeli w ocenie przywoływanych autorów i organów administracji poprawna wykładnia analizowanych w tym artykule przepisów prowadziłaby do ich sprzeczności z Konstytucją lub unijnymi swobodami gospodarczymi, autorzy ci powinni argumentować właśnie w oparciu w Konstytucję lub prawo unijne (a nie stosować „naciąganą" wykładnię ustawową), z kolei organy administracji i sądy mogłyby łatwo zainicjować sprawy, które doprowadziłyby do oceny tych przepisów przez Trybunał Konstytucyjny lub Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej[36]. Tolerowanie

[33] A w mniejszym stopniu, również przez inspekcję farmaceutyczną i ministra właściwego do spraw wewnętrznych, które to organy co prawda – w przeciwieństwie do Przewodniczącego KRRiT – nie przyznają się otwarcie do wątpliwej i sprzecznej z intencjami ustawodawcy wykładni, ale tolerują stan prawny, w którym ich kompetencje kontrolne są ignorowane przez działające na rynku podmioty.

[34] O różnicy między podmiotową a przedmiotową definicją przedsiębiorcy na gruncie przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, zob. np. Semeniuk, 2015, s. 20–21.

[35] Więcej o koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie konkurencji, zob. Semeniuk, 2015.

[36] Zgodnie z art. 22 ustawy zasadniczej Rzeczpospolitej, „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny". Otwartym pozostaje pytanie: czy opisane w tym artykule przepisy dotyczące „nieantymonopolowej" kontroli koncentracji nie stanowią przypadkiem nadmiernej ingerencji w konstytucyjną zasadę swobody działalności gospodarczej. Dyskusja na temat zgodności tych przepisów z Konstytucją nie jest jednak przedmiotem analizy niniejszego artykułu, a ich ewentualna niekonstytucyjność nie powinna być uzasadnieniem dla postulowania niepoprawnej wykładni ustaw przez organy administracji i sądy. Zakładając nawet, że polskie sądy mogą wprost stosować Konstytucję (co budzi jednak zasadnicze wątpliwości w doktrynie prawa konstytucyjnego), analizowane w tym artykule normy ustawy o radiofonii i telewizji, o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców oraz prawa farmaceutycznego na pewno nie są w sposób oczywisty niekonstytucyjne, dlatego ewentualna odmowa ich stosowania przez sądy powinna być poprzedzona wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, w którym Trybunał uznał by te przepisy niekonstytucyjne.

wątpliwej wykładni analizowanych norm uzasadnionej jedynie „niepraktycznością" odmiennej wykładni (rzekomo nadmiernie ingerującej w swobodę działalności gospodarczej) nie tylko zaś godzi w powagę polskiego porządku prawnego, lecz także powoduje nieustającą niepewność po stronie przedsiębiorców, którzy w przeszłości dokonali wątpliwych prawnie koncentracji[37].

Bibliografia

Banasiński, C. i Piontek E. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.

Fox, E. (2000). We Protect Competition, You Protect Competitors. *World Competition*, *26*(2).

Kieszkowska, P. i Łojko, N. (2004). Aptekarska koncentracja. *Rzeczpospolita*, 13.12.2004.

Koremba, M. (2009). W: M. Kondrat (red.), *Prawo farmaceutyczne*. *Komentarz*. Warszawa: ABC (Lex).

Kruszyński, R. (2010). Problem koncentracji na rynku aptek ogólnodostępnych. *Aptekarz Polski*, 48/26. Pozyskano z: http://www.aptekarzpolski.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=713 (31.01.2016).

Leszczyński, L. (2012). W: L. Leszczyński, B. Wojciechowski, M. Zirk-Sadowski, *System Prawa Administracyjnego. Wykładnia w prawie administracyjnym*, t. 4. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Misiak, J. (2015). *50 twarzy art. 99 ust. 3*. Pozyskano z: http://www.rynekaptek.pl/wywiad/prawnik-50-twarzy--art-99-ust-3,10880.html (31.01.2016).

Nihoul, P. (2012). *Freedom of Choice – The Emergence of a Powerful Concept in European Competition Law*. Pozyskano z: http://ssrn.com/abstract=2077694 (31.01.2016).

Piątek, S. (2014). Komentarz do art. 40a. W: S. Piątek (red.), *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck (Legalis).

Sasiak, R. (2000). Nabywanie lub obejmowanie przez cudzoziemców udziałów lub akcji w spółkach na terytorium RP będących właścicielami lub użytkownikami wieczystymi nieruchomości. *Przegląd Prawa Handlowego*, 9.

Semeniuk, P. (2015). *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Skoczny, T. (2009). W: T. Skoczny (red.). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Skoczny, T. (2012). *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Skoczny, T. (2015). *Pojęcie podmiotów zależnych i grupy kapitałowej w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, z uwzględnieniem treści art. 99 ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne*. Ekspertyza naukowa CARS z 4.02.2015 r. Pozyskano z: http://www.cars.wz.uw.edu.pl/doradztwo-15.html (31.01.2016).

Świerczyński, M. (2012). W: M. Krekora, E. Traple, M. Świerczyński, *Prawo farmaceutyczne*, Warszawa: Wolters Kluwer.

[37] Dość wspomnieć, że na gruncie art. 40a ust. 4 u.r.t., nabycia udziałów lub akcji dokonane bez wymaganej zgody Przewodniczącego KRRiT są nieważne, podobnie zresztą jak nabycia nieruchomości przez „cudzoziemca" mające miejsce wbrew przepisom unnpc (art. 6 ustawy). O możliwości (obowiązku) cofnięcia zezwolenia aptecznego przez WIF w razie przekroczenia progów z art. 99 Pf wspomniano już w pkt IV niniejszego artykułu. Szczegółowe omówienie potencjalnych konsekwencji „obchodzenia" przepisów dotyczących kontroli fuzji na rynku audiowizualnym, nieruchomości i farmaceutycznym przekracza jednak ramy tego artykułu.

Joanna Lenart*, Teresa Kaczyńska**

Kiedy utworzenie nowej spółki nie będzie kwalifikowane jako utworzenie nowego przedsiębiorcy (joint venture)? Praktyczne rozważania dotyczące problematyki joint venture w polskim prawie konkurencji

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy – problemy i rozbieżności definicyjne w polskim i unijnym prawie konkurencji
III. Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w polskim prawie konkurencji
IV. Alternatywne możliwości kwalifikacji prawnej utworzenia nowej spółki
V. Kwestia pewności prawnej
VI. Wnioski i postulaty *de lege ferenda*

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest analiza problematyki związanej z utworzeniem wspólnego przedsiębiorcy (joint venture) w polskim prawie ochrony konkurencji, w tym analiza stanów faktycznych, które – zdaniem autorek – w praktyce Prezesa UOKiK powinny lub nie powinny być kwalifikowane jako utworzenie wspólnego przedsiębiorcy. W niniejszym artykule autorki przedstawiają rozważania dotyczące problemów i rozbieżności definicyjnych w polskim i unijnym prawie konkurencji, mających istotne znaczenie w praktyce. Ponadto, szczegółowo omówiono kwestię obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w polskim prawie konkurencji oraz wynikające z niej trudności praktyczne, z którymi na co dzień muszą mierzyć się przedsiębiorcy. Poczynione rozważania stanowią asumpt do omówienia alternatywnych możliwości kwalifikacji prawnej utworzenia nowej spółki i rozważań na temat potrzeby zapewnienia jak największej pewności prawnej w zakresie stosowania przepisów dotyczących utworzenia joint venture. W podsumowaniu niniejszego artykułu zawarte zostały wnioski i postulaty *de lege ferenda* dotyczące polskich przepisów antymonopolowych regulujących tworzenie wspólnych przedsiębiorców.

Słowa kluczowe: wspólny przedsiębiorca; joint venture; kontrola koncentracji.

JEL: K21

* LL.M. (Maastricht University), aplikantka adwokacka w Izbie Warszawskiej, prawnik w kancelarii Allen & Overy; e-mail: joanna_lenart@gazeta.pl.

** Doktorantka w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, aplikantka adwokacka w Izbie Warszawskiej, młodszy prawnik w kancelarii Allen & Overy; e-mail: teresa_kaczynska@wp.pl.

I. Wprowadzenie

Przedsiębiorcy, dostrzegając liczne korzyści płynące z łączenia swoich potencjałów ekonomicznych z innymi uczestnikami rynku, bardzo często podejmują decyzję, aby rozpocząć współpracę z innymi, nierzadko konkurencyjnymi, podmiotami. Z ekonomicznego punktu widzenia taka decyzja stanowi kolejny krok na ścieżce rozwoju przedsiębiorcy i jego biznesu.

Decydującymi czynnikami przemawiającymi za kooperacją podmiotów gospodarczych są efekty synergii i ekonomia skali, które pozwalają na redukcję kosztów w ujęciu jednostkowym, a tym samym umożliwiają prowadzenie działalności w sposób bardziej efektywny. Fuzje i przejęcia w tradycyjnym ujęciu mogą jednak prowadzić do konsolidacji potencjalnie ograniczających konkurencję, gdyż skutkują trwałymi zmianami w strukturze rynku. Alternatywą dla tego typu działań jest wspólne tworzenie, przez działających już na rynku przedsiębiorców, nowych podmiotów gospodarczych. Jak wskazuje praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK, utworzenie wspólnego przedsiębiorcy (joint venture) jest jedną z najczęściej występujących – obok przejęcia kontroli – form koncentracji przedsiębiorców. Z publicznie dostępnych informacji, tj. decyzji Prezesa UOKiK opublikowanych na stronie internetowej UOKiK do dnia 4 stycznia 2016 r., wynika, że w 2015 r. na 206 decyzji Prezesa UOKiK w sprawach dotyczących kontroli koncentracji, 33 dotyczyło zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy. W 2014 r. takich decyzji było 20 w ogólnej liczbie 174 decyzji koncentracyjnych wydanych przez Prezesa UOKiK w tym roku. Czy jednak zawiązanie nowej spółki przez niezależnie działające na rynku podmioty zawsze wymaga uprzedniej zgody organu antymonopolowego? I czy tylko utworzenie nowego podmiotu gospodarczego uznawane jest w doktrynie i praktyce prawa konkurencji za joint venture? W niniejszym artykule zostanie podjęta próba udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania.

II. Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy – problemy i rozbieżności definicyjne w polskim i unijnym prawie konkurencji

Pochodzącym z języka angielskiego terminem „joint venture" określa się co do zasady utworzenie nowego podmiotu gospodarczego poprzez połączenie komplementarnych zasobów co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców (Targański, 2010). Z językowego punktu widzenia pojęcie „joint venture" może jednak oznaczać każde wspólne przedsięwzięcie, niezależnie od formy jaką przyjmuje. Z tej perspektywy polski termin „wspólny przedsiębiorca" ma węższy zakres znaczeniowy, ponieważ wyraźnie ogranicza wspólne przedsięwzięcia objęte dyspozycją art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[1] (dalej: uokik) do tych, które zakładają działanie w ramach (definicji) przedsiębiorcy. Oznacza to, że inne rodzaje wspólnych przedsięwzięć, takie jak np. umowy o współpracy nieuwzględniające instytucjonalnego elementu przedsiębiorcy, tj. jego odrębności prawnej, nie będą kwalifikowane jako utworzenie wspólnego przedsiębiorcy. Nie wyklucza to jednak możliwości zakwalifikowania ich jako innych form koncentracji, np. jako przejęcie kontroli.

Utworzenie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców nowego podmiotu gospodarczego stanowi jedną z form koncentracji przewidzianych zarówno w polskich, jak i unijnych przepisach dotyczących kontroli koncentracji. Joint venture zakłada zaangażowanie dwóch lub więcej

[1] T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184, z późn. zm.

przedsiębiorców, którzy zachowują odrębną osobowość prawną. Zaangażowanie to, w zależności od liczby tych przedsiębiorców, posiadanych przez nich udziałów/akcji oraz uregulowań korporacyjnych joint venture, może skutkować tzw. wspólną kontrolą sprawowaną przez ww. przedsiębiorców. W praktyce podmioty takie powstają często w celu wspólnego przeprowadzenia dużej inwestycji, prowadzenia badań zmierzających do poprawy innowacyjności produktów i rozwoju technologicznego (Sendrowicz i Szwaj, 2007, s. 11), prowadzeniu produkcji lub dystrybucji produktów (Kohutek, 2014, s. 482). Jak wskazano we wstępie do niniejszego artykułu, tworzenie joint venture – jako jedna z form aliansów strategicznych pomiędzy przedsiębiorcami – stanowi jeden z dominujących trendów w zakresie aktywności podmiotów gospodarczych w ramach rozwoju gospodarki światowej (Oczkowska, 2006, s. 121).

W prawie polskim utworzenie wspólnego przedsiębiorcy następuje zazwyczaj poprzez zawiązanie spółki prawa handlowego (z ograniczoną odpowiedzialnością, akcyjnej, jawnej, komandytowej oraz komandytowo-akcyjnej) lub utworzenie spółdzielni[2]. W praktyce polskiego organu ochrony konkurencji, za joint venture uznaje się:

1) przekształcenie spółki cywilnej w spółkę jawną;
2) utworzenie nowej spółki przez jednego przedsiębiorcę, a następnie nabycie lub objęcie w niej udziałów/akcji przez innych przedsiębiorców (uczestników koncentracji);
3) utworzenie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców nowej spółki;
4) zmianę lub rozszerzenie działalności przez już istniejącego wspólnego przedsiębiorcę.

Uokik nie przewiduje w stosunku do wspólnego przedsiębiorcy szczególnych kryteriów, a w szczególności nie wymaga – tak jak ma to miejsce w przypadku unijnej regulacji dotyczącej kontroli koncentracji przedsiębiorców – by ów wspólny przedsiębiorca pełnił w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego[3]. Oznacza to, że taki wspólny przedsiębiorca nie musi posiadać samodzielności operacyjnej, aby zamiar jego utworzenia pociągał za sobą powstanie obowiązku zgłoszenia do Prezesa UOKiK. Nie musi zatem prowadzić działalności w zakresie produkcji lub sprzedaży towarów bądź świadczenia usług na rzecz podmiotów trzecich albo realizować zakupów od takich podmiotów. Do powstania obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji do Prezesa UOKiK wystarczający będzie również zamiar utworzenia takiego wspólnego przedsiębiorcy (najczęściej odrębnej spółki), który będzie posiadał relacje handlowe wyłącznie z podmiotami–założycielami lub z przedsiębiorcami należącymi do ich grup kapitałowych.

W prawie UE problematyka utworzenia joint venture uregulowana została postanowieniami rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw[4] (dalej: Rozporządzenie 139/2004) oraz skonsolidowanego obwieszczenia Komisji dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw[5] (dalej: Obwieszczenie). Koncentrację w rozumieniu Rozporządzenia 139/2004 stanowi utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa spełniającego następujące warunki:

[2] Por. Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, UOKiK, Warszawa 2015, s. 19; dokument dostępny pod adresem https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_zglaszania_koncentracji.php (31.01.2016).

[3] Zob. Wyjaśnienia w sprawie kryteriów…, s. 20–21.

[4] Dz. Urz. UE z 2004 r. L 24/1.

[5] Dz. Urz. UE z 2008 r. C 95/1.

1) posiadanie pełnego zakresu funkcji wspólnego przedsiębiorstwa,
2) istnienie wspólnej kontroli przedsiębiorców–założycieli nad wspólnym przedsiębiorstwem oraz
3) trwałość funkcjonowania wspólnego przedsiębiorstwa.

W prawie UE utworzenie joint venture stanowi koncentrację pod warunkiem, iż wspólne przedsiębiorstwo pełni w sposób trwały wszystkie funkcje autonomicznej jednostki gospodarczej na płaszczyźnie operacyjnej. Oznacza to, że wspólne przedsiębiorstwo – co do zasady – musi działać na rynku, pełniąc funkcje zwykle realizowane przez przedsiębiorców działających na tym samym rynku. W tym celu zawiązane joint venture musi mieć kierownictwo zajmujące się jego codziennymi operacjami oraz dostęp do wystarczających zasobów, w tym środków finansowych, kadr i aktywów (materialnych i niematerialnych), które pozwolą temu podmiotowi prowadzić w sposób trwały swoją działalność gospodarczą na obszarze określonym w umowie o utworzeniu wspólnego przedsiębiorstwa[6]. Tak więc stwierdzenie, że utworzone joint venture będzie pełniło w sposób trwały wszystkie podstawowe funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego, będzie możliwe jedynie w sytuacji, gdy przedsiębiorca ten:

1) będzie posiadał wystarczające zasoby do samodzielnego działania;
2) będzie wykonywał określone działania wykraczające poza jedną funkcję pełnioną na rzecz przedsiębiorców–założycieli;
3) zostanie powołany do działania w sposób trwały[7].

Czynnikiem, który również należy rozważyć w celu ustalenia czy wspólny przedsiębiorca ma pełny zakres funkcji, jest istnienie wyraźnej obecności przedsiębiorców–założycieli w poprzednim lub następnym ogniwie łańcucha produkcyjnego danego rynku, jeżeli ta obecność pociąga za sobą znaczące transakcje sprzedaży lub kupna pomiędzy przedsiębiorcami–założycielami a joint venture[8]. Zwykle obecność przedsiębiorców–założycieli jest znacząca, a nawet dominująca w początkowym okresie działalności joint venture. Nie przesądza to jednak o braku pełnofunkcyjności wspólnego przedsiębiorcy, o ile wspólny przedsiębiorca jest nastawiony na odgrywanie czynnej roli na rynku i po upływie początkowego okresu działalności rozpocznie funkcjonowanie na rynku, tj. będzie realizować sprzedaż/świadczyć usługi na rzecz podmiotów trzecich.

Odnosząc się do kwestii dotyczącej sprawowania wspólnej kontroli przez przedsiębiorców–założycieli nad joint venture, należy wskazać, że wspólna kontrola istnieje wtedy, gdy dwóch lub większa liczba przedsiębiorców lub dwie lub większa liczba osób mają możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę[9]. Wspólna kontrola może występować nawet wtedy, gdy występują więcej niż dwie spółki dominujące[10]. Warunkiem jest jednak wówczas dysponowanie przez udziałowców mniejszościowych dodatkowymi prawami, pozwalającymi „im zawetować decyzje mające zasadnicze znaczenie dla strategicznych zachowań handlowych wspólnego przedsiębiorstwa". Do decyzji mających wpływ na takie strategiczne zachowania, zgodnie z treścią Obwieszczenia, zalicza się decyzje dotyczące:

6 Pkt 94 i n. Obwieszczenia.
7 Pkt 91–105 Obwieszczenia; por. również Wierzbowski i in., 2012, s. 22.
8 Pkt 97 i n. Obwieszczenia.
9 Pkt 62 Obwieszczenia.
10 Pkt 65 Obwieszczenia.

1) budżetu,
2) planu działalności gospodarczej,
3) kluczowych inwestycji oraz
4) mianowania kierownictwa wyższego szczebla.

Niemniej jednak w literaturze przedmiotu przedstawiony został również pogląd, zgodnie z którym w praktyce możliwa jest sytuacja, w której żaden z podmiotów tworzących wspólne przedsiębiorstwo nie będzie posiadał uprawnień koniecznych do sprawowania wspólnej kontroli (szerzej na ten temat: Semeniuk, 2015, s. 138 i n.).

Zgodnie z definicją pojęcia „koncentracja" zawartą w art. 3 ust. 1 Rozporządzenia 139/2004, uprzedniej notyfikacji do KE podlegają wyłącznie takie zdarzenia/operacje gospodarcze, które „powodują trwałą zmianę kontroli uczestniczących przedsiębiorstw oraz (...) trwałą zmianę w strukturze rynku"[11]. Przedsiębiorcy–założyciele muszą zatem przewidywać, że wspólne przedsiębiorstwo będzie działać w sposób trwały[12]. Brak jest legalnej definicji użytego przez ustawodawcę unijnego pojęcia „trwałość". Rozporządzenie 139/2004 nie określa bowiem ram czasowych, których nieprzekroczenie pozwalałoby uznać, że przesłanka trwałości nie została spełniona i tym samym nie zachodzi koncentracja. Pewnych wskazówek w tym zakresie dostarcza Obwieszczenie, precyzując, że uwzględnienie nieprzewidzianych okoliczności, np. niepowodzenia wspólnego przedsiębiorstwa czy sporów między spółkami dominującymi w sprawach zasadniczych, nie wyklucza możliwości uznania wspólnego przedsiębiorstwa za działające w sposób trwały. Wspólne przedsiębiorstwo nie będzie jednak uznawane za działające na zasadzie długotrwałej, jeżeli jest powoływane na określony krótki czas. Taka sytuacja będzie miała miejsce na przykład wtedy, gdy wspólne przedsiębiorstwo powołuje się w celu realizacji konkretnej inwestycji, tj. zbudowania takiego konkretnego obiektu, jak elektrownia, i nie będzie ono uczestniczyć w prowadzeniu działalności tego zakładu po zakończeniu jego budowy[13].

Jak słusznie zawraca się uwagę w literaturze przedmiotu, z uwagi na trudności związane ze wskazaniem generalnej definicji „trwałości" (odnoszącej się do zmiany kontroli), istnieje potrzeba, a wręcz konieczność, dokonywania oceny poszczególnych przypadków indywidualnie i uwzględnienia towarzyszących im okoliczności faktycznych i prawnych (por. Kohutek, 2013, i przywołana tam praktyka decyzyjna KE).

W literaturze przedmiotu słusznie akcentuje się doniosłą rolę pojęcia wspólnego przedsiębiorcy w prawie ochrony konkurencji. Pojęcie to występuje bowiem na pograniczu przepisów regulujących kontrolę koncentracji oraz norm dotyczących antykonkurencyjnych porozumień (Semeniuk, 2015, s. 119). Z punktu widzenia skutków rynkowych, joint venture może mieć charakter kooperacyjny albo koncentracyjny. Taki podział jest zgodny z językowym znaczeniem pojęcia joint venture, które oznacza każde wspólne przedsięwzięcie. Joint ventures kooperacyjne porównywane są niekiedy z kartelami lub innymi rodzajami porozumień antykonkurencyjnych, gdyż w niektórych przypadkach mogą skutkować koordynacją zachowań konkurencyjnych tworzących je przedsiębiorców, którzy zachowują odrębny byt prawny. Z kolei koncentracyjne joint ventures, tworzone są wówczas, gdy nowy przedsiębiorca ma pełnić wszystkie podstawowe funkcje samodzielnego

[11] Pkt 28 i n. Obwieszczenia.

[12] Pkt 103 Obwieszczenia.

[13] Pkt 103 i 104 Obwieszczenia.

przedsiębiorcy, a równocześnie nie występuje koordynacja zachowań rynkowych jego założycieli (Kalus, 2011). W praktyce granica pomiędzy obydwoma rodzajami wspólnych przedsiębiorstw bywa płynna i – jak podkreślają przedstawiciele doktryny – podział na przedsiębiorstwa kooperacyjne i koncentracyjne nie jest zasadny. W praktyce mamy do czynienia ze wspólnymi przedsiębiorstwami o przewadze cech kooperacyjnych lub koncentracyjnych. W wielu przypadkach trudno jest natomiast jednoznacznie rozstrzygnąć, jakie cechy przeważają w danym wspólnym przedsiębiorcy (Szydło, 2005, s. 84 oraz przywołana tam literatura przedmiotu).

Podsumowując, należy podkreślić, że regulacją Rozporządzenia 139/2004 objęty jest wyłącznie zamiar tworzenia joint ventures o charakterze koncentracyjnym. Natomiast joint ventures o charakterze kooperacyjnym, tj. niespełniające ww. cech autonomicznych jednostek gospodarczych, podlegają ocenie w świetle art. 101 ust. 1 i 3 TFUE (Stankiewicz, 2007, s. 12–17)[14].

Rozbieżności definicyjne w polskim i unijnym prawie konkurencji wymagają od przedsiębiorców pogłębionej analizy struktury transakcji w celu określenia prawidłowej formy koncentracji, która powinna zostać notyfikowana do organu antymonopolowego. Niekiedy bowiem transakcja polegająca na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy może mieć wymiar unijny z punktu widzenia wysokości osiąganych obrotów. Jednak ze względu na fakt, że planowany przedsiębiorca nie będzie kontrolowany wspólnie przez przedsiębiorców–założycieli (np. w przypadku, gdy przedsiębiorców tych będzie sześciu, a ich udziały we wspólnym przedsiębiorcy i prawa z nich wynikające będą równe), na brak pełnego zakresu funkcji lub powołanie wspólnego przedsiębiorcy wyłącznie do realizacji określonego ograniczonego w czasie przedsięwzięcia czy też inwestycji, koncentracja nie będzie wymagała zgłoszenia do KE. Mimo to, transakcja taka, w przypadku spełnienia progów obrotowych, będzie wymagała uprzedniego zgłoszenia do Prezesa UOKiK. Może to mieć dla przedsiębiorców niekorzystne skutki z ekonomicznego punktu widzenia. Może bowiem okazać się, że transakcja zamiast zgłoszenia do jednego organu ochrony konkurencji, tj. do KE, będzie wymagała zgłoszenia do kilku krajowych organów ochrony konkurencji. Poza Polską, zamiar utworzenia joint ventures, nad którymi przedsiębiorcy–założyciele nie sprawują wspólnej kontroli, a także joint ventures, które nie mają pełnego zakresu funkcji, mogą podlegać obowiązkowi zgłoszenia również w Austrii[15] i w Niemczech[16].

III. Obowiązek zgłoszenia koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w polskim prawie konkurencji

Chociaż w doktrynie prawa ochrony konkurencji można spotkać się z poglądem, że utworzenie joint venture jest niejako przejawem (następstwem) współpracy podejmowanej przez podmioty założycielskie, które chcąc sformalizować sposób ich wzajemnego współdziałania, zawierają w tym celu pomiędzy sobą stosowną umowę (Szydło, 2005, s. 83), to należy podkreślić, że zgłoszeniu do odpowiedniego organu antymonopolowego – odpowiednio do KE lub do Prezesa UOKiK – podlega już sam zamiar utworzenia wspólnego przedsiębiorcy. Poddanie uprzedniej

[14] Zob. także art. 2 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004, zgodnie z którym „[w] stopniu, w jakim utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa, stanowiące koncentrację zgodnie z art. 3, ma na celu lub skutkuje koordynacją zachowań koordynacyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne, koordynacja ta oceniania jest zgodnie z kryteriami art. 101 ust. 1 i 3 TFUE, w celu stwierdzenia, czy działanie to jest zgodne czy nie ze wspólnym rynkiem".

[15] Pod warunkiem, że: (i) przedsiębiorcy–założyciele nabędą co najmniej 25% akcji w utworzonym wspólnym przedsiębiorcy oraz (ii) mienie wniesione do joint venture stanowi przedsiębiorstwo w rozumieniu prawa austriackiego, tzn. np. posiada pozycję rynkową i generuje obroty.

[16] Należy jednak zwrócić uwagę na bardzo rozbudowaną koncepcję doktryny skutku (*effect doctrine*) w federalnym prawie antymonopolowym co daje asumpt do zwolnienia z obowiązku notyfikacji utworzenia joint ventures, które m.in. nie będą generować obrotu i nie będą prowadzić działalności na terytorium Niemiec.

(*ex ante*) kontroli administracyjnej aktywności przedsiębiorców skierowanej na tworzenie joint ventures związane jest z przekonaniem organów antymonopolowych, iż ta forma koncentracji interesów gospodarczych może w pewnych sytuacjach wywierać istotny wpływ na stan konkurencji (Stankiewicz, 2007, s. 12–17).

Zgodnie z art. 13 ust. 2 pkt 3 uokik obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK dotyczy zamiaru utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy, niezależnie od charakteru tworzonego joint venture, o ile uczestniczący w koncentracji przedsiębiorcy–założyciele spełniają kryteria ustawowe dotyczące progów obrotowych przewidzianych w art. 13 ust. 1 uokik. Chociaż w doktrynie od dawna zwraca się uwagę, iż „istnieje możliwość takiej interpretacji przepisu art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy [uokik – dop. aut.] przy pomocy wykładni celowościowej i systemowej, dzięki której należałoby uznać, iż celem ustawodawcy konstruującego powyższy przepis było poddanie nadzorowi oceniającemu zamiar dokonania koncentracji wyłącznie wspólnych przedsiębiorców o charakterze koncentracyjnym" (Stankiewicz, 2007, s. 12–17), to pogląd ten nie spotkał się z aprobatą po stronie ustawodawcy na etapie nowelizacji uokik.

W toku prac legislacyjnych nad nowelizacją uokik nie zostały uwzględnione uwagi zgłoszone m.in. przez Centrum Studiów Antymonopolowych Regulacyjnych i Stowarzyszenie Prawa Konkurencji, dotyczące ograniczenia kontroli koncentracji polegających na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy tylko do tzw. w pełni funkcjonalnych joint ventures. Jak wyjaśniono w projekcie założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (projekt z 19 października 2012 r.), w ocenie UOKiK oba typy koncentracji, tj. koncentracyjny i kooperacyjny (koordynacyjny), mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym[17].

W większości państw członkowskich UE zasady dotyczące obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy są bardzo zbliżone do tych obowiązujących na szczeblu unijnym. Dotyczy to przede wszystkim kwestii sprawowania wspólnej kontroli przez przedsiębiorców–założycieli. Takie rozwiązanie – w ocenie autorek – należy ocenić pozytywnie jako przejaw trendu polegającego na ujednoliceniu krajowych regulacji w zakresie prawa ochrony konkurencji na obszarze całej UE, wspierającego rozwój wspólnego rynku. Ponadto, przyjęcie regulacji w takim kształcie świadczy również o implementacji – przynajmniej w pewnym stopniu – podejścia ekonomicznego do oceny zjawisk rynkowych. Obowiązywanie zbliżonych reguł i regulacji prawnych w większości państw członkowskich zwiększa poczucie bezpieczeństwa prawnego przedsiębiorców i zachęca do rozszerzania ich działalności na terytorium tych państw.

Mając na uwadze treść obowiązujących w Polsce przepisów dotyczących koncentracji przedsiębiorców, należy podkreślić, że kwestia trwałości joint venture ma charakter całkowicie irrelewantny dla oceny obowiązku notyfikacji takiej operacji gospodarczej Prezesowi UOKiK[18]. Powyższy pogląd prezentowany jest również przez część przedstawicieli doktryny, którzy wskazują, że skoro uokik nie przewiduje warunku trwałego pełnienia wszystkich funkcji samodzielnego podmiotu gospodarczego przez wspólnie utworzonego przedsiębiorcę, to „jej reżimowi podlegają zarówno joint venture o charakterze (tylko) koncentracyjnym (co jest oczywiste), jak i joint venture o charakterze (tylko) koordynacyjnym, czyli także wówczas, gdy utworzony wspólny przedsiębiorca nie spełnia (...) przesłanek traktowania go jako trwale wykazującego wszystkie cechy samodzielności

[17] Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Projekt z 19.10.2012 r., s. 34; dokument dostępny pod adresem https://uokik.gov.pl/download.php?plik=12486 (22.12.2015).

[18] Wyr. SOKiK z 13.10.2011 r., VI ACa 381/11, za: Skoczny, 2014, s. 596.

gospodarczej" (Kohutek, 2014, s. 484). Co więcej, w literaturze podnosi się, iż zgodnie z treścią art. 13 ust. 2 pkt 3 uokik, „jedynym wymaganym przez ten przepis (a zarazem wystarczającym) warunkiem uznania danej operacji za operację podlegającą obowiązkowi uprzedniej notyfikacji Prezesowi UOKiK jest „utworzenie przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy", czyli podmiotu cechującego się już „tylko" samodzielnością prawną, a niekoniecznie gospodarczą (...)" (Kohutek, 2014, s. 485).

Pojawiają się jednak głosy krytyki, zgodnie z którymi – mając na uwadze literalne brzmienie art. 13 ust. 2 pkt 2 – uokik „poddaje obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK „utworzenie przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy" (...) jako samodzielny stan faktyczny niezdefiniowanej legalnie „koncentracji", tj. niewymagającej, żeby polegała ona na „trwałej zmianie kontroli". Powyższe w ocenie T. Skocznego skutkuje tym, iż „[w] tej sytuacji uprawnione (...) jest (...) twierdzenie, że w Polsce tworzenie „wspólnych przedsiębiorców" poddane było (...) [i nadal jest – dop. aut.] kontroli prewencyjnej (*ex ante*) w zakresie prawie nieograniczonym, a w każdym razie daleko wykraczającym poza aksjologię art. 1 [uokik z 2007 – przyp. autorek] i poza odpowiednie regulacje wspólnotowe" (Skoczny, 2006). Trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla tak szerokiej regulacji.

W proces tworzenia wspólnego przedsiębiorcy zawsze zaangażowanych jest co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców[19]. Co to oznacza w praktyce? Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji nie powstaje w sytuacji tworzenia przedsiębiorcy:

1) wyłącznie przez jednego przedsiębiorcę;
2) przez jednego przedsiębiorcę i podmiot lub podmioty niebędące przedsiębiorcami;
3) przez podmioty niebędące przedsiębiorcami w rozumieniu uokik lub
4) przez przedsiębiorców należących do jednej i tej samej grupy kapitałowej (tzw. koncentracja wewnątrzgrupowa).

Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy odnosi się zarówno do sytuacji, kiedy uczestnicy koncentracji (przedsiębiorcy–założyciele) tworzą w tym celu nowego przedsiębiorcę, jak i do sytuacji, kiedy np. w celu utworzenia wspólnego przedsiębiorcy jeden z uczestników tworzy nową spółkę, a następnie pozostali uczestnicy nabywają lub obejmują w niej udziały/akcje. Do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy uczestnicy koncentracji mogą wykorzystać również już istniejącego przedsiębiorcę (wspólny przedsiębiorca zostaje utworzony np. na bazie spółki funkcjonującej w ramach grupy kapitałowej jednego z założycieli), o czym szerzej w dalszej części niniejszego artykułu.

Co więcej, (ponowna) notyfikacja Prezesowi UOKiK wymagana jest w przypadku „zmiany lub rozszerzenia działalności" już istniejącego joint venture[20]. Stwierdzając swoją właściwość do oceny tego typu operacji gospodarczych, Prezes UOKiK nawiązuje – chociaż nie wprost – do zmiany w działalności wspólnego przedsiębiorcy w prawie unijnym[21]. Dokonując oceny obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na zmianie działalności funkcjonującego joint venture, w tym jej rozszerzeniu, należy odnosić tę zmianę do jego pierwotnego celu, który podlegał ocenie Prezesa UOKiK (Skoczny, 2014, s. 618) albo – jeżeli pierwotnie utworzenie

[19] Wyjaśnienia w sprawie kryteriów…, s. 19.

[20] Wyjaśnienia w sprawie kryteriów…, s. 20.

[21] Por. pkt 106 i n. Obwieszczenia.

przedsiębiorcy nie podlegało zgłoszeniu – do dotychczas prowadzonej działalności przez tego wspólnego przedsiębiorcę.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na pewną niekonsekwencję Prezesa UOKiK, który w swoich Wyjaśnieniach w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji (dalej: Wyjaśnienia) rozważa „**istotną** (podkr. aut.) zmianę lub rozszerzenie przedmiotu działalności" w kontekście utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w oparciu o już istniejącą spółkę oraz o „zmianę lub rozszerzenie przedmiotu działalności" bez użycia przymiotnika „istotna" w odniesieniu do działalności już istniejącego wspólnego przedsiębiorcy. W ocenie autorek w obu przypadkach, tj. zarówno zmiany lub rozszerzenia działalności już istniejącego joint venture, jak i spółki istniejącej w ramach grupy kapitałowej jednego z założycieli (nieprowadzącej dotychczas działalności lub której przedmiot działalności ulegnie zmianie, lub zostanie rozszerzony w wyniku koncentracji), ocenie podlegać powinny wyłącznie zmiany o charakterze istotnym. Wyjaśnienia wymagałyby zatem doprecyzowania w tym zakresie. O ile przykład podany w Wyjaśnieniach dotyczący rozszerzenia działalności przez istniejącego wspólnego przedsiębiorcę z produkcji soków również na produkcję dżemów, tj. na odrębny rynek produktowy, jest dość oczywisty i nie budzi wątpliwości, o tyle scenariusze tworzone przez przedsiębiorców bywają o wiele bardziej skomplikowane. Przykładowo, jeżeli przedsiębiorca prowadzi działalność w zakresie oferowania klientom ubezpieczeń na życie, to czy rozszerzenie oferty tego przedsiębiorcy o nowe kategorie ubezpieczeń na życie będzie traktowane jako istotne rozszerzenie działalności tego przedsiębiorcy? Czy rozszerzenie skali działalności ww. przedsiębiorcy prowadzonej dotychczas w trzech państwach członkowskich UE na inne państwo/państwa członkowskie będzie traktowane jako istotne rozszerzenie działalności? Jak wskazują powyższe przykłady, jednoznaczne określenie, na czym polegają zmiany o charakterze „istotnym", może niejednokrotnie okazać się bardzo trudne. W związku z odrębnymi zasadami odnoszącymi się do tworzenia wspólnych przedsiębiorców w Polsce i w UE, w tym przypadku trudno się posiłkować wyjaśnieniami KE przedstawionymi w Obwieszczeniu. Zgodnie z Obwieszczeniem, jeżeli rozszerzenie zakresu wspólnego przedsiębiorstwa odbywa się bez przeniesienia dodatkowych aktywów, praw z umów, know-how lub innych praw, to nie występuje koncentracja[22]. Koncentracja w rozumieniu przepisów UE będzie jednak występować w przypadku, gdy jej rezultatem będzie np. zyskanie przez wspólnego przedsiębiorcę niepełnofunkcyjnego pełnego zakresu funkcji[23].

Wobec trudności towarzyszących przesądzeniu o tym, jakiego typu działania będą uważane za istotną zmianę lub rozszerzenie działalności, przedstawienie przez Prezesa UOKiK w Wyjaśnieniach dodatkowych bardziej szczegółowych wskazówek w tym zakresie byłoby pożądane m.in. z perspektywy pewności prawa.

Interesującą z punktu widzenia praktyki prawa ochrony konkurencji jest również kwestia umiejscowienia operacji gospodarczych polegających na utworzeniu joint ventures w transakcjach określanych jako koncentracje wieloetapowe[24]. Problematyka ta była przedmiotem rozważań Prezesa UOKiK w toku analizy sprawy dotyczącej niezgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy przez Remondis Gliwice sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach

[22] Pkt 108 Obwieszczenia.

[23] Pkt 109 Obwieszczenia.

[24] Por. pkt II.1.8 Wyjaśnień w sprawie kryteriów…, s. 44.

oraz Przedsiębiorstwo Składowania i Utylizacji Odpadów sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach[25]. Ww. przedsiębiorcy–założyciele nie zgłosili zamiaru utworzenia joint venture w formie spółki pod firmą Śląskie Centrum Recyklingu sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej: SCR).

Argumentując brak zgłoszenia zamiaru koncentracji przed wpisaniem utworzonego wspólnego przedsiębiorcy w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, przedsiębiorcy–założyciele podnieśli m.in., że:

1) pomimo powstania, SCR nie prowadzi działalności gospodarczej, a jej aktywność sprowadza się do przygotowań związanych z budową instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych;
2) SCR pozostaje w „uśpieniu" do czasu zaistnienia faktycznej i prawnej możliwości rozpoczęcia działalności, tj. do momentu uzyskania przez instalację statusu regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych – w przypadku nieuzyskania takiego statusu, spółka będzie musiała ulec rozwiązaniu (likwidacji);
3) dokonana koncentracja ma charakter wieloetapowy[26], przy czym ostatni etap ma nastąpić wraz z opublikowaniem planów funkcjonowania regionów gospodarki odpadami oraz przepisów wykonawczych w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów[27].

Prezes UOKiK nie podzielił stanowiska przedsiębiorców–założycieli co do wieloetapowego charakteru przedmiotowej koncentracji[28]. W uzasadnieniu omawianej decyzji Prezes UOKiK podkreślił, że „w przypadku utworzenia wspólnego przedsiębiorcy zgłoszenie zamiaru koncentracji powinno zostać dokonane przed zarejestrowaniem spółki (wpisem do rejestru)", a „[w]ieloetapowość transakcji nie zmienia tej reguły, gdyż powoduje jedynie, że zobowiązany przedsiębiorca co prawda notyfikuje ostatni etap koncentracji, ale jeszcze przed rozpoczęciem realizacji pierwszego etapu"[29].

Na temat momentu notyfikacji zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy, Prezes UOKiK, SOKiK i Sąd Apelacyjny wypowiedzieli się w związku z analizą sprawy dotyczącej utworzenia przez Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze" z siedzibą w Warszawie i Samorząd Województwa Podkarpackiego wspólnego przedsiębiorcy pod firmą Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka" sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie[30] (dalej: Port Lotniczy). W toku postępowania przed Prezesem UOKiK przedsiębiorcy–założyciele podnosili, iż przedmiotowa koncentracja ma charakter wieloetapowy, wskazując, że:

1) celem pierwszego etapu było umożliwienie podjęcia przez Port Lotniczy jedynie podstawowej działalności, przede wszystkim w sferze jej wewnętrznej organizacji, nakierowanej na przygotowanie realizacji drugiego etapu; ponadto w ocenie przedsiębiorców–założycieli etap ten mógł być traktowany jako niestanowiący w ogóle przypadku koncentracji w rozumieniu funkcjonalnym[31];
2) dopiero drugi etap, tj. wniesienie do nowo powstałej spółki aportów w postaci majątku lotniczego, infrastruktury oraz nieruchomości, na których zlokalizowane jest lotnisko, miało

[25] Decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2012 r., nr DKK-138/2012.

[26] Ibidem, s. 2.

[27] Ibidem, s. 2–3.

[28] Ibidem, s. 6.

[29] Decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2012 r., nr DKK-138/2012, s. 5–6.

[30] Decyzja Prezesa UOKiK z 18.06.2009 r., nr DKK-37/09; wyr. SOKiK z 29.10.2010 r., XVII Ama 153/09; wyr. SA w Warszawie z 13.10.2011 r., VI ACa 381/11.

[31] Przedsiębiorcy–założyciele podnosili, że „[j]eżeli (…) funkcją Portu Lotniczego jest działalność lotniskowa, to po pierwszym etapie transakcji nie mogła ona oczywiście zostać podjęta z powodu braku niezbędnych aportów i zezwoleń".

umożliwić podjęcie przez spółkę Port Lotniczy działalności podstawowej, do realizacji której została ona powołana[32].

Również w tej sprawie Prezes UOKiK nie przychylił się do przedstawionych przez uczestników koncentracji argumentów. Prezes UOKiK w uzasadnieniu decyzji wskazał, że „[w]pis do rejestru jest (...) ostatnią czynnością, konieczną do utworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością". Ponadto, w swoich rozważaniach Prezes UOKiK podkreślił, że „[w]pis ten ma charakter konstytutywny, co oznacza, iż spółka powstaje z chwilą jego dokonania i z tym momentem uzyskuje osobowość prawną". Tak więc w ocenie Prezesa UOKiK, którego stanowisko w tym zakresie zostało następnie podtrzymane przez SOKiK i Sąd Apelacyjny w Warszawie, „zamiar koncentracji, polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością należy (...) zgłosić najpóźniej przed dokonaniem wpisu do rejestru"[33].

Na zakończenie rozważań dotyczących obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy należy wskazać, że obecnie do takich koncentracji może mieć zastosowanie wyłączenie obowiązku zgłoszenia zamiaru takiej transakcji. Zgodnie z art. 14 pkt 1a uokik, wprowadzonym nowelizacją ustawy, która weszła w życie w dniu 18 stycznia 2015 r., zamiar koncentracji nie podlega zgłoszeniu, jeżeli obrót żadnego z przedsiębiorców–założycieli wspólnego przedsiębiorcy nie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie równowartości 10.000.000 euro. Ze względu na interpretację tego przepisu stosowaną przez Prezesa UOKiK, przepis ten nie ma obecnie szerokiego zastosowania, o czym mowa w pkt IV.

IV. Alternatywne możliwości kwalifikacji prawnej utworzenia nowej spółki

Granice pomiędzy przejęciem (wspólnej) kontroli nad przedsiębiorcą przez dwóch lub więcej przedsiębiorców a utworzeniem wspólnego przedsiębiorcy są czasami trudne do jednoznacznego wyznaczenia. Zastosowanie odpowiedniej kwalifikacji prawnej może mieć jednak ogromne znaczenie z punktu widzenia możliwości zastosowania wyłączenia obowiązku zgłoszenia przewidzianego w art. 14 uokik. O ile od 18 stycznia 2015 r., tj. od wejścia w życie nowelizacji uokik, która wprowadziła znaczące zmiany w zakresie prawa konkurencji, w tym kontroli koncentracji, wyłączeniem objęte jest również utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, o tyle wyłączenie to jest bardziej restrykcyjne niż wyłączenia dotyczące nabycia mienia i przejęcia kontroli. W przypadku zarówno nabycia mienia, jak i przejęcia kontroli, próg 10.000.000 euro odnosi się wyłącznie do odpowiednio obrotu zrealizowanego przez nabywane mienie[34] oraz obrotu przedsiębiorcy, nad którym ma nastąpić przejęcie kontroli[35] w każdym z ostatnich dwóch lat obrotowych poprzedzających rok zgłoszenia zamiaru koncentracji. W odniesieniu do zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, zgodnie z art. 14 pkt 1a uokik zgłoszeniu nie podlega zamiar koncentracji, jeżeli obrót żadnego z przedsiębiorców nie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie równowartości 10.000.000 euro. Zgodnie z dotychczasową praktyką Prezesa UOKiK, obrót uwzględniany na potrzeby tego przepisu obejmuje jednak nie

[32] Decyzja Prezesa UOKiK z 18.06.2009 r., nr DKK-37/09, s. 4.

[33] Ibidem.

[34] Art. 13 ust. 2 pkt 4 uokik.

[35] Art. 14 pkt 1 uokik.

tylko osiągnięty na terytorium Polski obrót przedsiębiorców będących bezpośrednimi uczestnikami koncentracji, a również osiągnięty w Polsce obrót wszystkich pozostałych podmiotów należących do grup kapitałowych tych przedsiębiorców, część obrotu podmiotów współkontrolowanych przez ww. grupy kapitałowe oraz podmiotów współkontrolujących grupy kapitałowe proporcjonalnie do liczby podmiotów sprawujących kontrolę (analogicznie jak na potrzeby art. 13 ust. 1 uokik). Taka interpretacja art. 14 pkt 1a pozbawia wyłączenie przewidziane w tym przepisie praktycznego znaczenia i nadal nie wyłącza spod jurysdykcji Prezesa UOKiK koncentracji eksterytorialnych, w których jedynym łącznikiem z Polską jest fakt, iż niektóre podmioty z grup kapitałowych uczestników koncentracji generują w Polsce obrót o wysokości przekraczającej 10.000.000 euro, choćby na rynkach niezwiązanych z rynkami właściwymi zdefiniowanymi na potrzeby danej koncentracji, tj. z rynkami, na których działalność będzie prowadził wspólny przedsiębiorca. Tym samym, polska doktryna skutku, zgodnie z którą przesłanka skutku na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest spełniona, jeżeli co najmniej jeden z uczestników koncentracji (tj. grupa kapitałowa, do której należy) osiąga obrót na terytorium RP[36], wciąż należy do bardzo restrykcyjnych w UE (na tle rozwiązań przyjętych w innych państwach członkowskich).

W kontekście kwalifikacji prawnej koncentracji polegającej na utworzeniu nowej spółki lub kapitałowym zaangażowaniu przedsiębiorcy w spółkę już istniejącą wraz z innym przedsiębiorcą/innymi przedsiębiorcami zasadnym jest – w ocenie autorek – kierowanie się wykładnią teleologiczną, tj. odpowiedzią na pytanie, co jest rzeczywistym celem przedsiębiorców będących uczestnikami koncentracji. Jeżeli celem przedsiębiorców jest zaangażowanie się w nowe wspólne przedsięwzięcie, tj. w przedsięwzięcie tworzące wartość dodaną w stosunku do dotychczas prowadzonej przez nich działalności gospodarczej, to takie działanie co do zasady powinno być kwalifikowane jako utworzenie wspólnego przedsiębiorcy. Jeżeli jednak przedsiębiorcy prowadzili już wspólnie działalność o tym samym profilu w tym samym zakresie w ramach odrębnego przedsiębiorcy, to np. zamiar wyodrębnienia części prowadzonej już działalności i przeniesienia jej do innego przedsiębiorcy nie powinien być kwalifikowany jako utworzenie joint venture. Dyskusyjne byłoby w takiej sytuacji stosowanie również alternatywnej kwalifikacji prawnej, tj. przejęcia kontroli, ponieważ przedsiębiorcy *de facto* sprawują już kontrolę nad prowadzoną dotychczas działalnością. W takim przypadku można by ewentualnie rozważać przyjęcie kwalifikacji prawnej koncentracji w postaci wspólnego nabycia mienia. Dotychczasowa praktyka decyzyjna wyraźnie wskazuje, że Prezes UOKiK aprobuje stosowanie kwalifikacji prawnej koncentracji w postaci wspólnego nabycia mienia przez dwóch lub więcej przedsiębiorców[37]. Możliwość zastosowania konkretnej kwalifikacji prawnej wymaga dokładnej analizy każdego przypadku indywidualnie.

Pewne pytania interpretacyjne mogą generować również sytuacje, w których przedsiębiorcy nabywają mniejszościowe pakiety udziałów/akcji w już istniejącej spółce, kontrolowanej wyłącznie przez innego przedsiębiorcę lub wspólnie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Czy taką sytuację należy kwalifikować jako nabycie udziałów/akcji niedających kontroli czy jako utworzenie wspólnego przedsiębiorcy? Zgodnie z Wyjaśnieniami, zgłoszeniu nie podlegają tzw. quasi-koncentracje, polegające na nabyciu lub objęciu udziałów lub akcji, które nie prowadzą jednak do

[36] Wyjaśnienia w sprawie kryteriów…, s. 12.

[37] Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 26.11.2010 r., nr DKK-123/2010; decyzja Prezesa UOKiK z 21.11.2012 r., nr DKK-126/2012.

przejęcia kontroli[38]. Formalnie więc takie sytuacje nie powinny podlegać zgłoszeniu do Prezesa UOKiK. Aby zachować wewnętrzną spójność regulacji, jaką jest uokik, zasadnym byłoby również w takich sytuacjach rozważanie transakcji z celowościowego punktu widzenia, tj. czy poprzez dokonanie transakcji przedsiębiorcy zamierzają zaangażować się w nowe wspólne przedsięwzięcie, wnoszące rzeczywistą wartość dodaną w stosunku do dotychczas prowadzonej działalności. Pogląd ten może budzić kontrowersje, jednak ze względu na fakt, iż zgłoszeniu podlegają również transakcje polegające na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy przez kilku przedsiębiorców, niedające wspólnej kontroli, nie można wykluczyć, że Prezes UOKiK mógłby kwalifikować pewne szczególne sytuacje polegające na nabyciu udziałów mniejszościowych jako utworzenie wspólnego przedsiębiorcy. Kwalifikacja taka wymagałaby jednak dogłębnej analizy, a w przypadku uznania, iż dana koncentracja podlega obowiązkowi zgłoszenia do Prezesa UOKiK, wymagałaby również szczegółowego uzasadnienia.

W odniesieniu do rozróżnienia pomiędzy utworzeniem wspólnego przedsiębiorcy w oparciu o już istniejącą spółkę a koncentracją polegającą na przejściu z kontroli wyłącznej na wspólną Wyjaśnienia dostarczają pewnych wskazówek. Do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy dojdzie mianowicie w przypadku, gdy spółka już istniejąca w ramach grupy kapitałowej jednego z uczestników koncentracji nie prowadziła dotychczas działalności lub też, gdy po dokonaniu koncentracji spółka ta zamierza istotnie zmienić lub rozszerzyć przedmiot dotychczas prowadzonej działalności[39]. Wskazówki te zdają się potwierdzać stosowanie przez Prezesa UOKiK wykładni celowościowej, zgodnie z którą podstawowym kryterium wyboru prawidłowej kwalifikacji prawnej koncentracji jest rzeczywisty cel uczestniczących przedsiębiorców, tj. ustalenie czy zamierzają oni zaangażować się w nowe wspólne przedsięwzięcie, tj. w przedsięwzięcie wnoszące jakąś wartość dodaną w stosunku do dotychczas prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

V. Kwestia pewności prawnej

Pomimo przeprowadzonej nowelizacji uokik, podjętych przez UOKiK starań w zakresie m.in. wypracowania zaktualizowanych Wyjaśnień i możliwości zasięgnięcia interpretacji UOKiK, nadal nie udało się wypracować jasnej, kompleksowej i jednoznacznej regulacji w zakresie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy. Zgłaszane na etapie nowelizacji uokik wnioski, postulaty i propozycje praktyków (m.in. wspomniany już wcześniej postulat dotyczący poddania ocenie wyłącznie joint ventures o charakterze koncentracyjnym) w większości przypadków nie znalazły odzwierciedlenia w aktualnym brzmieniu uokik. Przedsiębiorcy nadal muszą się mierzyć z pytaniami dotyczącymi różnych form i procesów koncentracyjnych, których obowiązek notyfikacji bądź brak tego obowiązku nie wynika wprost z przepisów. Można pokusić się o stwierdzenie, że pomysłowość i elastyczność przedsiębiorców w tym zakresie zdecydowanie wykracza poza regulację prawną w zakresie kontroli koncentracji w jej aktualnym kształcie.

Jednym z podstawowych, nadal nierozwiązanych problemów kładących się cieniem na regulację uokik w jej znowelizowanym kształcie jest kwestia szerokiego katalogu operacji gospodarczych, które kwalifikowane są jako utworzenie joint venture. Jednoznacznie negatywnie należy

[38] Wyjaśnienia w sprawie kryteriów…, s. 13.

[39] Wyjaśnienia w sprawie kryteriów…, s. 20.

ocenić obecną sytuację, w której poszczególne typy operacji gospodarczych kwalifikowanych przez Prezesa UOKiK jako sposoby utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, zostały wskazane w niemających charakteru prawa powszechnie obowiązującego Wyjaśnieniach, a nie w akcie normatywnym, jakim jest uokik.

Z praktycznego punktu widzenia, najbardziej jednak problematyczna pozostaje kwestia braku przesłanki trwałości tworzonego wspólnego przedsiębiorcy, co obliguje przedsiębiorców–założycieli do zgłaszania zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu joint venture, które z założenia będzie miało charakter czasowy. Co prawda można, jak wskazują przedstawiciele doktryny, interpretować pojęcie „wspólnego przedsiębiorcy" przez pryzmat zawartej w art. 4 pkt 7 uokik definicji „przedsiębiorcy" i próbować wywodzić z tego wniosek, iż przedmiotem zgłoszenia na gruncie art. 13 ust. 2 pkt 3 jest tylko tworzenie „wspólnych przedsiębiorców pełniących w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego" (Szydło, 2002, s. 45–46), niemniej jednak z całą pewnością nie jest to rozwiązanie zgodne z zasadą pewności prawa (Skoczny, 2006). Co więcej, stanowisko to nie spotkało się z aprobatą Prezesa UOKiK w utrwalonej praktyce decyzyjnej, a jakiekolwiek dotychczasowe próby argumentacji w tym zakresie poczynione przez przedsiębiorców zakończyły się fiaskiem (por. np. rozważania dotyczące transakcji wieloetapowych w pkt III niniejszego artykułu).

Ponadto, Wyjaśnienia w nowym, zaktualizowanym brzmieniu z roku 2015, wciąż wskazują na istnienie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy bez względu na liczbę głosów, jaką będą mieli ostatecznie założyciele joint venture (Skoczny, 2006, s. 21). Zgodnie z treścią cytowanych Wyjaśnień, koncentrację taką należy zatem zgłosić jako utworzenie wspólnego przedsiębiorcy (obowiązek zgłoszenia ciąży więc na wszystkich przedsiębiorcach–założycielach), nawet jeżeli jeden z założycieli będzie posiadał udziały/akcje w ilości dającej mu prawo kontroli nad wspólnie utworzonym przedsiębiorcą, a pozostali założyciele udziały mniejszościowe. Istniejącą sytuację należy ocenić krytycznie, gdyż skutkuje ona stanem niepewności prawnej co do istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji.

Ważną kwestią z perspektywy zasady pewności prawa jest omówiona szczegółowo powyżej problematyka związana z użytymi w Wyjaśnieniach sformułowaniami „istotna zmiana lub rozszerzenie przedmiotu działalności" w kontekście utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w oparciu o już istniejącą spółkę oraz „zmiana lub rozszerzenie przedmiotu działalności" bez użycia przymiotnika „istotna" w odniesieniu do działalności już istniejącego wspólnego przedsiębiorcy. Ta drobna różnica językowa w praktyce niesie za sobą konsekwencję w postaci niepewności przedsiębiorców–założycieli w zakresie warunków podejmowania przez nich decyzji gospodarczych dotyczących wspólnego przedsiębiorcy. W świetle Wyjaśnień trudno jest jednoznacznie ocenić czy i kiedy decyzja przedsiębiorców–założycieli względem joint venture kwalifikuje się do zgłoszenia zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy Prezesowi UOKiK. Z tego względu działaniem pożądanym byłoby uzupełnienie przez Prezesa UOKiK Wyjaśnień o dodatkowe, bardziej szczegółowe wskazówki i przykłady dotyczące zmiany lub rozszerzenia działalności wspólnego przedsiębiorcy.

VI. Wnioski i postulaty *de lege ferenda*

Powyższe rozważania mogą niestety prowadzić do wniosku, iż polska regulacja w zakresie obowiązku notyfikacji Prezesowi UOKiK zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy nie zachęca do podejmowania tego rodzaju wspólnych inicjatyw. Co więcej, w praktyce bardzo często zarówno zagraniczni przedsiębiorcy, jak i ich pełnomocnicy nie kryją zaskoczenia restrykcyjnością i formalizmem polskiej regulacji. Polskie przepisy antymonopolowe dotyczące utworzenia joint venture wyróżniają się na tle regulacji unijnej i regulacji obowiązujących w pozostałych krajach członkowskich. Podstawowa różnica odnosi się przede wszystkim do definiowania pojęcia wspólnego przedsiębiorcy. W praktyce orzeczniczej polskich organów antymonopolowych (Prezesa UOKiK i SOKiK) pomijane są aspekty wspólnej kontroli, trwałości i pełnofunkcyjności joint ventures, tak silnie akcentowane w prawie UE i wielu państw członkowskich. Autorki niniejszego artykułu w pełni aprobują postulowany w doktrynie i wielokrotnie powtarzany przez praktyków pogląd w sprawie konieczności pełnego/większego dostosowania zakresu obowiązku zgłoszeniowego dotyczącego utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w polskim prawie antymonopolowym do rozwiązań przyjmowanych w prawie unijnym.

Z perspektywy przedsiębiorców zainteresowanych połączeniem swoich potencjałów gospodarczych w ramach struktury joint venture, kluczowe znaczenie ma wypracowanie przez polskie organy ochrony konkurencji zdecydowanie mniej rygorystycznego podejścia w zakresie tzw. doktryny skutku, tak aby odpowiadało ono obecnym realiom gospodarczym i podążało w tym zakresie za mechanizmami wypracowanymi przez KE i inne krajowe organy ochrony konkurencji, które korzystają z analizy ekonomicznej w kontekście oceny poszczególnych koncentracji. Podejście polskich organów antymonopolowych winno być ukierunkowane na dokonywanie oceny wyłącznie takich transakcji, które rzeczywiście – w trwały i istotny sposób – mogą mieć wpływ na konkurencję na danym rynku właściwym. Dlatego też, w ocenie autorek, wyłączeniem *de minimis* przewidzianym w art. 14 pkt 1a uokik powinien zostać objęty zdecydowanie szerszy krąg podmiotów, co umożliwi wyłączenie spod jurysdykcji Prezesa UOKiK tzw. koncentracji eksterytorialnych, w których – jak wskazano wcześniej – jedynym łącznikiem z Polską jest fakt, iż niektóre podmioty z grup kapitałowych uczestników koncentracji osiągają w Polsce obrót o wysokości przekraczającej 10.000.000 euro, choćby na rynkach zupełnie niezwiązanych z rynkami właściwymi zdefiniowanymi na potrzeby danej koncentracji. Powyższy postulat nie dotyczy jednak sytuacji, w których wspólny przedsiębiorca tworzony byłby wyłącznie przez wehikuły korporacyjne lub spółki celowe, a wskazane podmioty byłyby tworzone jedynie na potrzeby obejścia prawa przez spółki dominujące w danych grupach kapitałowych.

Z punktu widzenia pewności prawa wysoce pożądane jest, aby przepisy dotyczące tworzenia wspólnych przedsiębiorców zostały doprecyzowane w akcie o randze ustawowej. Pomoże to uniknąć wielu problemów interpretacyjnych, a Wyjaśnieniom przywróci *stricte* charakter dokumentu typu *soft law*.

Bibliografia

Kalus, S. (red.). (2011). *Ochrona prawna obrotu gospodarczego*. Warszawa: Lexis Nexis

Kohutek, K. (2013). *Komentarz do rozporządzenia nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji*. Pozyskano z: http://sip.lex.pl/#/commentary/587343794/141234 (31.01.2016).

Kohutek, K. (2014). W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Oczkowska, R. (2006). Joint venture jako alians przedsiębiorstw na rynku międzynarodowym – rozważania terminologiczno-definicyjne. *Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie*, 720.

Semeniuk, P. (2015). *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Sendrowicz, M. i Szwaj, M. (2007). *Prawo konkurencji. Podstawowe pojęcia*. Warszawa: UOKiK.

Skoczny, T. (2006). Opinia o projekcie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (druk sejmowy nr 1110). Pozyskano z: http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk5.nsf/($All)/9764EA3DFEE2C4F5C125722F003DD4D7/$File/i2677_06.rtf?OpenElement (31.01.2016).

Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Stankiewicz, R. (2007). Joint ventures w prawie antymonopolowym. *Przegląd Prawa Handlowego*, 8.

Szydło, M. (2002). Kontrola wspólnych przedsiębiorstw (joint ventures) w prawie antymonopolowym. *Prawo Spółek*, 12.

Szydło, M. (2005). Kontrola operacji koncentracyjnych w prawie wspólnotowym. Wybrane zagadnienia prawne. *Studia Europejskie*, 4. Pozyskano z: http://www.ce.uw.edu.pl/pliki/pw/4-2005_Szydlo.pdf (31.01.2016).

Targański, B. (2010). *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Wierzbowski, M., Karasiewicz, K. i Stankiewicz, R. (2012). Kontrola koncentracji przedsiębiorców. *Studia Prawa Prywatnego*, 2.

Ewa Mandrosz*

„Tajemniczy klient" jako nowe narzędzie w zakresie pozyskiwania dowodów praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Prawna regulacja instytucji „tajemniczego klienta"
1. Zakres czynności zmierzających do zakupu towaru
2. Możliwość rejestracji przebiegu czynności
3. Przesłanki uprawniające do dokonania czynności i ich rejestracji
III. Funkcje (zastosowanie) instytucji „tajemniczego klienta"
IV. Uwagi końcowe

Streszczenie

Artykuł poświęcony jest omówieniu instytucji „tajemniczego klienta" (*mystery shopper*), która zostanie wprowadzona do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dniem 17 kwietnia 2016 r. Instytucja ta pozwoli na dokonywanie czynności zmierzających do zakupu towaru w toku kontroli, z możliwością utrwalenia tych czynności za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk bez informowania kontrolowanego. Stosownie do oczekiwań ustawodawcy – ma ona stanowić narzędzie w zakresie pozyskiwania dowodów praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. W artykule autorka podejmuje próbę dokonania oceny omawianej instytucji, zwłaszcza w kontekście realizacji celów, dla których została powołana. Jednocześnie wskazuje na pewne wady przyjętych rozwiązań.

Słowa kluczowe: konsument; ochrona konsumenta; ochrona zbiorowych interesów konsumentów; tajemniczy klient; zakup kontrolowany; zbiorowe interesy konsumentów.

JEL: K23

I. Wprowadzenie

Ustawę z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)[1] poddano istotnym zmianom z dniem 18 stycznia 2015 r., kiedy to weszła w życie ustawa z 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania

* Absolwentka Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku i aplikant radcowski w Kancelarii Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy; e-mail: ewamandrosz@poczta.onet.pl.

[1] T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184, z późn. zm.

cywilnego[2]. W niedługim czasie – w dniu 17 kwietnia 2016 r. – na mocy ustawy z 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (dalej: ustawa nowelizująca)[3] wejdą w życie kolejne znaczące zmiany przepisów uokik.

Ustawa nowelizująca, mająca zasadniczo na celu zwiększenie skuteczności działań Prezesa UOKiK w zakresie ochrony interesów konsumentów[4], wprowadzi do uokik nowe uprawnienie kontrolne polegające na możliwości dokonywania czynności zmierzających do zakupu towaru (instytucja tzw. tajemniczego klienta[5]). Jego celem ma być pozyskanie informacji mogących stanowić dowód w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Przebieg czynności zmierzających do zakupu towaru będzie mógł być utrwalony za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk bez informowania kontrolowanego. Na podjęcie czynności oraz utrwalenie ich przebiegu wymagana będzie zgoda sądu ochrony konkurencji i konsumentów (dalej: SOKiK) udzielana na wniosek Prezesa UOKiK.

Instytucja „tajemniczego klienta" stanowi jeden z szeregu nowych instrumentów prawnych[6], których wprowadzenie – w ocenie ustawodawcy – ma służyć wzmocnieniu istniejącego modelu ochrony konsumentów, dających Prezesowi UOKiK możliwości bardziej skutecznego działania w tym zakresie. Przedmiotowa instytucja ma pozwolić Prezesowi UOKiK na wywiązanie się z ciążącego na nim obowiązku udowodnienia przedsiębiorcy naruszenia przepisów. Jak czytamy w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej, „[w] świetle dzisiejszych doświadczeń w sprawach, w których słowo przedsiębiorcy jest przeciwstawiane słowu konsumenta, a do Prezesa UOKiK należy ustalenie zgodnych z rzeczywistością faktów i okoliczności, wprowadzenie takich instrumentów jest niezbędne, aby Prezes Urzędu mógł wywiązać się z ciążącego na nim obowiązku udowodnienia przedsiębiorcy naruszenia przepisów ustawy"[7].

Wprowadzenie do uokik instytucji „tajemniczego klienta" wzbudziło kontrowersje już na etapie prac legislacyjnych, gdzie wskazywano, iż jest to instrument istotnie ingerujący w swobodę działalności gospodarczej[8]. Liczne krytyczne uwagi pod adresem instytucji „tajemniczego klienta" pojawiły się zwłaszcza w toku konsultacji publicznych projektu ustawy nowelizującej, gdzie podkreślano w szczególności, że: (1) wprowadzenie do przepisów uokik tej instytucji rodzi w obecnym kształcie szereg wątpliwości interpretacyjnych, wymagających doprecyzowania oraz może prowadzić do istotnych naruszeń interesów przedsiębiorców; (2) utrwalanie przebiegu czynności za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk bez informowania kontrolowanego czy też dokonywanie zakupu kontrolowanego mają charakter operacyjny i jako takie mogą przysługiwać wyłącznie organom powołanym do ścigania przestępstw; (3) cel stosowania projektowanej instytucji, która stanowi istotną ingerencję w prawa przedsiębiorcy, dokonywaną bez jego wiedzy, został określony bardzo ogólnie; takie brzmienie regulacji powoduje, że skorzystanie z tego uprawnienia przez

[2] Dz.U. z 2014 r., poz. 945.

[3] Dz.U. z 2015 r., poz. 1634.

[4] Zob. Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw. Pobrano z: https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/.../2738/.../3662.pdf, s. 1 (02.01.2016).

[5] Instytucja została nazwana mianem „tajemniczego klienta" w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej – zob. Uzasadnienie..., s. 1.

[6] Wśród innych wprowadzonych instrumentów wymienić można np.: decyzje tymczasowe, wydłużenie okresu przedawnienia dla praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, możliwość nieodpłatnego publikowania komunikatów dotyczących zachowań lub zjawisk mogących stanowić istotne zagrożenie interesów konsumentów.

[7] Zob. Uzasadnienie..., s. 16.

[8] Zob. Raport z konsultacji publicznych i opiniowania projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (część I) z 1.06.2015 r. Pobrano z: https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12271401/12284125/dokument173261.pdf, s. 107–117 (02.01.2016).

organ będzie właściwie nieograniczone – nawet, gdy żadne obiektywne przesłanki nie wskazują, że dochodzi do naruszeń zbiorowych interesów konsumentów[9].

Wątpliwości pojawiły się również w piśmiennictwie i dotyczyły one zwłaszcza zgodności projektowanej regulacji ze standardami wynikającymi z Konstytucji, Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz orzecznictwa począwszy od Trybunału Konstytucyjnego, przez sądy powszechne i Sąd Najwyższy, po Europejski Trybunał Praw Człowieka (Bagdziński, 2015)[10]. Podnoszono, że projektodawca nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że wskazywany przez niego sposób pozyskania dowodów naruszeń przepisów prawa jest jedynym możliwym lub też, że wartości, jakie są w ten sposób chronione, „ważą" więcej niż te, które zostaną naruszone[11]. Tymczasem, jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny, „Art. 31 ust. 3 zd. 1 Konstytucji określa przesłanki dopuszczalności ustanawiania ograniczeń wolności i praw jednostki. W aspekcie formalnym wymaga on, by ograniczenia te były «ustanawiane tylko w ustawie», zaś w aspekcie materialnym dopuszcza on ustanowienie ograniczeń «tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób». Dodatkowym ograniczeniem dopuszczalnego zakresu ograniczeń jest zakaz naruszenia «istoty» wolności i praw (…)"[12].

Zakres niniejszego artykułu obejmuje problematykę wprowadzenia do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów instytucji „tajemniczego klienta". Celem publikacji jest omówienie przepisów regulujących przedmiotową instytucję, a także próba oceny tych uregulowań, w tym wskazanie obszarów wymagających, w mojej ocenie, zmian legislacyjnych.

II. Prawna regulacja instytucji „tajemniczego klienta"

1. Zakres czynności zmierzających do zakupu towaru

Zgodnie z obowiązującym od 17 kwietnia 2016 r. art. 105ia ust. 1 uokik, w celu uzyskania informacji mogących stanowić dowód w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów kontrolujący będzie miał prawo podjęcia czynności zmierzających do zakupu towaru.

Tytułem wstępu należy zauważyć, że definicja towaru obowiązująca na gruncie uokik jest szeroka i obejmuje zasadniczo wszystkie kluczowe dobra, jakie zwykle bywają przedmiotem obrotu gospodarczego (Kohutek, 2014, s. 120). Zgodnie z art. 4 pkt 7 uokik przez towar należy bowiem rozumieć rzeczy, energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane. Powyższe oznacza, że czynności zmierzające do zakupu towaru w praktyce dotyczyć mogą niemal każdej umowy, jaka zawierana jest w obrocie konsumenckim.

Zgodnie z regulacją zawartą w art. 105ia ust. 1 uokik kontrolujący będą uprawnieni wyłącznie do podejmowania działań, które zmierzają do zakupu towaru[13], a nie do faktycznego jego zakupu

[9] Zob. Raport z konsultacji..., s. 107-117 i powołane tam stanowiska zgłoszone w toku konsultacji publicznych.

[10] Autor porównuje instytucję „tajemniczego klienta" do zakupu kontrolowanego z przepisu art. 19a ustawy z 6.04.1990 r. o Policji (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 355, z późn. zm.). Zastosowanie „zakupu kontrolowanego" wymaga jednak spełnienia szeregu przesłanek, w szczególności może być stosowane wyłącznie w celu sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie. Ma to na celu ograniczenie ingerencji podmiotów publicznych w sferę prywatną jednostki. Brak jakichkolwiek ograniczeń stosowania instytucji przewidzianej w art. 105ia uokik należy więc ocenić negatywnie, ponieważ może prowadzić do ograniczenia swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

[11] Ibidem.

[12] Wyr. TK z 12.01.2000 r., P 11/98 (OTK 2000, nr 1, poz. 3).

[13] Można przypuszczać, że zakres ten będzie obejmował każdą czynność, która poprzedza zakup i zmierza bezpośrednio lub pośrednio do jego zawarcia. Przykładowo mogą to być zapytania o cechy, właściwości towaru (zasady świadczenia usługi), zwrócenie się z prośbą o przedstawienie oferty, rozmowa z konsultantem na infolinii czy wysyłanie zapytań poprzez e-mail.

(zawarcia umowy sprzedaży). Jak czytamy w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej, instytucja ta „nie ma na celu zakupu przykładowo usługi finansowej (ze względu na stopień skomplikowania samej procedury nabycia takiej usługi i późniejszego wycofania się z niej, a przede wszystkim braku możliwości nabycia jej w sposób anonimowy), a jedynie skontrolowanie sposobu jej proponowania". Uprawnienie nie da więc też tym bardziej podstaw do przeprowadzenia kontroli co do przebiegu czynności mających miejsce już po zakupie towaru, np. kontroli procesu reklamacyjnego u danego przedsiębiorcy.

W art. 105ia ust. 1 uokik ustawodawca posługuje się pojęciem „czynności zmierzających do zakupu towaru", nie podejmując jakiejkolwiek próby dookreślenia zakresu tego pojęcia. Ustawodawca nie precyzuje w szczególności regulacji dotyczącej tego, jak powinny przebiegać przedmiotowe czynności, w tym jakie kompetencje przysługują w ich trakcie kontrolującym. Nie jest przy tym jasne, jakiego rodzaju działania mogą zostać podjęte przez kontrolującego w oparciu o art. 105ia uokik. Sformułowanie „czynności zmierzające do zakupu towaru" pozostaje bowiem nieostre i nie pozwala ustalić zakresu uprawnień organu w tym zakresie. Niedoprecyzowanie regulacji instytucji „tajemniczego klienta" w wyżej wskazanym obszarze może prowadzić do jej nadużyć, w szczególności poprzez podejmowanie, w celu zdobycia określonych informacji, działań wykraczających poza czynności standardowo zmierzające do zawarcia umowy z konsumentem[14].

Co prawda, jak zapewnia UOKiK, „projektowany instrument nie ma charakteru „prowokacji" – jego celem nie jest doprowadzenie do naruszenia przepisów przez przedsiębiorcę, w stosunku do którego stosowany będzie wprowadzany środek albo sprowokowanie innego zachowania, które będzie miało znaczenie dla przyszłego lub toczącego się postępowania przeciwko temu przedsiębiorcy. Celem projektowanego art. 105ia jest natomiast skontrolowanie sposobu oferowania towaru lub usługi"[15]. Niemniej jednak, pomimo zapewnień, nie można wykluczyć, że w praktyce kontrolujący swoim zachowaniem czy wypowiedziami może doprowadzić do sprowokowania u przedsiębiorcy zachowania, które będzie miało znaczenie dla wszczętego przeciwko niemu postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów.

Do uznania kontrolujących pozostaje, na jakim etapie należy ujawnić kontrolowanemu charakter kontrolny czynności. Najpóźniej musi być to jednak moment przed finalnym zakończeniem transakcji (np. podpisaniem umowy) – przepis art. 105ia pozwala bowiem kontrolującym tylko na działania zmierzające do zakupu towaru, a nie na faktyczny jego zakup. Niezwłocznie po zakończeniu czynności kontrolujący zobowiązany będzie do okazania kontrolowanemu albo osobie przez niego upoważnionej legitymacji służbowej upoważniającej do wykonywania czynności kontrolnych oraz doręczenia upoważnienia do przeprowadzenia kontroli i zgody sądu[16].

2. Możliwość rejestracji przebiegu czynności

Zgodnie z art. 105ia ust. 3 uokik przebieg czynności zmierzających do zakupu towaru będzie mógł zostać utrwalony za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk bez informowania kontrolowanego. Informatyczne nośniki danych, na których zarejestrowano przebieg kontroli lub

[14] Zob. Stanowisko Związku Pracodawców Branży Internetowej IAB Polska w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (projekt z 10.04.2015 r.). Pobrano z: https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12271401/.../dokument162719.doc (02.01.2016), s. 6.

[15] Zob. Raport z konsultacji..., s. 107. Por. też np. komunikat prasowy UOKiK dostępny na stronie https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11879 (02.01.2016).

[16] Zob. art. 105ia ust. 2 uokik.

poszczególne czynności w jej toku, stanowić będą załącznik do protokołu kontroli. O utrwalaniu przebiegu czynności kontrolujący będzie zobowiązany poinformować kontrolowanego niezwłocznie po ich zakończeniu.

Można przypuszczać, że utrwalanie przebiegu czynności zmierzających do zakupu towaru za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk będzie raczej standardową praktyką. Sama relacja kontrolującego z przebiegu zdarzenia, nie poparta jakimkolwiek utrwaleniem, mogłaby być w toku dalszego postępowania kwestionowana. Natomiast nagranie zaistniałych nieprawidłowości w toku przeprowadzonej kontroli stanowić będzie dowód trudny do podważenia.

Należy zwrócić uwagę, że w art. 105ia ust. 3 uokik mowa jest o zarejestrowaniu „przebiegu kontroli lub poszczególnych czynności w jej toku". Takie ukształtowanie zapisu pozwala wnioskować, że kontrola będzie mogła być rejestrowana nie tylko w całości, ale i wybiórczo (wyłącznie w zakresie określonych czynności). Powyższe z kolei może rodzić wątpliwości co do tego czy utrwalone poszczególne czynności będą obiektywnie, bez zniekształceń oddawać przebieg całej kontroli. Przykładowo, czy stanowiące dowód w postępowaniu nagranie jednej z czynności w toku kontroli (np. jednej z kilku rozmów zmierzających do uzyskania informacji o produkcie) nie będzie „wyrwane z kontekstu", a zarejestrowana wypowiedź pracownika przedsiębiorcy nie będzie wynikała z wcześniejszego (nie utrwalonego) przebiegu spotkania. Ponadto, wobec braku w tym zakresie regulacji pozostaje otwarte pytanie: jeżeli mają być rejestrowane jedynie poszczególne czynności w toku kontroli, to kto ma decydować o tym czy i które (sąd w postanowieniu, czy kontroler na bieżąco przeprowadzający czynności).

3. Przesłanki uprawniające do dokonania czynności i ich rejestracji

Kwestią wymagającą zajęcia stanowiska jest także regulacja w zakresie tego, kiedy można podjąć czynności zmierzające do zakupu towaru i utrwalić je za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk. Należy wskazać, że art. 105ia w obecnym kształcie jako przesłankę dokonania czynności zmierzających do zakupu towaru i ich rejestrację wskazuje jedynie uzyskanie uprzedniej zgody SOKiK, udzielonej w formie postanowienia na wniosek Prezesa UOKiK[17]. Zgodnie z art. 105ia ust. 4 uokik SOKiK zobowiązany jest wydać postanowienie w przedmiocie zgody na dokonanie czynności zmierzających do zakupu towaru i ich rejestrację w ciągu 48 godzin od wniosku złożonego przez Prezesa UOKiK. Od tego postanowienia nie będzie służyło zażalenie.

Ustawa przewiduje zatem, że do zastosowania instytucji „tajemniczego klienta" wymagana jest zgoda SOKiK, jednocześnie jednak nie określa żadnych okoliczności, których zaistnienie warunkowałoby udzielenie takiej zgody. W art. 105ia nie zostały sformułowane jakiekolwiek przesłanki wystąpienia do SOKiK z wnioskiem o udzielenie zgody, w tym nie zostało określone, jakie okoliczności i czy w ogóle Prezes UOKiK musi wykazać we wniosku, a także jakie okoliczności bierze pod uwagę SOKiK, decydując o udzieleniu zgody bądź nie. W sytuacji gdy brak jest kryteriów ustawowych, na podstawie których Prezes UOKiK może wystąpić z wnioskiem o udzielenie zgody na zastosowanie środka, o którym mowa w art. 105ia, a SOKiK ma oceniać zasadność zastosowania tego środka, należy zarzucić przyznanie tym organom zbyt dużej uznaniowości w podejmowaniu działań. Prowadzić to może do sytuacji niepewności prawnej przedsiębiorców.

[17] Zob. art. 105ia ust. 4 uokik.

Aspekt pewności prawa odnosi się bowiem nie tylko do postulatu stabilności systemu prawa, lecz także pewności, że w oparciu o obowiązujące prawo jego adresat może swobodnie kształtować swoje interesy ekonomiczne (Brożek, 2011, s. 23)[18]. Chodzi o przewidywalność działania organu administracji i jednocześnie o możliwość prognozowania działań własnych (dostateczna określoność prawa). Oznacza to, że zasada określoności prawa pozostaje w ścisłym związku z zasadą pewności prawa (szerzej: Banasiński, 2015). W świetle orzecznictwa konstytucyjnego swobodnie kształtowanie interesów ekonomicznych dotyczy takich cech prawa, które umożliwiają decydowanie adresata normy o swoim postępowaniu w oparciu o „pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych", jakie jego działania mogą pociągnąć za sobą[19].

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że przesłanki zastosowania instytucji „tajemniczego klienta" powinny zostać sformułowane w sposób bardziej precyzyjny. W związku z tym, że omawiana regulacja stanowi czynność dowodową wkraczającą w prawa i wolności jednostki, należy postulować jej uzupełnienie poprzez wprowadzenie ustawowych przesłanek możliwości jej zastosowania (tak jak ma to miejsce np. przy przeszukaniu uregulowanym w art. 105n uokik[20]). Prezes UOKiK powinien być uprawniony do wystąpienia z wnioskiem o zgodę na zastosowanie instytucji „tajemniczego klienta" wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w ustawie (w mojej ocenie, przesłanką tą powinno być co najmniej istnienie uzasadnionych podstaw do przypuszczenia, że dane zachowanie przedsiębiorcy narusza zbiorowy interes konsumentów). Wówczas SOKiK dokonywałby weryfikacji wystąpienia tej przesłanki (przesłanek), oceniając czy na podstawie stanu faktycznego istnieją obiektywne okoliczności, które uzasadniają podejrzenie naruszenia przepisów uokik.

Na marginesie należy zaznaczyć, że początkowo projektowane uprawnienia nie przewidywały nawet zgody SOKiK na zastosowanie środka, o którym mowa w art. 105ia. Dopiero na skutek licznych zastrzeżeń wyrażonych w trakcie konsultacji publicznych, regulację uzupełniono o obowiązek uzyskania uprzedniej zgody SOKiK, wydawanej w drodze postanowienia na wniosek Prezesa UOKiK[21]. Zmianę tę należy ocenić pozytywnie.

III. Funkcje (zastosowanie) instytucji „tajemniczego klienta"

Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy nowelizującej celem instytucji „tajemniczego klienta" ma być pozyskanie dowodów na okoliczność, że przedsiębiorca stosuje praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów. „Jej wprowadzenie powinno w znaczący sposób wpłynąć na bezpieczeństwo konsumentów w obrocie i ułatwić skuteczne wykrywanie praktyk przedsiębiorców naruszających te interesy"[22].

[18] Zob. też wyr. TK z 14.06.2000 r., P 3/00 (OTK ZU 2000, nr 5, poz. 138).

[19] Zob. ibidem.

[20] Zgodnie z art. 105n ust. 1 uokik w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, w toku postępowania wyjaśniającego i postępowania antymonopolowego, w celu znalezienia i uzyskania informacji z akt, ksiąg, pism, wszelkiego rodzaju dokumentów lub informatycznych nośników danych, urządzeń oraz systemów informatycznych oraz innych przedmiotów mogących stanowić dowód w sprawie, Prezes Urzędu może przeprowadzić u przedsiębiorcy przeszukanie pomieszczeń i rzeczy, jeżeli istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że wymienione informacje lub przedmioty tam się znajdują.

[21] Zob. Raport z konsultacji..., s. 107.

[22] Zob. Uzasadnienie…, s. 9.

Analiza nowej regulacji skłania jednak do wniosku, że w praktyce procedura może okazać się nieskuteczna, czyli nie będzie służyć realizacji tak określonego celu. Po pierwsze dlatego, że pozyskany w wyniku zakupu kontrolowanego dowód stwierdzający istnienie u przedsiębiorcy ewentualnej nieprawidłowości dotyczyć będzie indywidualnego przypadku. Niezwłocznie po zakończeniu czynności zmierzających do zakupu na kontrolującym będzie ciążył obowiązek poinformowania o tym fakcie przedsiębiorcy. Trudno w tej sytuacji oczekiwać, że ten konkretny przedsiębiorca lub jego kolejny pracownik ponownie dopuści się nieprawidłowości.

Tymczasem przez pojęcie „praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów" należy rozumieć takie zachowanie przedsiębiorcy, które „podejmowane jest w warunkach wskazujących na powtarzalność zachowania w stosunku do indywidualnych konsumentów wchodzących w skład grupy, do której adresowane są zachowania przedsiębiorcy, w taki sposób, że potencjalnie ofiarą takiego zachowania może być każdy konsument będący klientem lub potencjalnym klientem przedsiębiorcy"[23]. Tym samym, do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów jest konieczne, aby działanie przedsiębiorcy zostało skierowane nie do konkretnego adresata, lecz do pewnego nieoznaczonego kręgu podmiotów. Dopiero takie działanie jest w stanie wywołać niekorzystne następstwa w odniesieniu do każdego z konsumentów i zagrażać – przynajmniej potencjalnie – każdemu innemu konsumentowi (Banasiński i Bychowska, 2015, s. 71–72).

W kontekście powyższego, dowód zebrany w związku z zastosowaniem art. 105ia uokik (mający z założenia jednorazowy charakter) trudno uznać za wystarczający do wszczęcia przeciwko przedsiębiorcy postępowania pod zarzutem naruszenia „zbiorowych" interesów konsumentów, w tym wykazania istnienia interesu publicznego. Nagranie jednostkowego przypadku, nawet jeżeli ujawniłoby pewne nieprawidłowości, nie może przesądzić o fakcie stosowania u danego przedsiębiorcy praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, szczególnie jeśli przedsiębiorca udowodni, że procedury, które u niego obowiązują, wskazują, że nieprawidłowość była jednorazowa i zawiniona jedynie przez pracownika (Banasiński i Bychowska, 2015, s. 71–72).

Po drugie, instytucja „tajemniczego klienta" jako narzędzie, które miałoby służyć pozyskiwaniu dowodów na okoliczność praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, może być stosowana wyłącznie w oznaczonych okolicznościach. A ściślej rzecz ujmując – wyłącznie w ograniczonym zakresie czasowym. Z uwagi na konieczność uzyskania elementu „zaskoczenia", jej praktyczne wykorzystanie będzie możliwe w zasadzie tylko we wczesnym etapie postępowania wyjaśniającego. Od momentu bowiem, gdy kontrolowany poweźmie wiadomość o wszczęciu postępowania wyjaśniającego lub też o wszczęciu wobec niego postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, zastosowanie instytucji „tajemniczego klienta" wydaje się tracić sens.

Pomimo że instytucję „tajemniczego klienta" trudno samą w sobie uznać za skuteczne narzędzie w zakresie pozyskiwania dowodów praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, nie można też jednak całkowicie wykluczyć jej użyteczności. Po pierwsze, może ona stanowić dowód pomocniczy we wszczętym postępowaniu, służący głównie potwierdzeniu wcześniej uzyskanych już materiałów i informacji wskazujących na istnienie zakazanej praktyki u przedsiębiorcy. Po drugie, wyrażam pogląd, że w perspektywie długookresowej omawiana regulacja może

[23] Wyr. SN z 10.04.2008 r., III SK 27/07, LEX nr 508370.

się przyczynić do ogólnego podniesienia poziomu jakości obsługi konsumentów. Prezes UOKiK uzyska bowiem uprawnienie nie tylko do weryfikacji obowiązujących u przedsiębiorcy „spisanych" zasad związanych z zawieraniem transakcji z konsumentami, lecz także do tego czy te zasady są w praktyce stosowane (tj. jak faktycznie przebiega proces oferowania i sprzedaży towaru). Przedsiębiorcy, w obawie przed niezapowiedzianą kontrolą, zwracać będą większą uwagę na prawidłowość obowiązujących u nich procedur związanych z obsługą klienta (w tym dotyczących udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji) i zapewnienie stosowania tych procedur przez swoich pracowników.

IV. Uwagi końcowe

„Tajemniczy klient" to nowa instytucja, nieznana wcześniej polskiemu prawu ochrony konkurencji i konsumentów. Stąd pełna ocena jej funkcjonowania możliwa będzie dopiero po pewnym czasie stosowania. Praktyka pokaże w szczególności, jak często instytucja będzie wykorzystywana, w tym jak często i na podstawie jakich okoliczności Prezes UOKiK będzie występował z wnioskiem o udzielenie zgody na jej zastosowanie, a także czy i w oparciu o jakie przesłanki SOKiK będzie tej zgody udzielał. Okaże się również czy (i na ile) dowód zebrany w związku z zastosowaniem art. 105ia uokik przyczyni się do wykrycia i ustalenia, że dany przedsiębiorca dopuścił się praktyki naruszającej zbiorowy interes konsumentów. Podkreślić bowiem należy, że pozyskany w wyniku zakupu kontrolowanego dowód dotyczyć będzie indywidualnego przypadku. Jako taki nie będzie więc wystarczający do wszczęcia postępowania w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów ani wydania decyzji w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Omawiana regulacja może okazać się jednak przydatna w trakcie gromadzenia materiału dowodowego (jako dowód pomocniczy, służący głównie potwierdzeniu wcześniej uzyskanych już materiałów i informacji wskazujących na istnienie zakazanej praktyki u przedsiębiorcy) i jako takie – jej wprowadzenie – można ocenić w sposób pozytywny. Ponadto, w mojej ocenie przyjęcie analizowanej regulacji w perspektywie długookresowej może się przyczynić do ogólnego podniesienia jakości obsługi konsumentów. Przedsiębiorcy, w obawie przed niezapowiedzianą kontrolą badającą faktyczny przebieg procesu zakupu towaru, zwracać bowiem będą większą uwagę na prawidłowość obowiązujących u nich procedur związanych z obsługą klienta. Do projektowanej regulacji należy jednak odnieść się również krytycznie. Po pierwsze, ustawodawca posługuje się pojęciem „czynności zmierzających do zakupu towaru", nie podejmując jakiejkolwiek próby dookreślenia zakresu tego pojęcia i nie precyzując, jakie dokładnie kompetencje mają kontrolujący w ramach omawianej instytucji. Po drugie, regulacja dopuszcza rejestrowanie przebiegu kontroli nie tylko w całości, lecz także wybiórczo (tylko poszczególnych czynności). Po trzecie, omawiana regulacja, stanowiąc czynność dowodową wkraczającą w prawa i wolności jednostki, nie zawiera ustawowych warunków (przesłanek) możliwości jej zastosowania. Można sformułować wniosek, że ze względu na niedookreśloność w wyżej wskazanych obszarach wprowadzanego rozwiązania będzie się ono odbywać w dużej mierze na zasadzie prób i błędów, przy jednoczesnym pozostawieniu organom dużej dyskrecjonalności.

Bibliografia

Bagdziński, T. (2015). Projekt zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów oraz Kodeksie postępowania cywilnego – kilka subiektywnych uwag. *iKAR*, *4*(4).

Banasiński, C. (2015). *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym.* Warszawa: Wolters Kluwer.

Banasiński, C. i Bychowska, M. (2015). Między efektywnością administracji a pewnością sytuacji prawnej przedsiębiorców (uwagi do ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego). *iKAR*, *5*(4).

Brożek, B. (2011). Pewność prawna jako stabilność strukturalna. *Forum Prawnicze*, 6.

Kohutek, K. (2014). W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Marcin Kolasiński*

Samoregulacja działalności reklamowej w Polsce – szanse oraz zagrożenia dla ochrony konkurencji i konsumentów

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Istota samoregulacji
III. Dobrowolność jako konstytutywna cecha samoregulacji
IV. Samoregulacja branży reklamowej w Polsce
V. Działalność Rady Reklamy w świetle konstytutywnych zasad samoregulacji
VI. Działalność orzecznicza Rady Reklamy w świetle przepisów prawa konkurencji
VII. Zakończenie

Streszczenie

Artykuł porusza problemy samoregulacji działalności reklamowej w Polsce. Praktyka pokazuje, iż realizacja celów ochrony konsumentów nie idzie w parze z zagwarantowaniem ochrony praw przedsiębiorców pozostających poza systemem samoregulacji. W związku z tym poddano analizie istotę samoregulacji i wymogi niezbędne do uznania jej za zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. W opracowaniu przedstawiono także argumenty za tym, iż są podstawy do oceny działalności samoregulacyjnej w świetle przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Słowa kluczowe: samoregulacja; reklama; branża reklamowa; kodeks branżowy; Rada Reklamy; Prezes UOKiK.

JEL: K20, K21

I. Wprowadzenie

Jesteśmy aktualnie świadkami bezprecedensowej, w porównaniu z dotychczasowymi działaniami, aktywności Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) w zakresie oceny reklam produktów rozpowszechnianych przez przedsiębiorców. Prezes UOKiK wraz z innymi 11 instytucjami rozpoczął szeroko zakrojoną akcję informacyjną dotyczącą wymogów, jakie powinny spełniać reklamy suplementów diety[1].

* Radca prawny; partner w KRK Kieszkowska Rutkowska Kolasiński Kancelaria Prawna sp. j.; pozarządowy doradca Prezesa UOKiK (*non-governmental advisor*) w Międzynarodowej Sieci Konkurencji (*International Competition Network*); osoba afiliowana przy Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych; e-mail: marcin.kolasinski@krklegal.pl.

[1] Informacja Prasowa Prezesa UOKiK z 27.11.2015 r. pt. „Suplementy diety – wspólna akcja 12 instytucji". Pozyskano z: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12027 (1.02.2016).

Akcja powodowana jest faktem, iż zdaniem Prezesa UOKiK, reklamy niektórych suplementów diety skierowane do polskich konsumentów budzą poważne wątpliwości pod kątem tego czy nie wprowadzają ich odbiorców w błąd co do składu oraz skutków przyjmowania ww. produktów.

Pośród działań, które Prezes UOKiK upatruje jako mogące prowadzić do wyeliminowania nieprawidłowości na tym polu, powoływana jest samoregulacja przedsiębiorców działających w zakresie produkcji i sprzedaży suplementów diety. Odwołanie do pojęcia samoregulacji znalazło się w liście skierowanym do 315 producentów i dystrybutorów suplementów diety, w którym Prezes UOKiK oraz Główny Inspektor Sanitarny wezwali te podmioty do dokonania weryfikacji sposobów i treści prezentacji oraz reklamy suplementów diety, w szczególności poprzez dokonanie przeglądu wewnętrznych procedur w zakresie analizy ryzyka związanego z emisją reklamy[2].

Pismo zawiera też odwołanie do funkcjonującego już obecnie branżowego kodeksu etycznego dotyczącego aktywności reklamowej oraz organizacji właściwej w zakresie egzekucji jego naruszeń, tj. Rady Reklamy.

W kolejnej informacji o spotkaniu 18 instytucji publicznych i stowarzyszeń branżowych zaangażowanych w tematykę oceny reklam suplementów diety Prezes UOKiK ponownie nawiązał do samoregulacji, podkreślając jej znaczenie w zakresie zwiększania rzetelności reklam suplementów diety, a także edukacji konsumentów i sprzedawców[3].

Nie kwestionując w żadnym razie możliwych pozytywnych skutków samoregulacji przedsiębiorców w zakresie działalności reklamowej, należy jednocześnie wskazać na zagrożenia dla konkurencji rynkowej, jakie może nieść nieprawidłowe jej stosowanie. Przedmiotem niniejszego artykułu są rozważania na ten temat wraz z odwołaniem się do kontrowersji wynikających z dotychczasowego orzecznictwa Rady Reklamy.

II. Istota samoregulacji

Polski porządek prawny nie zawiera legalnej definicji samoregulacji. Przybliżając więc ten termin, trzeba stworzyć definicję pozanormatywną. Samoregulację należy określić jako oddolne i całkowicie dobrowolne samozdyscyplinowanie się podmiotów prowadzących działalność w określonej branży poprzez przyjęcie pewnych reguł postępowania oraz utworzenie systemu zapewniającego ich przestrzeganie. Istotą samoregulacji jest więc występowanie dwóch niezbędnych elementów, tj. dobrowolności oraz samokontroli. Warunkiem prawidłowego funkcjonowania samoregulacji jest również odpowiedni poziom powszechności stosowania przyjętych regulacji oraz realna możliwość ich egzekwowania (Mokrysz-Olszyńska, 2005, s. 263–264).

W państwach członkowskich Unii Europejskiej można wyróżnić co do zasady dwie odmiany samoregulacji występującej w obrocie, tj. samoregulację klasyczną oraz tzw. współregulację. Samoregulacja w klasycznej formie rozumiana jest jako „(…) umożliwienie podmiotom gospodarczym, partnerom społecznym, organizacjom pozarządowym czy stowarzyszeniom przyjmowania między nimi i na ich rzecz wspólnych wytycznych na szczeblu europejskim. Wytyczne te

[2] Pozyskano z: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11976 (1.02.2016).

[3] Informacja prasowa Prezesa UOKiK z 13.01.2016 r. pt. „Spotkanie dotyczące suplementów diety". Pozyskano z: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12116 (1.02.2016).

mogą przyjmować na przykład formę kodeksów postępowania lub porozumień branżowych”[4]. Współregulacja określana jest natomiast jako „(…) mechanizm, który przydziela realizację celów aktu ustawodawczego zainteresowanym stronom uznanym w danej dziedzinie (podmioty gospodarcze, partnerzy społeczni, organizacje pozarządowe itp.). W takiej sytuacji podstawowy akt normatywny określa ramy i zasięg współregulacji, a zainteresowane strony są uprawnione do zawierania między sobą dobrowolnych umów w celu realizacji celów aktu ustawodawczego”[5]. W przypadku współregulacji, organ państwowy, delegując swoje ustawowe obowiązki nadzorcze na inny podmiot, zachowuje jednak przy tym prawo do interwencji w razie potrzeby[6]. Współregulacja charakteryzuje się więc występowaniem pierwiastka państwowego czy to w postaci prawa powszechnie obowiązującego, np. zdefiniowanie na poziomie ustawy pewnych obowiązków lub zasad, czy instytucjonalnego, np. uzależnienie otrzymania zgody na prowadzenie działalności gospodarczej od przyjęcia określonych zasad postępowania (Mokrysz-Olszyńska, 2005, s. 269).

Najczęściej spotykaną formą samoregulacji w obrocie jest jednak jej klasyczne ujęcie. Na podstawie skutków prawnych, jakie wywierają rozwiązania samoregulacyjne, klasyfikowane są one jako tzw. *soft law*, czyli regulacje, które co do zasady nie mają mocy prawnej, jednakże mają praktyczne znaczenie dla ich adresatów (Senden, 2004, s. 111). Definicja ta jest oczywiście niepełna i nie wyczerpuje znaczenia pojęcia *soft law,* tym bardziej że moc sprawczą danej regulacji determinuje też pozycja i prestiż organu, który ją wydał.

Samoregulacja, niezależnie od jej formy, może przybierać różne postaci, z czego najprostszą i jednocześnie najczęściej spotykaną są różnego rodzaju kodeksy, które określają wzorce postępowania, wiążące przyjmujące je strony (Deloitte, 2012, s. 11). Nie ma jednego katalogu dopuszczalnych postaci samoregulacji ani jednolitego nazewnictwa w tym zakresie. Oprócz wspomnianych kodeksów można wyróżnić również różnego rodzaju regulaminy, zasady czy też wspólne zobowiązania. Ciężko też jednoznacznie sprecyzować rodzaje sankcji, które grożą za naruszenie ich norm. Na rynku występują bowiem zarówno porozumienia nieobciążone żadnymi obowiązkami i sankcjami, jak i takie, których złamanie grozi dotkliwymi karami. Praktykowanym jest również obowiązek poddania się przedsiębiorców weryfikacji zewnętrznej bądź wewnętrznej zakończony procesem certyfikacji. W takiej sytuacji posiadanie danego certyfikatu jest tożsame z przestrzeganiem reguł określonych w ramach samoregulacji (Deloitte, 2012, s. 12).

Różnorodna specyfika branży reklamowej w państwach Unii Europejskiej oznacza również różnorodność przyjętych w tych krajach modeli samoregulacji branży reklamowej. Z tego względu, istnieją zarówno modele współregulacji oparte na współdziałaniu z systemem administracyjno-prawnym państwa (np. branża reklamowa w Wielkiej Brytanii lub w krajach skandynawskich), jak i klasyczne modele samoregulacji oparte wyłącznie na działalności zainteresowanych podmiotów (np. branża reklamowa w Niemczech). W Polsce, z powodu braku tradycji samoregulacji oraz braku w tym zakresie rozwiązań normatywnych, obowiązujący model samoregulacji określało się do niedawna jako samoregulację w fazie tworzenia (Mokrysz-Olszyńska, 2007, s. 38).

[4] Parlament Europejski, Rada UE i Komisja WE, *Porozumienie międzyinstytucjonalne w sprawie lepszego stanowienia prawa*, Dz. Urz. z 31.12.2003 r., C 321/1.

[5] Ibidem.

[6] Ofcom, *The Future Regulation of Broadcast Advertising*, s. 27. Pozyskano z: http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/reg_broad_ad/ (1.02.2016).

III. Dobrowolność jako konstytutywna cecha samoregulacji

Jak zostało już wcześniej zasygnalizowane, jednym z kluczowych aspektów systemu samoregulacji jest jej dobrowolny charakter. Dobrowolność ta charakteryzuje się dwoma elementami. Pierwszym z nich jest swoboda powzięcia decyzji przez zainteresowane podmioty o stworzeniu pewnego systemu regulacji, a drugim decyzja o przystąpieniu do niego. Zasadę tę wyraźnie podkreślały również podmioty biorące udział w procesie tworzenia systemu samoregulacji branży reklamowej w Polsce, których zdaniem „(…) samoregulacja jest inicjatywą dobrowolną i oddolną. Ponieważ ustanawiana jest przez samych uczestników rynku, opiera się na dobrej znajomości realiów właściwych regulowanej dziedzinie, co zwiększa szansę na eliminację rozwiązań nieprzystających do rzeczywistości”[7]. Zasadę dobrowolności samoregulacji podkreślają również zagraniczne podmioty, w tym uznany brytyjski regulator rynku – Advertising Standards Authority[8] – oraz Międzynarodowa Izba Handlowa[9].

Drugim kluczowym aspektem systemu samoregulacji jest samokontrola jej członków, polegająca najczęściej na istnieniu pewnych sankcji przewidzianych za nieprzestrzeganie ustalonych reguł. Sankcje te mogą mieć dowolny charakter ograniczony jedynie przez powszechnie obowiązujące przepisy. W literaturze przedmiotu najczęściej wymienia się sankcje o charakterze moralnym (np. publiczne napiętnowanie), różnego rodzaju apele, jak również sankcje o charakterze organizacyjnym, polegające na pozbawieniu podmiotu nieprzestrzegającego ustalonych regulacji różnych świadczeń czy też wykluczenie z organizacji (Mokrysz-Olszyńska, 2005, s. 266). Niewątpliwie zakres podmiotowy samokontroli ograniczony do podmiotów, które są częścią organizacji poddającej się samoregulacji powoduje, że praktyczne znaczenie zaczynają posiadać wyłącznie organizacje zrzeszające dużą ilość członków.

Rolę samoregulacji i konieczność jej tworzenia w zgodzie z podstawowymi zasadami prawa dostrzega również Prezes UOKiK, którego zdaniem „(…) zasady etyczne w prowadzeniu działalności przez przedsiębiorców stają się coraz ważniejszym elementem ładu ekonomicznego, zwłaszcza w krajach wysokorozwiniętych. Przejawem tego zjawiska, czyli społecznej odpowiedzialności biznesu (tzw. CSR, od ang. *Corporate Social Responsibility*), są opracowywane przez przedsiębiorców kodeksy dobrych praktyk, które promują standardy oparte na przejrzystości działania i uczciwej konkurencji. Istota samoregulacji polega z jednej strony na dobrowolnym przyjęciu przez przedsiębiorców określonych zasad postępowania, z drugiej – na zbudowaniu odpowiedniego systemu zapewniającego ich przestrzeganie” (Krasnodębska-Tomkiel, 2011).

IV. Samoregulacja branży reklamowej w Polsce

Branża reklamowa w Polsce przez dość długi okres nie potrafiła wypracować wspólnych standardów samoregulacyjnych, które byłaby w stanie skutecznie egzekwować. Zdecydowanie najbardziej doniosłe znaczenie miało powstanie w 2006 r. Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy (dalej: Rada Reklamy), dzięki któremu samoregulacja polskiej branży reklamowej nabrała realnych kształtów.

[7] Konsultacje w sprawie samo/współregulacji w sektorze mediów audiowizualnych – stanowisko Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy z 28.06.2012 r. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/konsultacje/samoregulacja-rada_reklamy.pdf (1.02.2016).

[8] https://www.asa.org.uk/About-ASA/About-regulation/Self-regulation-of-non-broadcast-advertising.aspx (1.02.2016).

[9] http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/marketing-and-advertising/self-regulation/ (1.02.2016).

Zgodnie ze Statutem Rady Reklamy[10], celem jej działalności jest m.in. budowanie, promocja i ochrona zasad, jakimi powinny kierować się podmioty zajmujące się działalnością reklamową na terytorium Rzeczypospolitej, ochrona odbiorców i beneficjentów reklamy oraz ocena przekazu reklamowego celem doskonalenia praktyki reklamowej w Polsce.

Swoje cele statutowe Rada Reklamy realizuje m.in. poprzez Kodeks Etyki Reklamy[11] (dalej: KER) będący, zgodnie z jego art. 1, zbiorem zasad, których stosowanie przez sygnatariuszy zajmujących się działalnością reklamową powinno służyć polepszeniu standardów działalności reklamowej – celem zachęcenia reklamodawców, promujących, osób działających na ich rzecz w ramach upoważnienia do ich reprezentowania albo podejmowania w ich imieniu decyzji, pośredników oraz środków przekazu, aby przestrzegali postanowień KER. Jednostką orzekającą w sprawie naruszeń postanowień KER jest Komisja Etyki Reklamy.

Potwierdzeniem samoregulacyjnego charakteru Rady Reklamy jest art. 1 ust. 2 KER, zgodnie z którym Kodeks ten nie stanowi zbioru norm zastępujących bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, a jedynie zawiera zbiór zasad nakładających na podmioty nim objęte dodatkowe ograniczenia, niezależnie od obowiązujących przepisów prawa. Treść tego przepisu wynika z faktu przynależności Rady Reklamy do Europejskiego Stowarzyszenia Standardów Reklamowych, które często podkreśla znaczenie dobrowolności przystąpienia do systemu samoregulacji w branży reklamowej[12].

Jak wskazuje Rada Reklamy na swojej stronie internetowej, samoregulacja branży reklamowej w Polsce funkcjonuje dzięki systemowi certyfikatów będących potwierdzeniem zobowiązania do przestrzegania zapisów KER. Podkreślał to również sam dyrektor generalny Rady Reklamy w jednej z publikacji, w której stwierdził, że „Certyfikat jest rodzajem identyfikatora wskazującego firmy, które zdecydowały się przestrzegać określonych w Kodeksie zasad etycznej i uczciwej reklamy" (Drozdowski, 2012, s. 818). Dyrektor generalny wskazał również, że partnerem systemu samoregulacji może zostać tylko taki podmiot, który zobowiąże się do przestrzegania KER, a także do wykonywania uchwał Komisji Etyki Reklamy (Drozdowski, 2012, s. 819; Słowik, 2012, s. 84), co w kontekście tematyki niniejszego artykułu wydaje się bardzo istotne.

Wszyscy zainteresowani aktywnym uczestnictwem w systemie samoregulacji podpisują umowę licencyjną na używanie znaków „Reklamuję etycznie" oraz „Sygnatariusz KER". Umowa w szczegółowy sposób określa prawa i obowiązki sygnatariuszy, zawiera również opis wszystkich procedur związanych z postępowaniami przed Komisją Etyki Reklamy. Umowa licencyjna zawierana jest na okres 12 miesięcy z opcją automatycznego przedłużenia na kolejne lata[13].

W przypadku naruszenia przez dany podmiot zasad KER, Zespół Orzekający może w swojej uchwale sformułować zalecenia wprowadzenia zmian w reklamie, a także zająć stanowisko, w którym Komisja Etyki Reklamy stwierdzi, że rozpowszechnienie reklamy powinno zostać wstrzymane. Możliwe jest również zawieszenie lub odebranie prawa do korzystania ze znaku towarowego „Reklamuję etycznie", posługiwania się hasłem „Sygnatariusz KER" i powoływania się na Certyfikat KER, a w przypadku niezastosowania się przez ten podmiot do uchwały Zespołu

[10] Statut Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy, tekst jednolity po zmianach z 4.11.2014 r. Pozyskano z: http://www.radareklamy.pl/statut (1.02.2016).

[11] Kodeks Etyki Reklamy z 10.03.2014 r. Pozyskano z: http://www.radareklamy.pl/kodeks-etyki-reklamy (1.02.2016).

[12] Zob. np. Europejskie Stowarzyszenie Standardów Reklamowych, *Advertising self-regulation: The essentials*, s. 6 i 21. Pozyskano z: http://www.easa-alliance.org/binarydata.aspx?type=doc/ASR_the_essentials.pdf/download (1.02.2016).

[13] Informacja dostępna pod adresem: https://www.radareklamy.pl/jak-dziala-samoregulacja (1.02.2016).

Orzekającego, Zarząd Rady Reklamy może złożyć do Komisji Etyki Reklamy skargę o zawieszenie albo odebranie tego prawa[14].

Z powyższego wynika zatem, że wymienione sankcje mogą zostać nałożone wyłącznie na sygnatariuszy KER, uczestników organizacji, gdyż podmiotom w niej niezrzeszonym ww. uprawnienia nie przysługują. Takie stanowisko potwierdza sama Rada Reklamy, która niejednokrotnie podkreślała, że KER jest „(…) systemem dobrowolnego stosowania się do wspólnie ustalonych zasad" (Braun, 2008), a także inni komentatorzy, którzy wskazują, że „(…) członkiem systemu samoregulacji może zostać każda firma/organizacja, która zobowiąże się do przestrzegania zapisów KER w swojej komunikacji marketingowej oraz do wnoszenia corocznych opłat na finansowanie działalności Rady Reklamy" (Stańczak, 2006). Dobrowolny charakter samoregulacji został dodatkowo potwierdzony przez Radę Reklamy w trakcie konsultacji w sprawie samo-/współregulacji w sektorze mediów audiowizualnych[15].

V. Działalność Rady Reklamy w świetle konstytutywnych zasad samoregulacji

Mając na uwadze, że przedsiębiorcy mają pełną swobodę w podjęciu decyzji o uczestnictwie w systemie samoregulacji, podmioty niebędące sygnatariuszami takiego porozumienia nie mogą być pociągnięte do odpowiedzialności za naruszenie ustaleń przyjętych w ramach samoregulacji. Uprawnień do oceniania działań takich podmiotów nie posiadają również organizacje stosujące samoregulację, choćby reprezentowały większość podmiotów występujących na rynku.

Niezależnie od powyższego, Rada Reklamy, nie zważając na postanowienia swojego Statutu ani na charakter samoregulacji, w praktyce rości sobie prawo do bycia instytucją posiadającą cechy „regulatora rynku". Nie posiada jednak do tego ani upoważnienia ustawowego, ani zgody wszystkich uczestników rynku. Z analizy uchwał[16] Komisji Etyki Reklamy wynika, że dokonuje ona oceny działań podmiotów niebędących posiadaczami certyfikatów wydawanych przez Radę Reklamy, a więc podmiotów, które nie wyraziły zgody na poddanie się reżimowi Kodeksu Etyki Reklamy.

Choć kwestia ta była wielokrotnie podnoszona przed Komisją Etyki Reklamy, to podmiot ten w żaden sposób się do niej nie ustosunkował. Na stronie internetowej Rady Reklamy jest ponad 880 ogólnie dostępnych uchwał, spośród których w ponad 20 przypadkach podmiot, którego uchwała dotyczyła, wyraził swój sprzeciw oraz podniósł, że nie jest członkiem Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy, a więc nie podlega jego wewnętrznym regulacjom. Przykładowo, w postępowaniu zakończonym wydaniem uchwały nr ZO 18/15 w sprawie reklamy przedsiębiorcy Omega Pharma Poland Sp. z o.o., przedsiębiorca ten podnosił, że „(…) toczące się postępowanie w sprawie skargi konsumenckiej (…) jest nieważne (bezprzedmiotowe) z uwagi na brak legitymacji biernej po stronie Omega Pharma. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 Statutu Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy (…). Rada Reklamy stanowi związek stowarzyszeń i innych osób prawnych działających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Należy wskazać, że Omega Pharma nie jest partnerem systemu samoregulacji branży reklamowej. Podmioty zainteresowane aktywnym uczestnictwem

[14] Zob. pkt 37, 38, 46 i 47 Regulaminu Rozpatrywania Skarg z 4.11.2013 r. Pozyskano z: http://www.radareklamy.pl/images/Dokumenty/Regulamin.pdf (1.02.2016).

[15] Zob. Konsultacje w sprawie samo/współregulacji w sektorze mediów audiowizualnych – stanowisko Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy z 28.06.2012 r. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/konsultacje/samoregulacja-rada_reklamy.pdf (1.02.2016).

[16] Wszystkie przedstawione w niniejszym artykule uchwały Komisji Rady Etyki dostępne są pod adresem: http://www.radareklamy.pl/uchwaly-ker (1.02.2016).

w systemie samoregulacji są zobowiązane do podpisania umowy licencyjnej, która w szczegółowy sposób określa prawa i obowiązki sygnatariuszy, jak również zawiera opis wszystkich procedur związanych z postępowaniami przed Komisją Etyki Reklamy. W związku z tym, iż Omega Pharma nie jest również sygnatariuszem Kodeksu Etyki Reklamy z dnia 10 marca 2014 r. (…) tym samym nie jest zobowiązana do przestrzegania postanowień Kodeksu, jak również nie jest związana procedurą ustanowioną Regulaminem Rozpatrywania Skarg".

Podobnie w uchwałach nr ZO 15/13, ZO 33/13, ZO 34/13, ZO 35/13, ZO 36/13 dotyczących spółki Sygma Banque Société Anonyme S.A. w odpowiedzi na skargę konsumencką spółka stwierdziła, że „(…) jako podmiot niebędący członkiem Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy (…) ani niekorzystający z uprawnień do posługiwania się znakiem towarowym „Reklamuję etycznie" lub innym (…) certyfikatem, nie jest zobowiązany do poddania się procedurze arbitrażowej ani nie jest związany dokumentami korporacyjnymi wydanymi przez Stowarzyszenie (…)".

Również w uchwałach nr ZO 69/13 i 76/13 w sprawie reklamy spółki Boiron Sp. z o.o., podmiot ten podniósł, iż „(…) wszelkie działania podejmowane przez Związek Stowarzyszeń Rada Reklamy (…) nie są uprawnione, gdyż nie jest on sygnatariuszem Kodeksu Etyki Reklamy (…) i nie wyraził zgody na podjęcie względem niego postępowania na zasadach określonych w Regulaminie Rozpatrywania Skarg". Przedsiębiorca ten stwierdził również, że w związku z powyższym nie dotyczą go „(…) nie tylko unormowania Kodeksu, ale i zasady postępowania przed Zespołem Orzekającym Komisji Etyki Reklamy (…)". Spółka podkreśliła również, że „(…) nie jest biernie legitymowana do występowania jako strona takiego postępowania i nie jest w żadnym zakresie zobowiązana do jakiegokolwiek odnoszenia się do stawianych mu przez Komisję zarzutów".

Należy również przytoczyć uchwałę nr ZO 32/15 w sprawie reklamy Volvo Car Poland Sp. z o.o. w której przytoczone zostało stanowisko spółki, stwierdzające, że „Volvo nie jest członkiem Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy. W związku z czym nie mają do Volvo zastosowania żadne postanowienia regulaminu, kodeksu i statutu Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy. Przytoczone regulacje nie mają charakteru źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Stanowią jedynie zbiór zasad wiążących dla członków Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy, wprowadzających ograniczenia, obostrzenia czy normy niewynikające z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Ponadto, należy zwrócić uwagę na brzmienie art. 1 ust. 2 Kodeksu Etyki Reklamy, z którego wynika, iż Kodeks nie stanowi zbioru norm zastępujących bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, co jedynie potwierdza stanowisko Volvo wyrażone w niniejszym piśmie. Ponadto Komisja Etyki Reklamy nie jest organem władzy publicznej ani organem sądowym, który byłby władny do wydawania wiążących wobec Volvo orzeczeń czy decyzji. Stąd żaden z organów Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy nie jest umocowany do rozpoznawania i wydawania jakichkolwiek orzeczeń w stosunku do Volvo".

W uchwale nr ZO 135/13 w sprawie reklamy spółki Polkomtel Sp. z o.o. w odpowiedzi na skargę konsumencką spółka podniosła niedopuszczalność skargi i jej rozpoznania przez Komisję Etyki Reklamy, argumentując, że „(…) w pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na fakt, że Kodeks Etyki Reklamy jest przejawem samoregulacji i nie zawiera przepisów prawa powszechnie obowiązującego. (…) Polkomtel Sp. z o.o. nie jest sygnatariuszem Kodeksu, nigdy nie zobowiązywał się również do jego stosowania. Bezpodstawne jest więc czynienie Polkomtel Sp. z o.o. zarzutu, że naruszył Kodeks, którego nie miał obowiązku stosować. Oczywistym jest przy tym,

że akty samoregulacji (np. kodeksy dobrych praktyk), takie jak m.in. Kodeks Etyki Reklamy, wiążą tylko podmioty, które zobowiązały się je stosować. Co więcej, przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie zawierają sankcji nawet za niestosowanie się do takich kodeksów dobrych praktyk przez podmioty, które zobowiązały się je przestrzegać. (…) Biorąc powyższe pod uwagę niedopuszczalne jest ocenianie działań Polkomtel Sp. z o.o. jako naruszających postanowienia Kodeksu Etyki Reklamy".

Także w uchwale nr ZO 145/15 w sprawie reklamy zewnętrznej „MAŁPKA" S.A., oskarżony przedsiębiorca wyjaśniał: „„MAŁPKA" S.A. ponadto wskazuje, że nie przystępowała, nie podejmowała współpracy ze Związkiem Stowarzyszeń Rada Reklamy. Otrzymane od Państwa pismo jest zatem bezprzedmiotowe i nie ma podstaw do procedowania sprawy, zarówno przez „MAŁPKA" S.A., jak i przez Państwa. Zważając na powyższe, na obecnym etapie „MAŁPKA" S.A. nie znalazła podstaw oraz nie jest zainteresowana partycypowaniem w powołanej w piśmie z dnia 02.11.2015 r. procedurze. Reasumując, w ocenie „MAŁPKA" S.A. Państwa twierdzenia nie znajdują jakichkolwiek podstaw". Pomimo tak jednoznacznego sprzeciwu przedsiębiorcy, Zespół Orzekający przeprowadził postępowanie i uznał działania „MAŁPKA" S.A. za naruszające art. 2 ust. 1 KER, poprzez fakt, iż reklama nie była prowadzona w poczuciu odpowiedzialności społecznej oraz zgodnie z dobrymi obyczajami.

Jakkolwiek Komisja Etyki Reklamy nie odniosła się w żaden sposób do ww. zarzutów stawianych przez przedsiębiorców w trakcie konkretnych postępowań, to jej przedstawiciele wypowiadają się na ten temat na forum publicznym. Ponownie jako przykład można wskazać wypowiedź dyrektora generalnego Rady Reklamy, który w jednym z wywiadów stwierdził: „Reprezentujemy większość rynku mediów i reklamy w Polsce. To daje nam prawo wypowiadać się na temat reklamy w Polsce. Mamy statutowy zapis, że możemy się wypowiadać na temat reklam, które są dystrybuowane w Polsce, **co nam pozwala odnosić się do przekazów reklamowych tworzonych przez nie-członków** [podkr. aut.]"[17].

Takie podejście powinno podlegać stanowczej krytyce i zdaje się wynikać z niezrozumienia opisanej wyżej idei samoregulacji oraz zasad funkcjonowania systemu prawnego. Stanowisko to nie uwzględnia chociażby art. 2 pkt 5 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym[18], który definiuje kodeks dobrych praktyk, a za taki można uznać również Kodeks Etyki Reklamy, jako zbiór zasad postępowania, a w szczególności norm etycznych i zawodowych, przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do ich przestrzegania w odniesieniu do jednej lub większej liczby praktyk rynkowych. Natomiast art. 5 ust. 2 pkt 4 tejże ustawy stanowi, że działaniem wprowadzającym w błąd może być nieprzestrzeganie kodeksu dobrych praktyk, do którego przedsiębiorca dobrowolnie przystąpił, jeżeli przedsiębiorca ten informuje w ramach praktyki rynkowej, że jest związany kodeksem dobrych praktyk. Wyraźnie widać zatem, że ustawodawca kładzie nacisk na swobodę przedsiębiorcy w zakresie decydowania o przystąpieniu do organizacji i związaniu jej aktami wewnętrznymi. Warto w tym zakresie przytoczyć również postanowienia Kodeksu Międzynarodowej Izby Handlowej (ICC)[19], na przepisach którego bazują co do zasady wszystkie krajowe kodeksy

[17] *Dbamy o podnoszenie standardów reklamy w Polsce,* wywiad dostępny pod adresem: http://www.codozasady.pl/14-10-10-konrad-drozdowski-dbamy-o-podnoszenie-standardow-reklamy-w-polsce/ (1.02.2016).

[18] Ustawa z 23.08.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j. Dz.U. z 2007 r. Nr 171, poz. 1206, z późn. zm.).

[19] Zob. *Consolidated ICC Code of Advertising and Marketing Communications Practice*, s. 48. Pozyskano z: http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2011/ICC-Consolidated-Code-of-Advertising-and-Marketing-2011-English/ (1.02.2016).

dobrych praktyk w zakresie reklamy, w tym polski Kodeks Etyki Reklamy. Kodeks ICC stanowi, że jego przepisy obowiązują w stosunku do danego podmiotu dopiero z chwilą przyjęcia Kodeksu przez ten podmiot.

Jako dodatkową interesującą okoliczność należy potraktować również fakt, że Komisja Etyki Reklamy rości sobie także prawo do orzekania czy działanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie bacząc przy tym na właściwość sądów powszechnych w tym zakresie. Jako przykład wskazać można chociażby sprawę spotu reklamowego Veroni Mineral Fit, w którym to Komisja Etyki Reklamy stwierdziła, że spot reklamowy spółki nie spełnia wszystkich wymogów dotyczących reklamy porównawczej i jako taki stanowi czyn nieuczciwej konkurencji[20].

VI. Działalność orzecznicza Rady Reklamy w świetle przepisów prawa konkurencji

Wszystkie uchwały Zespołu Orzekającego, zgodnie z Regulaminem Rozpatrywania Skarg, publikowane są w serwisie internetowym Rady Reklamy. Uchwały te określają przedsiębiorcę mianem „Skarżony", w sposób dokładny przytaczają treść złożonej skargi, stanowisko strony oraz orzeczenie Zespołu Orzekającego. Co więcej, treść tych uchwał jest następnie przedrukowywana w innych publikatorach, np. w internetowych komunikatorach branżowych, jeżeli przedmiot działalności przedsiębiorców, których dotyczą uchwały, mieści się w zakresie działania danej branży[21]. W efekcie, informacje o uchwałach Rady Reklamy stają się powszechne dostępne zarówno dla przedsiębiorców, jak i konsumentów.

W przypadku krytycznej oceny reklam przez Radę Reklamy uchwały publikowane na stronie internetowej tego podmiotu mają ze swej istoty negatywny wydźwięk, wskazując np., że reklamy danych przedsiębiorców są nierzetelne czy nieetyczne. Tego rodzaju informacja może w znaczącym stopniu zniechęcić do współpracy z takimi przedsiębiorcami zarówno innych przedsiębiorców będących ich kontrahentami, jak i konsumentów będących nabywcami produktów negatywnie ocenianego przedsiębiorcy. To z kolei może przełożyć się na realne straty wizerunkowe i finansowe tego przedsiębiorcy.

Jeżeli uchwały Rady Reklamy dotyczą przedsiębiorców będących sygnatariuszami Kodeksu Etyki Reklamy, jest to konsekwencją ich zgody na poddanie się takiej ocenie. Jeżeli natomiast uchwały dotyczą przedsiębiorców pozostających poza systemem samoregulacji, którzy nie składali żadnych zobowiązań w kwestii stosowania Kodeksu Etyki Reklamy, tych uchwał Rady Reklamy nie można traktować inaczej jak bezprawnego i nieuzasadnionego ingerowania w swobodę działalności gospodarczej niezależnych przedsiębiorców i ich pozycję konkurencyjną na rynku.

Dlatego też nie można wykluczyć podjęcia oceny działań Rady Reklamy na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[22] (dalej: uokik) oraz na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[23] (dalej: uznk). Trzeba bowiem wskazać, iż są argumenty za tym, że Rada Reklamy może być uznana za przedsiębiorcę zarówno na gruncie uokik, jak i uznk, biorąc pod uwagę poniższe okoliczności.

[20] Zob. uchwałę Zespołu Orzekającego nr ZO 22/07 z 2.08.2007 r. w sprawie o sygn. akt K/61/07.

[21] Można tu wspomnieć np. o komunikatorze pharma.info.pl, który publikuje uchwały Zespołu Orzekającego Rady Reklamy dotyczące przedsiębiorców z branży farmaceutycznej.

[22] Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.).

[23] Ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Zgodnie ze Statutem, Rada Reklamy stanowi związek stowarzyszeń i innych osób prawnych działających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zrzesza ona stowarzyszenia i inne organizacje reprezentujące podmioty prawne działające na rynku reklamowym, zainteresowane propagowaniem i realizacją jej celów statutowych, z wyłączeniem osób fizycznych oraz osób prawnych mających cele zarobkowe w rozumieniu art. 22 ust. 1 ustawy – Prawo o stowarzyszeniach[24]. Z kolei Statut Rady Reklamy w § 27 przewiduje możliwość prowadzenia przez ten podmiot działalności gospodarczej, we wskazanym w Statucie zakresie. Oceniając podmiotowość antymonopolową Rady Reklamy, należy również wziąć pod uwagę art. 50 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym[25], zgodnie z którym, jeżeli podmiot wpisany do rejestru stowarzyszeń podejmuje działalność gospodarczą, podlega obowiązkowi wpisu także do rejestru przedsiębiorców. Zgodnie natomiast z art. 17 prawa o stowarzyszeniach, stowarzyszenie uzyskuje osobowość prawną z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego.

Zważywszy na fakt, że Związek Stowarzyszeń Rada Reklamy wpisany jest do rejestru stowarzyszeń oraz rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, można z tego wnioskować, że podejmuje on działalność gospodarczą oraz posiada osobowość prawną. W związku z powyższym można przypisać temu podmiotowi status przedsiębiorcy w rozumieniu uokik. Jedynie na marginesie należy podnieść, że istnieją także podstawy do uznania Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy za związek przedsiębiorców, który również uznawany jest za przedsiębiorcę na gruncie uokik.

Dodatkowo Rada Reklamy może być również uznana za przedsiębiorcę na gruncie uznk, gdyż przedsiębiorcami, w rozumieniu tej ustawy, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej.

VII. Zakończenie

Pozytywne skutki dla konsumentów, do jakich mogą prowadzić działania samoregulacyjne przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, nie powinny przesłaniać faktu, iż te działania samoregulacyjne muszą pozostawać w zgodzie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Żadna organizacja branżowa nie może naruszać interesów przedsiębiorców, działając według zasady „zwalczania większego zła mniejszym złem".

Jeżeli pewni przedsiębiorcy nie decydują się przystąpić do modelu samoregulacji i nie chcą być sygnatariuszami danego kodeksu branżowego w zakresie reklamy czy jakiejkolwiek innej działalności, nie można ich do tego przymuszać. Nie można tego robić także metodą faktów dokonanych, poprzez wydawanie uchwał wobec przedsiębiorców nieobjętych samoregulacją, nawet wbrew ich wyraźnym sprzeciwom, przez organizację reprezentującą tylko część uczestników rynku i w związku z tym mającą mandat do orzekania tylko wobec tych uczestników rynku.

Jest szczególnie ważne, aby te uwagi zostały uwzględnione w trakcie aktualnych działań Prezesa UOKiK i innych organizacji zmierzających do poprawy jakości i rzetelności reklam stosowanych na rynku polskim. Samoregulacja jest ważnym elementem w dążeniu do osiągnięcia tego celu, ale też ze względu na dotyczące jej ograniczenia prawne nie można w niej upatrywać

[24] Ustawa z 7.04.1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 1393).

[25] Ustawa z 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1203, z późn. zm.).

bezwzględnego i powszechnie obowiązującego instrumentu w tym zakresie. A uwagi przedstawione w niniejszym artykule świadczą o tym, iż w przypadku nieprzestrzegania tych ograniczeń prawnych od samoregulacji do samowoli, mogącej destrukcyjnie wpływać na konkurencję przedsiębiorców na rynku, już tylko jeden krok.

Bibliografia

Braun, J. (2008). *Pozasądowe rozwiązywanie sporów – zarządzanie problemami obrotu konsumenckiego. Rozwiązywanie sporów w branży marketingu.* Warszawa. Pozyskano z: http://konsument.gov.pl/old/files/adr/112008/Komisja%20Etyki%20Reklamy%20-%20Rada%20Reklamy.ppt (1.02.2016).

Deloitte (2012) Mechanizmy samoregulacji branżowych wsparciem dla rozwoju społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw. Ekspertyza dla Ministerstwa Gospodarki, Warszawa.

Drozdowski, K. (2012). Samoregulacja w reklamie. W: M. Namysłowska (red.), *Reklama. Aspekty prawne*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Krasnodębska-Tomkiel, M. (2011). *Polubowne sądownictwo oraz samoregulacje w Polityce konsumenckiej na lata 2010–2013. Wystąpienie Małgorzaty Krasnodębskiej-Tomkiel, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*. Debata – Po co drzeć koty? Konsument i przedsiębiorca w sądzie polubownym, Warszawa. Pozyskano z: http://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=9672 (1.02.2016).

Mokrysz-Olszyńska, A. (2005). Rola kodeksów dobrych praktyk w ochronie konsumenta. W: C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Mokrysz-Olszyńska, A. (2007). Znaczenie soft law w regulowaniu działalności reklamowej. *Prace i Materiały Instytutu Gospodarki Światowej*, 281.

Senden, L. (2004). *Soft Law in European Community Law*. Oxford-Portland: Hart Publishing.

Słowik, D. (2012). Granice dopuszczalności wykorzystania seksu w reklamie w uchwałach Komisji Etyki Reklamy. *Państwo i Społeczeństwo*, XII(3).

Stańczak, P. (2006). *ABC ochrony konsumenta w Unii Europejskiej: Samoregulacja w biznesie*. Warszawa. Pozyskano z:
http://www.konsument.gov.pl/pl/uploads/365/samoregulacja_2006-pdf.html (1.02.2016).

Anna Tworkowska-Baraniuk*

Internet jako miejsce czynów nieuczciwej konkurencji – problematyka prawnej ochrony domeny internetowej przedsiębiorcy

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Zagadnienia wstępne
III. Oznaczenie przedsiębiorcy a prawo wyłączne
IV. Prawo konkurencji a posługiwanie się domenami internetowymi
  1. Uwagi ogólne
  2. *Cybersquatting*
  3. *Metatagging* i *keyword advertising*
  4. *Linking*
V. Konkluzje

Streszczenie

Internet jest obecnie nieodzowną częścią życia zarówno społecznego, jak i gospodarczego całego świata. Jako stosunkowo nowe miejsce aktywności przedsiębiorców stanowić może jednak miejsce różnego rodzaju nadużyć prawnych. Występuje w nim także coraz więcej nowych, specyficznych przejawów nieuczciwej konkurencji. Zasadniczym problemem, z którym spotyka się przeciwdziałanie owym praktykom jest fakt, że w stosunku do nieuczciwego obrotu w Internecie nie istnieją żadne odrębne regulacje prawne. Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie przykładowych, charakterystycznych dla środowiska Internetu praktyk, które zakwalifikować można jako czyny nieuczciwej konkurencji oraz sposobów ich prawnej interpretacji. Analizie poddana zostanie problematyka zetknięcia norm prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji z nowymi metodami jej prowadzenia – głównym zaś celem jest ocena czy obowiązujące normy prawne stanowią wystarczające ramy prawne ochrony przed tego rodzaju nieuczciwymi zachowaniami.

Słowa kluczowe: domeny internetowe; Internet; *metatagging*; oznaczenie przedsiębiorcy.

JEL: K20, K21

* Asystent w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; e-mail: an.tworkowska@gmail.com.

I. Wprowadzenie

Stały rozwój tzw. społeczeństwa informacyjnego sprawia, że coraz więcej elementów życia zawodowego, prywatnego i biznesowego przenosi się na płaszczyznę komunikacji elektronicznej. Internet stanowi narzędzie uczestnictwa w życiu gospodarczym – coraz częściej wykorzystywany jest bowiem w prowadzeniu działalności gospodarczej. Wraz z dynamicznym rozwojem Internetu niemal każda aktywność gospodarcza znajduje swoje odzwierciedlenie w *Word Wide Web*. Sama polska gospodarka internetowa już w 2010 r. warta była ponad 37 miliardów złotych (Cimochowski i in., 2011, s. 13–14), a rynek tzw. *e-commerce* jest stale rozwijającym się sektorem gospodarki. Rosnące zainteresowanie wykorzystywaniem Internetu w prowadzeniu działalności gospodarczej wpływa wprost proporcjonalnie na ilość działań, które zakwalifikować można jako naruszające konkurencję. Problem z ich jednoznaczną oceną wynika głównie z faktu, iż polskie prawo nie przewiduje szczególnej, odrębnej regulacji obejmującej czyny nieuczciwej konkurencji w Internecie (takiej jak np. amerykański Anticybersquatting Consumer Protection Act). Ochrona ta wynika więc z aktów normatywnych o charakterze ogólnym: ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk)[1], ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[2], ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym[3], ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej[4], ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny[5] (ochrona firmy przedsiębiorcy, ochrona dóbr osobistych) oraz ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych[6]. Złożony katalog regulacji prawnych mogących znaleźć zastosowanie wobec działań podejmowanych w Internecie wymaga odpowiedzi na pytanie: czy obowiązujące normy prawne stanowią wystarczające ramy prawne ochrony przed tego typu nieuczciwymi zachowaniami.

Ramy opracowania nie pozwalają na dokonanie pełnej analizy działań podejmowanych w Internecie, których charakter pozwala na kwalifikacje ich jako czynów nieuczciwej konkurencji. Dlatego też ograniczono się do przykładowego wskazania owych naruszeń. Zachowania te badane będą przede wszystkim pod kątem ich zgodności z regulacjami prawa konkurencji. Niemniej jednak zauważyć należy, że rozważane zagadnienia stanowią czyny nieuczciwej konkurencji związane z używaniem w Internecie znaków towarowych, do których prawa wyłączne przysługują osobom trzecim. Dlatego też dla pełniejszej optyki w pierwszej części artykułu scharakteryzowano możliwość zastosowania regulacji dotyczących ochrony znaków towarowych do oznaczeń, którymi posługują się przedsiębiorcy w Internecie. Jest to zabieg tym bardziej przydatny, że przytoczone poniżej naruszenia charakteryzowane są przez pryzmat stanów faktycznych, w których niejednokrotnie odwoływano się także do praw wyłącznych.

Dokonanie wiarygodnej analizy komparatystycznej wymagałoby znacznie obszerniejszych rozważań z zakresu przynajmniej kilku obcych ustawodawstw oraz wyrosłego na ich gruncie orzecznictwa i piśmiennictwa. Warstwa porównawczo-prawna została więc wykorzystana przede wszystkim dla ukazania charakteru i skali występujących naruszeń.

[1] T.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.

[2] T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184, z późn. zm.

[3] T.j. Dz.U. z 2007 r. Nr 171, poz. 1206, z późn. zm.

[4] T.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1410, z późn. zm.

[5] T.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 121, z późn. zm.

[6] T.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631, z późn. zm.

II. Zagadnienia wstępne

Strefa gospodarki oparta na działalności internetowej polega przede wszystkim na komercyjnym wykorzystywaniu stron www, które uznać można za strategiczny element prowadzenia komercyjnej działalności w Internecie. Elementem identyfikującym poszczególne strony internetowe jest ich adres domenowy. Domena jest bowiem symbolicznym odzwierciedleniem adresu IP, w praktyce zaś adresem konkretnej strony internetowej, który umożliwia połączenie się z konkretnym serwerem oraz wymianę informacji. Domenami zarządza założona w 1997 r. Internetowa Organizacja ds. Nadawania Nazw i Numerów (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, dalej: ICANN) – międzynarodowe stowarzyszenie typu non-profit. Uprawnienie do wykorzystania danej domeny internetowej wynika z umowy, której stronami są osoba rejestrująca domenę oraz podmiot upoważniony do dokonywania tego rodzaju rejestracji; w Polsce jest to Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa – NASK (Ożegalska-Trybalska, 2003, s. 35).

Budowa poszczególnych domen przybiera zwykle trójstopniowy i hierarchiczny charakter. Powszechnie znany adres strony internetowej składa się z domeny pierwszego poziomu (TLD – *Top Level Domain*) i domeny drugiego poziomu (SLD – *Second Level Domain*). Domeny pierwszego stopnia przybierają charakter rodzajowy (oznaczenia typu .com – commercial, .edu – educational) lub krajowy (np. .de – Niemcy, .pl – Polska), drugiego zaś – postać ogólnokrajowych, regionalnych lub funkcjonalnych. Istotnym elementem charakteryzującym treść domen internetowych jest fakt, iż mogą one mieć charakter prywatny lub być częścią identyfikatora URL (*Uniform Resourse Locator*), który identyfikuje daną stronę internetową. Domeny trzeciego stopnia występują jedynie w przypadku subdomeny rodzajowej w domenie krajowej. Zmiana domeny na indywidualny adres IP, wykorzystywany w komunikacji przez komputery, odbywa się za pomocą wyspecjalizowanego serwera – *Domain-Name-Server*.

Internet stanowi atrakcyjny rynek dla producentów, usługodawców, sprzedawców czy reklamodawców – zaobserwować więc można złożone stany faktyczne i prawne wymagające kwalifikacji jako czyny nieuczciwej konkurencji. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 2 stanowi zaś, że czynami nieuczciwej konkurencji są „w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama oraz organizowanie systemu sprzedaży lawinowej". Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja pozwala na sformułowanie twierdzenia, że niemal każde ze wskazanych działań może mieć miejsce w przestrzeni internetowej. Coraz częściej występującymi zjawiskami są więc działania polegające m.in. na rejestracji domen wprowadzających w błąd w zakresie oznaczenia przedsiębiorcy, wykorzystywaniu cudzych znaków towarowych w adresach stron internetowych przedsiębiorcy, posługiwaniu się w adresie strony internetowej wprowadzającym w błąd oznaczeniem geograficznym czy nieuczciwej reklamie internetowej (Barta i Markiewicz, 1998, s. 249). Niejako obok nich występuje grupa nowych, specyficznych dla branży e-*commerce*, trudnych do jednoznacznej kwalifikacji przejawów nieuczciwej konkurencji, dlatego też uzupełniające znaczenie dla analizowanego tematu ma

klauzula generalna zawarta w art. 3 ust. 1 uznk znajdująca zastosowanie wobec tzw. nienazwanych czynów nieuczciwej konkurencji polegających na działaniach sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami[7], pod warunkiem, że zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta (Stefanicki, 2014, s. 135 i n.). Wprowadzenie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji klauzuli generalnej pozwala więc na zakwalifikowanie jako czyn nieuczciwej konkurencji takich zachowań w Internecie, które polegają na tworzeniu stron internetowych o zbliżonym schemacie i treści jak witryna innego przedsiębiorcy, *metataginggu*, tj. używaniu specjalnych kodów słownych w celu niewidocznego naruszania znaków towarowych, *framingu* polegającym na stosowaniu ikon stanowiących odesłanie do innych stron internetowych czy *linkingu* polegającym na używaniu odesłań w postaci całych adresów internetowych witryn. Pamiętać jednak należy, że katalog internetowych czynów nieuczciwej konkurencji ma charakter otwarty. Możliwe jest więc wystąpienie z roszczeniami także wtedy, gdy konkretne działanie nie spełnia znamion żadnego z ustawowych typów, spełnia zaś przesłanki ogólnej definicji z art. 3 ust. 1 uznk. Zawsze jednak, aby możliwe było uznanie danego działania za sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji, musi być ono podjęte w związku z działalnością gospodarczą, sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta (Balicki, 2011, s. 5).

III. Oznaczenie przedsiębiorcy a prawo wyłączne

Według definicji legalnej znakiem towarowym może być każde oznaczenie przedsiębiorstwa nadające się do odróżnienia w obrocie towarów lub usług tego samego rodzaju innych przedsiębiorstw. Przyjmuje się powszechnie, że znak towarowy jest dobrem niematerialnym, służącym identyfikacji towarów, a prawo do niego jest prawem o charakterze bezwzględnym (Promińska, 1998, s. 16).

Kwalifikacja danego działania jako naruszenia prawa ochronnego na znak towarowy wymaga spełnienia przesłanki bezprawnego użycia danego oznaczenia w charakterze znaku towarowego w obrocie gospodarczym dla towarów objętych rejestracją lub podobnych – pod warunkiem, że wiąże się to z ryzykiem konfuzji rozumianej jako zaistnienie ryzyka pomyłki (Marcinkowska i Stanisławska-Kloc, 2000, s. 30–31). Przesłanka użycia oznaczenia w obrocie gospodarczym, w kontekście domen internetowych, znajduje swoje odzwierciedlenie zarówno w wykorzystywaniu stron internetowych do celów komercyjnych, jak i oferowaniu do sprzedaży danej domeny. O możliwości uznania nazwy domenowej za znak towarowy przemawia również fakt, iż skojarzeniowy stosunek pozwala na połączenie danej domeny z towarami lub usługami podmiotu posługującego się nazwą domenową[8].

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że ustawa obok praw z rejestracji znaku towarowego przewiduje także możliwość udzielenia ochrony tzw. znakom powszechnie znanym. O posiadaniu atrybutu powszechności świadczy znajomość danego oznaczenia wśród więcej niż 50% potencjalnych nabywców (Skubisz, 1997, s. 119). Ustawa odsyła do odpowiedniego stosowania przepisów o ochronie renomowanego znaku towarowego; znak powszechnie znany oraz znak

[7] Pojęcie „dobrych obyczajów" zostało zdefiniowane m.in. w wyr. SOKiK z 23.02.2006 r. (XVII Ama 118/04): „Istotą pojęcia dobrego obyczaju jest szeroko rozumiany szacunek dla człowieka. W stosunkach z konsumentami powinien on wyrażać się właściwym informowaniem o przysługujących uprawnieniach, niewykorzystywaniu uprzywilejowanej pozycji profesjonalisty i rzetelnym traktowaniu partnerów umów. Za sprzeczne z dobrymi obyczajami można uznać działania zmierzające do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u konsumenta, a także wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności".

[8] Jednakże nie każda domena internetowa traktowana może być jako znak towarowy – Sąd (UE) odmówił spółce Getty Images, Inc. zarejestrowania jako znaku towarowego oznaczenia tożsamego z jej domeną internetową PHOTOS.COM ze względu na brak charakteru odróżniającego oznaczenia; wyr. Sądu (UE) z 21.11.2012 r. w sprawie T-338/11 *Getty Images Inc. v. Office for Harmonisation in the Internal Market*.

renomowany są więc chronione przed użyciem oznaczeń identycznych lub podobnych w odniesieniu do jakichkolwiek towarów pod warunkiem, że używanie takie może przynieść używającemu nienależną mu korzyść bądź być szkodliwe dla odróżniającego charakteru bądź renomy znaku powszechnie znanego i renomowanego[9].

Ochronie prawnej podlega każde określenie będące nazwą domenową (stopnia drugiego bądź kolejnego), jeżeli jest w jakiś sposób związane z przedsiębiorcą bądź innym podmiotem prowadzącym działalność z wykorzystaniem Internetu, oraz cały adres www, jeżeli został zarejestrowany jako znak towarowy (usługowy) (Wąs, 2010). Udzielając ochrony określonej domenie czy też adresowi internetowemu, chroni się w rzeczywistości znak towarowy (usługowy) lub inne oznaczenie przynależne do określonego podmiotu (np. nazwa przedsiębiorstwa). Należy bowiem pamiętać, że różnice pomiędzy znakiem towarowym i nazwą domeny nie wyłączają istnienia podobieństwa, w szczególności jeśli modyfikacje znaku polegają na celowym wprowadzeniu błędu literowego. Ponadto przyjąć można, że adres domenowy jest używany bezprawnie w charakterze znaku towarowego, jeżeli identyfikuje on strony internetowe, których wartość marketingowa wyraża się w ich powiązaniu z szeroko rozumianym zbytem towarów lub usług. Nie można jednak uznać, że adres domenowy jest używany w obrocie gospodarczym tylko na tej podstawie, iż dostępny jest on w Internecie.

IV. Prawo konkurencji a posługiwanie się domenami internetowymi

1. Uwagi ogólne

W procesie rejestracji domeny internetowej najczęściej występującym naruszeniem konkurencji jest działanie polegające na takim doborze nazwy strony internetowej, aby zawierała znak towarowy lub firmę bądź oznaczenie oferowanych na rynku towarów lub usług innego przedsiębiorcy. Oczywistym jest więc, że to domeny zawierające w sobie rozpoznawalne już oznaczenie odróżniające albo znak towarowy będą najbardziej narażone na zagarnięcie przez podmiot nieuprawniony. I tak, jeżeli np. Daimler AG (właściciel m.in. marki samochodowej Mercedes Benz) zastrzegł jako słowny znak towarowy określenie „mercedes", niedozwolonym będzie zarejestrowanie domeny mercedes.pl, mercedes.com.pl, czy mercedes.biz. Z punktu widzenia interesów określonego przedsiębiorcy nie bez znaczenia pozostaje fakt czy inny przedsiębiorca posługuje się jego oznaczeniem jak nazwą domenową – domena internetowa spełnia powszechnie, obok funkcji technicznej, to samo zadanie, co oznaczenia chronione jak firma, znak towarowy (Ożegalska, 2001, s. 23). Współcześnie bowiem domeny stanowią przemyślany zestaw określeń będących w bezpośrednim związku z nazwą przedsiębiorstwa, niejednokrotnie spełniają więc funkcję nazwy lub oznaczenia przedsiębiorcy. Taki rozbudowany charakter domen internetowych wymaga udzielenia im właściwej ochrony prawnej – także na gruncie prawa konkurencji. Podmiotowi, który dokonał rejestracji danej domeny internetowej, w zależności od przyjętego stanu faktycznego, zarzucić można byłoby bądź naruszenie praw chroniących znak towarowy wynikających z przepisów ustawy – Prawo własności przemysłowej, bądź naruszenie przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

[9] W sytuacji, kiedy w polskim systemie prawnym brakuje szczególnego aktu prawnego odnoszącego się do zagadnień związanych z Internetem, sąd arbitrażowy rozstrzyga w oparciu o przepisy innych ustaw. W przypadku, gdy podstawą roszczeń jest prawo ochronne na znak towarowy, sąd arbitrażowy powinien opierać się na odpowiednich przepisach ustawy – Prawo własności przemysłowej. Ocena przeprowadzana jest w oparciu o te same kryteria, jak w przypadku kolizji znaków towarowych. Wymaga zatem stwierdzenia identyczności lub takiego stopnia podobieństwa domeny do znaku towarowego, które może powodować ryzyko konfuzji.

2. *Cybersquatting*

Zjawisko *cybersquattingu* polega na rejestrowaniu jako nazwy nowej domeny określenia powszechnie znanego znaku towarowego w celu późniejszej odsprzedaży takiej domeny uprawnionemu do posługiwania się znakiem lub innemu przedsiębiorcy, np. konkurentowi, który będzie chciał taki adres blokować, bądź w celu zwiększenia zainteresowania własną stroną www[10]. W ramach *cybersquattingu* mieści się więc m.in. posiadanie domen internetowych pokrywających się treściowo z nazwami powszechnie znanymi przez podmioty nieposiadające żadnych praw do tych oznaczeń, w szczególności zaś utrzymywanie różnych wersji domeny obok jej oryginalnej postaci, np. poprzez modyfikację domeny drugiego lub trzeciego stopnia – domeny z rozszerzeniami .net, .org, .info[11].

Właściwym dla poszerzenia optyki w zakresie analizy zjawiska *cybersquattingu* jest pomocnicze sięgnięcie do doktryny i orzecznictwa obcego[12]. Amerykańskiemu dorobkowi orzeczniczemu znane są m.in. przypadki informatyka Denisa Toeppena, który zarejestrował łącznie prawie 240 nazw domen zawierających znaki towarowe powszechnie znanych przedsiębiorstw (przegrał spory z takimi koncernami, jak Panavision, Intermatic Inc) czy Johna Zuccariniego, który zarejestrował 3000 nazw domen zawierających np. nazwiska rozpoznawalnych medialnie osób, tytuły filmów i programów telewizyjnych, znaki towarowe oraz nazwy przedsiębiorców (Balicki, 2011, s. 9). Głośną sprawą sądową był zaś spór *Hasbro Inc v. Internet Entertainment Group*. W wygranej przez Hasbro Inc sprawie pozwany przedsiębiorca zarejestrował domenę pod nazwą candyland.com i umieścił pod nią erotyczną stronę internetową. Powód podniósł zaś, że oznaczenia Candy Land używa jako znaku towarowego gry planszowej dla dzieci. Użycie tej samej nazwy w odniesieniu do serwisu erotycznego wpłynąć może z jednej strony na osłabienie wypracowanej renomy znaku, z drugiej wprowadzać potencjalnych klientów w błąd co do związku pomiędzy producentem gier dla dzieci a branżą erotyczną. Amerykańskie sądownictwo dla udowodnienia złej wiary podmiotu dokonującego rejestracji domeny zawierającej znak towarowy należący do innego przedsiębiorcy wymaga jedynie np. zaoferowania sprzedaży spornej domeny czy rejestracji zbliżonych adresów domenowych zawierających podobne lub identyczne znaki towarowe należące do innych przedsiębiorców (Balicki, 2011, s. 10).

Jednoznaczną linię orzeczniczą w zakresie *cybersqattingu* wypracowało sądownictwo brytyjskie. W sporze pomiędzy znaną siecią sklepów *Marks & Spencer* a podmiotem, który zarejestrował domenę markandspencer.com i zaoferował jej sprzedaż lub wydzierżawienie, sąd uznał, że „każda osoba, która rozmyślnie rejestruje nazwę internetową z powodu jej podobieństwa z nazwą firmy lub znakiem towarowym jednostki prowadzącej działalność gospodarczą, musi spodziewać się zakończenia swej działalności na skutek orzeczenia zaprzestania takiej działalności, które będzie sformułowane na takich warunkach, które czynią dalsze używanie nazwy w obrocie gospodarczym nieskuteczne dla takich dealerów" (Kondrat, 2001, s. 64). W innej sprawie sąd brytyjski zważył, iż

[10] Zob. www.cybersquatting.com.

[11] Przykładem zachowania kwalifikowanego jako *cybersquatting* możne być spór o domenę mikerowesoft.com. Siedemnastolatek, Mike Rowe, postanowił zarejestrować domenę MikeRoweSoft.com, traktując to jako ciekawy sposób promocji własnego nazwiska. Sprawa spotkała się z wezwaniem przez Microsoft do zaniechania korzystania z domeny. Ostatecznie domena została usunięta. Zob. http://www.pcworld.pl/news/62946/ Microsoft.com.kontra.MikeRoweSoft.com.html (31.01.2016).

[12] „Witamy w cyberprzestrzeni" – takim stwierdzeniem rozpoczął sąd północnego okręgu Illinois w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej jedno z pierwszych na świecie orzeczeń dotyczące naruszenie prawa do znaku towarowego w Internecie. Stwierdzeniem tym sąd wskazał na nowe zadania stawiane przed władzą sądowniczą i dał początek tworzenia ram prawnych ochrony przed deliktami dotyczącymi tworzenia domen internetowych wprowadzających w błąd co do rzeczywistego uprawnionego do danego znaku towarowego. Zob. D.J. Loundy, *A Primer on Trademark Law and Internet Addresses*, www.loundy.com/JMLS-Trademark.html, (za:) Kondrat, 2001, s. 60.

dla uznania *cybersquattingu* za czyn nieuczciwej konkurencji nie ma znaczenia pierwotna intencja rejestrującego domenę zawierającą cudze oznaczenie. W sprawie *French Conection UK Ltd v. Sutton* pozwany przedsiębiorca twierdził, iż domenę fcuk.com zarejestrował w celu użycia jej w branży pornograficznej, dopiero w wyniku zmiany planów biznesowych zaoferował sprzedaż adresu internetowego powodowej spółce, zajmującej się sprzedażą odzieży dla młodych klientów w Wielkiej Brytanii (Kondrat, 2001, s. 64). Zarówno więc sądownictwo amerykańskie, jak i brytyjskie, uwzględniając fakt, że rejestracja domeny stanowi akt jednorazowy, uzależnia udzielenie ochrony od spełnienia przesłanki użycia w celach handlowych – ta zaś następuje już wtedy, gdy powstaje zamiar odsprzedaży domeny[13]. Cała procedura *cybersquattingu* analizowana powinna być więc szeroko, zwłaszcza w sytuacji hurtowego zakupywania domen.

Jednoznacznie na możliwość udzielenia ochrony przed *cybersquattingiem* na podstawie przepisów dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji wskazał niemiecki sąd rozpatrujący sprawę wytoczoną przez *Epson Deutschland GmD*. Spółka zarzuciła pozwanemu spekulacyjną rejestrację domeny epson.de, sąd natomiast wskazał na jednoznaczne podobieństwo funkcji adresu strony internetowej i znaku towarowego. W uzasadnieniu zaś wskazano analogicznie do amerykańskiej i brytyjskiej linii orzeczniczej, że dla udzielenia ochrony przed *cybersquattingiem* konieczne jest spełnienie przesłanki użycia w obrocie gospodarczym; ta realizuje się już poprzez stwierdzenie, że pozwany zamierzał adres odsprzedać, więc kierował się celem gospodarczym (Ożegalska, 1999, s. 95).

Od roku 2002 przy Polskiej Izbie Informatyki i Telekomunikacji działa Sąd Polubowny do spraw Domen Internetowych. Zadaniem tego organu jest ujednolicanie zasad rozstrzygania sporów o nazwy domen, który to proces centralnie zainicjowany został przez organizację odpowiedzialną za przydzielanie nazw domen – ICANN, a prowadzony jest przez jednostkę organizacyjną *Uniform Domain Name Resolution Policy*.

Przedmiotem zarzutu stawianego abonentowi domeny w sporach domenowych może być m.in. naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Orzecznictwo dotyczące korzystania z domen w kontekście nieuczciwej konkurencji pozwala na dwojaką kwalifikację prawną *cybersquattingu*. I tak, biorąc pod uwagę grupę tzw. nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji działania *cyberquattingu* uznane mogą być za utrudnianie dostępu do rynku (art. 15 ust. 1 uznk), wprowadzanie w błąd co do tożsamości przedsiębiorstwa (art. 5 uznk), reklamę utrudniającą dostęp do rynku (art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk). Jeżeli zaś działanie, z którym mamy do czynienia nie znajduje pokrycia w hipotezie żadnego z czynów nazwanych, zastosowanie znajduje art. 3 ust. 1 uznk.

W kontekście czynów nieuczciwej konkurencji najczęściej rozpatrywanym na gruncie prawa polskiego przypadkiem posługiwania się domenami internetowymi jest naruszenie art. 5 uznk (Ożegalska-Trybalska, 2003, s. 205). Działanie takie przejawia się zwykle świadomym wprowadzaniem w błąd co do tożsamości przedsiębiorstwa poprzez celowe wykorzystanie w obrocie gospodarczym domeny internetowej, której treść zawierać będzie elementy zbliżone do charakterystycznego oznaczenia innego przedsiębiorcy (Ożegalska-Trybalska, 2003, s. 205 i n.).

[13] Na gruncie polskiego systemu korzystanie z domeny nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji, jeśli zarówno akt zakupu adresu internetowego, jak i chęć jego odsprzedaży ma charakter jednorazowy i incydentalny; stanowi to konsekwencję twierdzenia, że podmiot taki nie prowadzi działalności gospodarczej, nawet ubocznej, w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i tym samym nie posiada w tym zakresie legitymacji biernej. Zob. Felchner, 2007, s. 53–57.

Nie ma przy tym znaczenia czy przedsiębiorca prowadzi działalność on-line, czy nie korzysta z tej możliwości[14].

Uznanie określonego działania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga spełnienia warunków wskazanych w art. 5 uznk – i tak w pierwszej kolejności zarówno art. 5, jak i cała ustawa znajdują zastosowanie jedynie do działań pomiędzy przedsiębiorcami. Na warunek ten zwrócił uwagę Sąd Polubowny do spraw Domen Internetowych w wyroku z 2 sierpnia 2007 r. W sprawie tej, powód – *Google Inc.* zwrócił uwagę na rażące podobieństwo domeny gmail.pl do prowadzonej przez niego na całym świecie poczty elektronicznej działającej pod domeną gmail.com. Działanie takie, uznane za przejaw *cybersquattingu*, nie mogło być jednak rozpatrywane w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji – pozwany nie posiadał statusu przedsiębiorcy[15]. Ten sam sąd, orzekając w sprawie domen netgear.pl, netgear.info.pl, netgear.org.pl oraz netgear.net.pl stwierdził, iż abonent był adresatem obowiązków wynikających z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, chociaż formalnie nie został wpisany do rejestru przedsiębiorców[16]. Pozwany administrował jednak stronę internetową służącą mu do wystawiania na sprzedaż domen zawierających oznaczenia rozpoznawalnych przedsiębiorstw. Ograniczenie możliwości zastosowania przepisów ustawy jedynie wobec działań między przedsiębiorcami stanowi istotne utrudnienie w dochodzeniu roszczeń wynikających z działań podejmowanych w Internecie. Prowadzenie działalności gospodarczej nie jest bowiem warunkiem *sine qua non* rejestracji domeny, w konsekwencji czego podmioty nie będące przedsiębiorcami, a czerpiące zyski z wykupionej domeny nie będą na tej podstawie odpowiedzialne (Kolasińska, 2011). Ważne jest również, aby pomiędzy uprawnionym a osobą, której zarzuca się naruszenie istniał stosunek konkurencji. Jednoznaczna ocena realizacji tej przesłanki niejednokrotnie wiąże się z trudnościami interpretacyjnymi – i tak np. w sprawie dotyczącej domeny martim.pl sąd uznał, iż pomiędzy powodem (przedsiębiorcą będącym właścicielem sieci hoteli na całym świecie) a pozwanym (przedsiębiorcą prowadzącym dom letniskowy nad morzem) nie występuje stosunek konkurencji. Powód swoje usługi kieruje bowiem do odmiennego segmentu rynku usług niż pozwany[17]. Odmiennie zaś w sprawie domeny polmos.pl sąd stwierdził, że działanie pozwanego uznać można na czyn nieuczciwej konkurencji, mimo że pozwany zajmował się wąskim fragmentem usług związanych z Internetem, powód zaś produkcją i dystrybucją wyrobów alkoholowych[18].

Na gruncie polskiego ustawodawstwa nie ma wątpliwości, że oznaczeniami podlegającymi ochronie, obok tych wymienionych w art. 5 uznk, mogą być również inne symbole, takie jak np. domeny internetowe. Decydujące znaczenie ma odróżniający charakter takiego oznaczenia[19].

[14] Należy więc wziąć pod uwagę zarówno sytuację, kiedy np. przedsiębiorca prowadzący działalność pod nazwą ABC zarejestrował znak towarowy „ABC", inny przedsiębiorca naruszając przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zarejestrował domenę abc.pl i zaczął prowadzić pod jej szyldem działalność konkurencyjną, jak i sytuacje, kiedy obydwie strony prowadzą już działalność on-line. I tak w przypadku, kiedy przedsiębiorca ma już zarejestrowaną domenę www.abc.pl, inny przedsiębiorca, rejestrując domenę www.abc.eu/com/org lub www.a.b.c.pl, rozpoczyna prowadzenie za jej pośrednictwem innej działalności.

[15] Spór o Gmail.pl rozpoczął się w lutym 2007 r. Izabela Krawczyk pod koniec 2006 r. zarejestrowała domenę Gmail.pl (GMAiL to akronim nazwy Grupy Młodych Artystów i Literatów). Google, które pod nazwą Gmail oferuje skrzynki pocztowe milionom internautów na całym świecie, uznało, że doszło do naruszenia prawa koncernu. Ostatecznie postępowanie zostało umorzone z powodów proceduralnych; http://di.com.pl/poeci-bezplatnie-oddadza--gmailpl-aktualizacja-23878 (31.01.2016).

[16] Zakres podmiotowy ochrony konkurencji jest szerszy, niż wynikałoby to z definicji przedsiębiorcy z kodeksu cywilnego czy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; Adamski, 2001, s. 41.

[17] Wyr. Sądu Polubownego do spraw Domen Internetowych z 15.11.2010 r., 19/10/PA.

[18] Wyr. Sądu Polubownego do spraw Domen Internetowych z 9.05.2006 r., 67/05/PA. Por. także wyr. Sądu Polubownego do spraw Domen Internetowych z 5.09.2007 r., 5/07/PA oraz wyr. Sądu Polubownego do spraw Domen Internetowych z 7.07.2010 r., 70/09/PA.

[19] Dlatego też domeny typu www.sport.pl czy też www.firma.pl ze względy na swój ogólnikowy charakter nie będą podlegały ochronie na podstawie przepisów prawa konkurencji.

Koniecznym jest więc, aby oznaczenie danego przedsiębiorcy czy przedsiębiorstwa podlegające ochronie było używane już przed rejestracją domeny, której funkcjonowanie uznane ma być za bezprawne. Kluczowe znaczenie ma w tej kwestii wprowadzenie określonego oznaczenia do obrotu, nie zaś rejestracja go jako znaku towarowego. Udzielenie ochrony wymaga przy tym, aby pierwotne użytkowanie danego oznaczenia było zgodne z obowiązującym prawem. Jako warunek udzielenia ochrony ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymienia także wprowadzający w błąd co do tożsamości charakter konkretnego oznaczenia. Kompleksowe zbadanie możliwości konkretyzacji przepisów wymaga ustalenia istotnych elementów rynków, na których działają określeni przedsiębiorcy; posługiwanie się w nazwie domeny oznaczeniem przedsiębiorcy nie implikuje jeszcze bezprawności takiego zachowania. Przedsiębiorcy mogą przecież działać na odmiennych, irrelewantnych rynkach[20].

Działania polegające na rejestracji domen zawierających oznaczenie należące do innego przedsiębiorcy rozpatrywać można także w kontekście art. 15 uznk, tj. utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. W świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „dostęp do rynku" powinien być rozumiany szeroko, nie tylko jako swobodne wejście na rynek i opuszczenia go, lecz także swobodne na nim operowanie i oferowanie towarów. Wprawdzie niemożliwe jest zakwalifikowanie nieuczciwej rejestracji domen internetowych do którejkolwiek grupy zachowań wskazanych w dyspozycji art. 15, niemniej jednak zwrot „w szczególności" wskazuje, iż jest to jedynie katalog przykładowy. Artykuł 15 znaleźć może zastosowanie m.in. w sytuacji rejestracji domeny ogólnej .com lub innej domeny typu .biz, .org tożsamej z elementami używanej już przez innego przedsiębiorcę domeny z krajowym rozszerzeniem .pl. Działanie takie może pozbawić przedsiębiorcę szansy na prowadzenie działalności w ramach najkorzystniejszej dla niego domeny. W każdym jednak przypadku działania podejmowane przez konkurenta charakteryzować powinny się świadomością oraz winą umyślną[21]. Doktryna wskazuje także, iż ocena danego działania pod kątem kwalifikacji jako czyn z art. 15 uznk nie powinna odbywać się w oderwaniu od ogólnych przesłanek zawartych w art. 3 ust. 1 uznk. Dlatego też każde działanie, aby wypełniać znamiona czynów nieuczciwej konkurencji, musi być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażać lub naruszać interesy innego przedsiębiorcy (Ożegalska-Trybalska, 2003, s. 200 i n.).

Wskazano już, że jeżeli dane działanie nie znajduje pokrycia w hipotezie żadnego z czynów nazwanych wskazanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zastosowanie znaleźć może jej art. 3 ust. 1. Na tej możliwości oparło roszczenie przedsiębiorstwo *Centrum Handlowe „Janki"*, które, wytaczając powództwo, zażądało m.in. zaprzestania używania domen internetowych o treści centrumjanki.pl oraz centrumjanki.com.pl. Strona powodowa posługiwała się już domeną centrum-janki.pl, jednakże w wynikach wyszukiwania umieszczana była niżej niż sporne adresy stron internetowych. Strona pozwana zaś pod adresami www.centrumjanki.pl oraz www.centrumjanki.com.pl publikowała nieaktualne informacje o dojazdach do centrum handlowego

[20] W 2004 r. miał miejsce spór dotyczący posługiwania się przez Roberta Rudnickiego domenami microsoft.pl i microsoft.com.pl. Przez pewien czas sporne adresy przekierowywały na strony internetowe sklepu komputerowego oferującego również oprogramowanie firmy Microsoft, podnoszono występowanie ryzyka wprowadzenia klientów w błąd co do związków obydwu przedsiębiorstw. Następnie spółka ta próbowała sprzedać domenę na aukcji internetowej (oferty sięgały 25 000 zł). Ostatecznie Sąd Okręgowy w Łodzi zakazał pozwanemu używania słowa „Microsoft" w swojej nazwie i w domenach internetowych, nakazał opublikowanie oświadczenia, w którym informuje o braku jakichkolwiek powiązań ekonomicznych, gospodarczych, organizacyjnych i prawnych z koncernem Microsoft oraz nakazał łódzkiej spółce wypłatę odszkodowania w wysokości 25 000 zł. Sąd podkreślił w uzasadnieniu, że w momencie rejestracji domeny oznaczenie „microsoft" było już w Polsce powszechnie znane; wyr. SO w Łodzi z 22.06.2004 r., X GC 1245/03. W orzecznictwie dotyczącym dóbr osobistych znajdziemy tezę, że „firma, pod którą prowadzi swoje przedsiębiorstwo dany podmiot, ma w stosunkach prawnych, w jakie wchodzi, takie znaczenie, jak dla osoby fizycznej przedstawia jej nazwisko"; zob. wyr. SA w Poznaniu z 22.10.1991 r., I ACr 400/90.

[21] Wyr. Sądu Polubownego do spraw Domen Internetowych z 10.12.2006 r., PA 19/06.

prowadzonego przez powoda. Postępowanie w sprawie zostało zawieszone, pozwani wyrejestrowali bowiem sporne domeny[22].

Coraz powszechniej występujące zjawisko *cybersquattingu* spotyka się z rozbieżnymi, wykluczającymi się zapatrywaniami. Z jednej strony przedstawiciele doktryny traktują *cybersquatting* jako element strategii marketingowej czy też *stricte* jako wkład intelektualny (Trzyna, 2013, s. 63). Dlatego też działania te w ogóle nie powinny być rozpatrywane pod kątem czynów nieuczciwej konkurencji. Z drugiej zaś – liberalna argumentacja zdaje się nie pozwalać na usprawiedliwienie szkodzącego konkurencji zachowania, które w konsekwencji prowadzi do wprowadzenia w błąd użytkowników Internetu – przedsiębiorców i konsumentów (Kobylańska, 2005, s. 13; Felchner, 2008, s. 23–24; Orłowski, 2010, s. 36).

3. *Metatagging* i *keyword advertising*

Działania, które uznać można za nieuczciwą konkurencję polegają również na wykorzystywaniu wyszukiwarek internetowych. I tak nową formę naruszenia uczciwej konkurencji stanowi tzw. *metatagging* – proceder polegający na wykorzystywaniu w kodach stron internetowych zarejestrowanych słów kluczowych w postaci znaków towarowych innych podmiotów przez nieuprawnione do tego przedsiębiorstwa. Zapisywanie są one wtedy w języku HTML bądź XHTML, przez co stają się one rozpoznawane przez wyszukiwarki internetowe, ale niewidoczne dla przeglądających strony (Ożegalska, 2000, s. 11)[23]. Słowa kluczowe pozwalają bowiem przeglądarkom internetowym odnaleźć określoną witrynę internetową po wpisaniu w wyszukiwarce określonego słowa lub wyrażenia. *Metatagging*, stosując w kodzie danej strony internetowej słowa kluczowe stanowiące znak towarowy bądź oznaczenie odróżniające, doprowadza do sytuacji, kiedy wpisanie owych określeń w polu wyszukiwarki powoduje wyświetlenie odnośników do stron internetowych zawierających te słowa[24]. Dobór metatagów, stanowiących zbiorczą informację na temat zawartości danej strony internetowej, został pozostawiony zarządcy danej domeny, dlatego też nie ma technicznych przeszkód, by umieścić w nich oznaczenia innego przedsiębiorcy. Zabieg taki w konsekwencji kierować będzie potencjalnego klienta na stronę konkurencji oraz generować ruch na jego stronie.

Zagadnieniem *metataggingu* zajęło się m.in. orzecznictwo amerykańskie. Rozstrzygając spór *Playboy Enterprises v. Calvin Designer Label* sąd uznał, że użycie przez pozwanego w treści administrowanych przez niego stron internetowych, jak i w samych ich metatagach oznaczeń Playboy oraz Playmate stanowi naruszenie obowiązujących zasad uczciwej konkurencji. Sąd przychylił się tym samym do twierdzenia powoda, iż umieszczenie znaku towarowego w „niewidzialnych kodach" własnej strony internetowej, w sloganie reklamowym i dla promowania własnych produktów doprowadza w konsekwencji do wprowadzenia w błąd klienta, że oferowane produkty są „autoryzowane, sponsorowane, licencjonowane bądź jakkolwiek powiązane" z przedsiębiorstwem będącym właścicielem znaku Playboy (Ożegalska, 2000, s. 11).

Na gruncie polskiego ustawodawstwa pewną ochronę przed niewłaściwym *metataggingiem* mogą stanowić przepisy dotyczące czynów nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 14 ust. 1 uznk

[22] http://biznes.interia.pl/firma/news/internetowe-domeny-na-wokandzie,756089,2128 (31.01.2016).

[23] Zob. też http://di.com.pl/meta-tagi-jako-forma-nieuczciwej-konkurencji-w-internecie-31678 (31.01.2016).

[24] Przykładowo więc użycie przez spółkę A cudzych znaków towarowych jako metatagów spowoduje, że użytkownik Internetu, poszukujący informacji o produktach spółek B oznaczonych znakami towarowymi spółki B, może otrzymać w wyszukiwarce internetowej wyniki, wśród których będzie znajdował się link do strony internetowej spółki A i jej produktów.

czynem takim jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. *Metatagging*, używając narzędzi do preparowania metatagów innych stron internetowych, pozwala nieuczciwemu przedsiębiorcy osiągnąć korzyść, wyrządzając jednocześnie szkodę konkurentowi, którego strona internetowa nie zostanie odnaleziona. Ochrona przed *metataggingiem* udzielona możne być również w oparciu o art. 16 ust. 2 uznk, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest reklama wprowadzająca klienta w błąd i potencjalnie zdolna do wpłynięcia na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi. W kontekście *metataggingu* wprowadzenie w błąd polegać może na wywołaniu przekonania, że właściciel danej strony internetowej jest jednocześnie legitymowany do użytkowania danego znaku towarowego, co zaś wyklucza dokonanie przez konsumenta w pełni świadomego i racjonalnego wyboru.

W Polsce sprawami dotyczącymi tego rodzaju bezprawnych działań zajmuje się m.in. Sąd Wspólnotowy Znaków Towarowych i Wzorów Przemysłowych w Warszawie, którego jednoznaczna linia orzecznicza wskazuje, że metatagi naruszające prawo do znaku towarowego stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Taka kwalifikacja czynu powoduje zaś, że na podstawie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poszkodowanemu przysługują roszczenia m.in. o zaniechanie niedozwolonych działań, usunięcie niedozwolonych naruszeń, naprawienie wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych. Pewnym precedensem w polskim orzecznictwie była tocząca się przed Sądem Okręgowym w Poznaniu sprawa *Pal-gaz*. Z uwagi na reklamowe znaczenie stron internetowych w działalności gospodarczej powództwo oparto na art. 16 ust. 1 i 2 uznk. W sporze tym udowodniono, że pozwany – *Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane Botec Jan Daniec w Przyłęku* w metatagach swojej strony internetowej umieścił m.in. oznaczenie „pal-gaz". Określenie to było zaś częścią wyróżniającą nazwy konkurencyjnej spółki – *Przedsiębiorstwa Budowlanego „Pal-Gaz" Z. Palacz A. Palacz*. W wyroku sąd stwierdził, iż działanie takie narusza przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, powołał się m.in. na jej art. 16 ust. 1 pkt 2 stanowiący, że czynem nieuczciwej konkurencji jest reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi. W uzasadnieniu wyroku wskazano, że celem posiadania strony internetowej jest przede wszystkim uskutecznienie kontaktu z klientami. Wyrażenie użyte przez konkurenta nie jest natomiast wyrażeniem zwyczajowym, zatem nie może być ono w tym wypadku usprawiedliwione (Waglowski, 2004).

W związku ze stałym rozwojem Internetu pojawiają się nowe techniki działań wykorzystujących wyszukiwarki internetowe. I tak keyword advertising jest działaniem polegającym na wybieraniu przez reklamodawców słów kluczowych w ramach umowy między operatorem wyszukiwarki a reklamodawcą (w ten sposób działa np. usługa Google AdWords). Zasadniczym celem takiego działania jest skuteczne „pozycjonowanie" określonych stron internetowych przejawiające się w priorytetowym umieszczeniu ich w wynikach wyszukiwania[25]. W odniesieniu do tego stosunkowo nowego zjawiska brakuje jednak jednoznacznej kwalifikacji prawnej. Właściwym wydaje się traktowanie tego rodzaju działań jako naruszeń art. 5 uznk, tj. wprowadzania klientów w błąd co do oznaczenia towarów lub usług (szerzej: Kępiński, 2015).

[25] Problemy natury prawnej powstają w sytuacji, gdy reklamodawca, który np. produkuje i dystrybuuje napoje gazowane, wykupi od operatora słowo klucz takie, jak np. „coca-cola". W takiej sytuacji wejście przez użytkownika na pierwszą wyświetloną w wynikach wyszukiwania stronę internetową prowadzi do odesłania na stronę konkurenta.

4. *Linking*

Problem, który pojawił się wraz z upowszechnianiem praktyki odesłań w Internecie, sprowadza się do pytania: czy osoba instalująca własną stronę w Internecie lub umieszczająca pewne treści na ogólnie dostępnej stronie www musi godzić się z faktem, iż inne osoby będą posługiwać się odesłaniami do tej strony i do tych treści. Problematyka czynów nieuczciwej konkurencji w Internecie wiązać się więc może także z zagadnieniem odesłań, tzw. *links* – wyodrębnionych w tekście adresów witryn internetowych, które za pomocą kliknięcia w zaznaczony tekst odsyłają użytkownika do strony zawartej w linku (Kolasińska, 2011). Linki łączą ze sobą różne strony internetowe, umożliwiając przechodzenie wprost z jednej na drugą. *Linking* nie stanowi sam w sobie czynu nieuczciwej konkurencji – podnosi się bowiem, że umieszczenie określonych materiałów na powszechnie dostępnych serwisach łączy się z dorozumianą zgodą na odsyłanie użytkowników do tych materiałów. Nie ma przy tym możliwości sprzeciwienia się zamieszczaniu na stronach internetowych innych użytkowników odesłań do tekstów o określonym pochodzeniu[26]. Podstawą prawną funkcjonowania swobody posługiwania się w Internecie odesłaniami stanowią m.in. art. 54 Konstytucji oraz międzynarodowe konwencje dotyczące wolności słowa oraz prawa do otrzymywania i przekazywania informacji[27]. Swoboda prostych odesłań nie powinna być więc ograniczana[28].

Powyższe zapatrywanie odnosi się jednak jedynie do tzw. odesłań zwykłych, ale już nie do *deep links*. Wydaje się bowiem, że umieszczenie jakiegokolwiek materiału w Internecie nie powinno być traktowane jako całkowite zezwolenie na wszelkiego rodzaju odesłania i zrzeczenie się praw autorskich względem wprowadzonego do Internetu utworu. I tak np. wykorzystanie odesłania zawierającego w kodzie program do przełamywania technicznych zabezpieczeń przed nieautoryzowanym wejściem stanowić może postawienie zarzutu naruszenia prawa, w szczególności art. 6 dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej harmonizacji określonych aspektów prawa autorskiego i praw pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym[29]. Działanie takie używa specjalnych urządzeń przeznaczonych do usuwania zabezpieczeń przed dostępem do utworu w Internecie, którego rozpowszechnianie i eksploatowanie jest niedozwolone. Tak skonstruowany *linking* może stworzyć m.in. fałszywe wyobrażenie co do powiązania przedsiębiorców, faktycznie w żaden sposób ze sobą niezwiązanych. *Deep linking* naraża więc zarówno dysponenta strony na straty spowodowane obejściem strony głównej, na której znajdują się płatne reklamy, jak i słuszny interes dysponentów stron www oraz użytkowników Internetu. Zwraca się uwagę, że wraz z rosnącą ilością informacji dostępnych w sieci, rośnie rola systemów wyszukiwawczych i narzędzi umożliwiających niezależne poruszenie się w sieci, korzystających głównie z funkcji *deep linking*. Zakaz „głębokich odesłań" zasadniczo osłabiłby natomiast znaczenie Internetu[30].

Wydaje się, iż *linking* będzie uznany za czyn nieuczciwej konkurencji w momencie, gdy przedsiębiorca świadomie będzie działał na szkodę konkurenta, wykorzystując efekty jego pracy czy renomę. Działanie takie dodatkowo może wprowadzać konsumenta w błąd, że prezentowane

[26] Działanie takie porównać można do stosowanych w publikacjach naukowych przypisów.

[27] M.in. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. ze zmianami wprowadzonymi przez Protokół nr 11, Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

[28] Za nieskuteczny należy uznać m.in. wyraźny zakaz *linkingu* wyrażony przez dysponenta strony, chyba że są to techniczne zabezpieczenia przed nieautoryzowanym wejściem. Granice swobody odesłań mogą bowiem wyznaczyć zabezpieczenia techniczne przed dostępem do dzieł, przed nieautoryzowanym ich rozpowszechnianiem czy zwielokrotnianiem.

[29] Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22.05.2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym, Dz. Urz. z 2001 r., L 167/10.

[30] http://www.lex.pl/akt/-/akt/odpowiedzialnosc-prawna-za-odeslania-w-internecie (31.01.2016).

na podstronie usługi lub towary pochodzą od producenta, któremu przypisana jest macierzysta strona www (Podrecki, 2004, s. 567).

W kwestii dopuszczalności *linkingu* jako jeden z pierwszych wypowiedział się sąd amerykański w sprawie *Ticketmaster Corporation v. Microsoft Corporation*. W sporze tym wskazywano przede wszystkim, iż działania Microsoft polegające na odsyłaniu na podstrony Ticetmaster skutkują tym, że Ticketmaster Corporation nie czerpie zysków z reklam z bannerów reklamowych umieszczonych na stronie głównej[31]. Na podobnym tle toczył się także spór *Shetland Times v. Dr. Jonathan Willis and Zetnews*. Strona powodowa podniosła, że pozwany na swojej stronie używa sposobu odesłań, który przekierowując użytkownika bezpośrednio do konkretnych artykułów pochodzących ze strony powoda, zaciera prawdziwe źródło ich pochodzenia (Antoniuk, 2003, s. 70). Amerykańska praktyka orzecznicza doprowadziła do ukształtowania się tzw. *right to link* – zasady, zgodnie z którą swoboda stosowania odesłań sięga tak daleko, „aż nie dochodzi do naruszenia cudzych praw poprzez świadome działanie w celach gospodarczych na szkodę konkurenta i w celu przysporzenia sobie korzyści w drodze nieuczciwych praktyk wykorzystujących dobrą sławę i renomę, i nakłady finansowe osób trzecich działających w Internecie" (Balicki, 2011, s. 18)[32].

Polski porządek prawny dopuszcza umieszczanie odesłań do innych stron internetowych, jednakże działanie takie w określonych przypadkach analizowane powinno być w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W pierwszej kolejności, niewłaściwe stosowanie *linkingu* traktowane może być jako czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w art. 14 ust. 1 uznk, tj. rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji na temat swojego przedsiębiorstwa. Stosowanie odesłań implikuje bowiem – w postrzeganiu użytkownika witryny internetowej – pewien związek pomiędzy linkującym a właścicielem strony docelowej. Nie ma jednak wątpliwości, iż niewłaściwe używanie odesłań może być również kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w art. 3 ust. 1 uznk. Wskazać można, iż działania wykorzystujące tzw. *links* nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji, dopóki nie stanowią one nieuprawnionego wykorzystywania dorobku lub renomy innego przedsiębiorcy, te bowiem kwalifikowane są jako czyn sprzeczny z dobrymi obyczajami.

V. Konkluzje

Rozwój technologii pociąga za sobą ryzyko powstawania nowych zagrożeń prawnych, w tym związanych z czynami nieuczciwej konkurencji. Dostępne instrumenty ochrony przed czynami nieuczciwej konkurencji niejednokrotnie nie są dostosowane do charakterystycznych dla funkcjonowania Internetu działań. Problem pogłębia fakt, że jest to zagadnienie niejednokrotnie kontrowersyjne i trudne do jednoznacznej kwalifikacji prawnej. Jedynie elastyczny i ogólny charakter przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwala na udzielenie ochrony prawnej przed tego

[31] *Ticketmaster v. Microsoft*, United States District Court for the Central District of California, Civil Action Number 97-3055DPP, http://www.netlitigation.com/netlitigation/cases/ticketmaster.htm (31.01.2016).

[32] Interesująca jest także amerykańska sprawa *Hard Rock Cafe International Inc. v. Morton et al*. Dotyczyła ona *framingu*, ale problem jest aktualny w stosunku do obu form odsyłania. Powód zezwolił pozwanemu na używanie swojego znaku towarowego (Hard Rock Hotel) do prowadzenia hoteli i kasyn na oznaczonym obszarze USA wyłącznie w celach reklamy i marketingu sieci powoda. Pozwany był także uprawniony do prowadzenia strony www poświęconej prowadzonym przez niego hotelom i kasynom z wykorzystaniem znaku Hard Rock Hotel i sprzedaży za jej pośrednictwem określonych „licencjonowanych produktów". Pozwany jednak zamieścił na tejże stronie link, po którego kliknięciu pojawiła się ramka ze stroną firmy Tunes Network Inc. (sprzedawcy płyt CD), zawierająca ofertę płyt. Pozwany miał otrzymywać 5% prowizji od każdej sprzedanej – dzięki użyciu linku – płyty. Po otwarciu ramki na stronie cały czas był widoczny znak Hard Rock Hotel. Powód argumentował, iż doszło do naruszenia jego praw do znaku towarowego, ponieważ pozwany wykroczył poza granice licencji; w istocie bowiem pośredniczył on w sprzedaży płyt CD, które nie stanowiły „licencjonowanego produktu". Sąd podzielił twierdzenia powoda.

rodzaju działaniami. Niemniej jednak znaczną rolę w rozwoju tej tematyki odgrywa orzecznictwo polskiego Sądu Polubownego ds. Domen Internetowych. Jednym z jego zadań jest bowiem wskazanie kierunku rozpatrywania sporów związanych z nieuczciwym wykorzystywaniem domen.

De lege ferenda właściwym byłoby stworzenie pewnej grupy przepisów, która bezpośrednio regulowałyby działalność internetową. Obowiązujące ramy prawne zapewniają wprawdzie możliwość dochodzenia ochrony prawnej domen internetowych, wymaga to jednak z jednej strony kwalifikacji działań jako naruszenie znaku towarowego, z drugiej – spełnienia przesłanek przewidzianych w prawie konkurencji. Regulacje te nie są zaś dostosowane do specyficznego charakteru globalnej działalności internetowej. Dlatego też dla efektywniejszej ochrony coraz częściej bezprawnie wykorzystywanych domen internetowych właściwym byłoby stworzenie regulacji na wzór amerykańskiego Anticybersquatting Consumer Protection Act, która odnosiłaby się wprost do czynów nieuczciwej konkurencji w Internecie.

Bibliografia

Adamski, D. (2001). Naruszenie praw w wyniku rejestracji domeny – uwagi do orzecznictwa Sądu ds. Domen Internetowych przy PIIT. *Kwartalnik Naukowy Prawa Mediów Elektronicznych*, 1.

Antoniuk, J.R. (2003). Ochrona znaków towarowych w domenach internetowych w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, 7.

Balicki, M. (2011). Nieuczciwa konkurencja w globalnej sieci. *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ*, 1. Pozyskano z: http://www.uj.edu.pl/documents/4137545/7e64bc2b-59f4-4003-b7ac-48c3bc9ae9fb (31.01.2016).

Barta, J. i Markiewicz, R. (1998). *Internet a prawo*. Kraków: TAiWPN Universitas.

Cimochowski, G., Huten-Czapski, F., Rał, M. i Sass, W. (2011). *Polska Internetowa. Jak internet dokonuje transformacji polskiej gospodarki*. Warszawa: The Boston Consulting Group.

Felchner, K. (2007). Czyn nieuczciwej konkurencji i naruszenie prawa do firmy w orzecznictwie polskiego Sądu Polubownego ds. Domen Internetowych. *Przegląd Prawa Handlowego*, 13.

Felchner, K. (2008). Domena internetowa w prawie polskim. *Edukacja Prawnicza*, *3*(96).

Kępiński, J. (2015). Użycie znaku towarowego jako słowa kluczowego w reklamie. W: M. Kępiński (red.), *Własność intelektualna w obrocie elektronicznym*. Warszawa: C.H. Beck.

Kobylańska, A. (2005). *Ochrona znaków towarowych w Internecie*. Warszawa: C.H. Beck.

Kolasińska, A. (2011). *Czyny nieuczciwej konkurencji w Internecie*. Pozyskano z: http://prawo.vagla.pl/node/9538 (31.01.2016).

Kondrat, M. (2001). *Znaki towarowe w internecie*. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.

Marcinkowska, J. i Stanisławska-Kloc, S. (2000). Ochrona oznaczeń indywidualnych w adresach internetowych – wybrane zagadnienia. W: R. Skubisz (red.), *Internet 2000: prawo – ekonomia – kultura*. Lublin: Oficyna Wydawnicza VERBA.

Orłowski, J. (2010). Cybersquatting. *Edukacja Prawnicza*, 10.

Ożegalska, J. (1999). Adresy internetowe a znaki towarowe. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej*, 71.

Ożegalska, J. (2000). Nowe formy nieuczciwej konkurencji w Internecie. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, 5.

Ożegalska, J. (2001). Prawne problemy posługiwania się adresami (domenami) internetowymi w obrocie gospodarczym. *Radca Prawny*, 1.

Ożegalska-Trybalska, J. (2003). *Adresy internetowe. Zagadnienia cywilnoprawne.* Kraków: Zakamycze.

Podrecki, P. (red.). (2004). *Prawo Internetu.* Warszawa: LexisNexis.

Promińska, U. (1998). *Ustawa o znakach towarowych. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN.

Skubisz, R. (1997) *Prawo znaków towarowych. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Stefanicki, R. (2014). W: M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo konkurencji*, t. 15. Warszawa: C.H. Beck.

Trzyna, K. (2013). Kim naprawdę jest „dziki sieciowy lokator"? Cybersquatting w świetle polskiego prawa. *Przegląd Prawniczy ELSA Poland*, 1.

Waglowski, P. (2004). *Metatagi: orzeczenia już w Polsce*. Pozyskano z: http://prawo.vagla.pl/node/4708 (31.01.2016).

Wąs, K. (2010). *Prawna ochrona domeny internetowej*. Pozyskano z: http://www.iprawo.net.pl/artykuly/domena_jako_znak_towa rowy.pdf (31.01.2016).

Kinga Bryl*

Wdrożenie pakietu CRDIV/CRR do prawa polskiego

Spis treści

I. Zastąpienie dyrektywy nr 48/2006 i dyrektywy nr 49/2006 przez pakiet CRDIV/CRR
II. Podmiotowy zakres stosowania pakietu CRDIV/CRR
III. Zagadnienia definicyjne związane z transpozycją CRDIV i obowiązywaniem CRR
IV. Nowe w odniesieniu do dyrektywy nr 48/2006 i dyrektywy nr 49/2006 regulacje zawarte w pakiecie CRDIV/CRR
V. Inne istotne zmiany w ustawie o obrocie, w ustawie – Prawo bankowe oraz w ustawie o nadzorze nad rynkiem kapitałowym
VI. Wnioski końcowe

Streszczenie

Przedmiotem publikacji jest ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym (Dz.U. poz. 1513), która zawiera przepisy zakładające wdrożenie pakietu CRDIV/CRR do prawa polskiego poprzez transpozycję dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniającej dyrektywę 2002/87/WE i uchylającej dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE (Dz. Urz. UE L 176 z 27.06. 2013 r., s. 338, z późn. zm.) (dalej: CRDIV), oraz wdraża w koniecznym zakresie przepisy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (Dz. Urz. UE L 176 z 27.06.2013 r., s. 1, z późn. zm.) (dalej: CRR).

Słowa kluczowe: dyrektywa nr 48/2006; dyrektywa nr 49/2006; CRDIV; CRR; Bazylea III.

JEL: K23

* Pracownik Departamentu Prawnego Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz studiów podyplomowych Akademia Profesjonalnego Inwestowania w Szkole Głównej Handlowej; w 2007 r. ukończyła aplikację sądową w Sądzie Okręgowym w Warszawie oraz została wpisana na listę adwokatów prowadzoną przez Okręgową Radę Adwokacką w Warszawie; obecnie jest wpisana na listę radców prawnych prowadzoną przez Okręgową Izbę Radców Prawnych w Warszawie; e-mail: kingabryl@gmail.com. Poglądy wyrażone w artykule są poglądami osobistymi autora i nie wyrażają oficjalnego stanowiska instytucji, w której jest zatrudniony.

I. Zastąpienie dyrektyw nr 48/2006 i 49/2006 przez pakiet CRDIV/CRR

Celem niniejszej publikacji jest zwięzłe przedstawienie zmian wynikających z CRDIV (*Capital Requirements Directive IV*) oraz CRR (*Capital Requirements Regulation*) w stosunku do regulacji dyrektywy nr 48/2006[1] (*Capital Requirements Directive*) i dyrektywy nr 49/2006[2] (*Capital Adequacy Directive*).

Na wstępie wyjaśnić należy, że CRDIV znowelizowała i połączyła w jedną całość dyrektywy nr 48/2006 i 49/2006. CRR natomiast zawiera wszystkie przepisy techniczne z uchylonych dyrektyw nr 48/2006 i 49/2006 oraz nowe przepisy implementujące porozumienie Bazylea III[3]. W stosunku do dotychczasowych przepisów zostały dodane bądź zmienione regulacje dotyczące ryzyka płynności, procykliczności, dźwigni finansowej, definicji kapitałów oraz ryzyka kredytowego kontrahenta. Ponadto do CRDIV włączono przepisy dotyczące ładu korporacyjnego (*corporate governance*), sankcji (*sanctioning regimes*) oraz część zapisów poświęconych zarządzaniu kryzysowemu (*crisis management*). CRDIV zawiera przepisy dotyczące warunków podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe, ram nadzoru nad instytucjami kredytowymi i domami maklerskimi oraz ogólne przepisy dotyczące adekwatności kapitałowej tych instytucji[4]. Przy tym szczegółowe wymogi kapitałowe dla instytucji określone są w CRR. Ponadto CRDIV zawiera nowe przepisy dotyczące buforów kapitałowych. CRR obejmuje w szczególności przepisy dotyczące funduszy własnych instytucji, ryzyka kredytowego, rynkowego i operacyjnego, a także sekurytyzacji, płynności, dźwigni finansowej oraz uprawnień KE do wydawania aktów delegowanych oraz obowiązki informacyjne instytucji[5].

Obowiązujące co do zasady bezpośrednio regulacje CRR zastąpiły w szczególności następujące uchwały KNF wydane na podstawie ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (dalej: Pb)[6]: Nr 384/2008[7], Nr 208/2011[8], Nr 386/2008[9], Nr 385/2008[10], Nr 434/2010[11], Nr 387/2008[12],

[1] Dyrektywa 2006/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 14.06.2006 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (Dz. Urz. UE L 177 z 30.06.2006 r., s. 1 z późn. zm.).

[2] Dyrektywa 2006/49/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 14.06.2006 r. w sprawie adekwatności kapitałowej firm inwestycyjnych i instytucji kredytowych (Dz. Urz. UE L 177 z 30.06.2006 r., s. 201 z późn. zm.).

[3] Zrewidowana wersja tzw. Nowej Umowy Kapitałowej dotycząca struktury oceny adekwatności kapitałowej instytucji, testów warunków skrajnych oraz ryzyka płynności opracowana przez Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego w latach 2010-2011; http://www.bis.org/bcbs/basel3.htm?m=3%7C14%7C572 (31.01.2016).

[4] W przedmiotowym opracowaniu pojęcia „instytucja" będę używać w odniesieniu do banków oraz domów maklerskich objętych nadzorem wynikającym z regulacji pakietu CRDIV/CRR.

[5] Uzasadnienie projektu – http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/216475/216520/216521/dokument152384.pdf (31.01.2016).

[6] T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 128 z późn. zm.

[7] Uchwała KNF Nr 384/2008 z 17.12.2008 r. – w sprawie wymagań dotyczących identyfikacji, monitorowania i kontroli koncentracji zaangażowań, w tym dużych zaangażowań (Dz. Urz. KNF nr 8, poz. 38).

[8] Uchwała KNF Nr 208/2011 z 22.08.2011 r. w sprawie szczegółowych zasad i warunków uwzględniania zaangażowań przy ustalaniu przestrzegania limitu koncentracji zaangażowań i limitu dużych zaangażowań (Dz. Urz. KNF nr 9, poz. 34).

[9] Uchwała KNF Nr 386/2008 z 17.12.2008 r. – w sprawie ustalenia wiążących banki norm płynności, uchwała KNF Nr 325/2011 z 20.12.2011 r. w sprawie innych pomniejszeń funduszy podstawowych, ich wysokości, zakresu i warunków pomniejszania o nie funduszy podstawowych banku, innych pozycji bilansu banku zaliczanych do funduszy uzupełniających, ich wysokości, zakresu i warunków ich zaliczania do funduszy uzupełniających banku, pomniejszeń funduszy uzupełniających, ich wysokości, zakresu i warunków pomniejszania o nie funduszy uzupełniających banku oraz zakresu i sposobu uwzględniania działania banków w holdingach w obliczaniu funduszy własnych (Dz. Urz. KNF nr 8, poz. 40).

[10] Uchwała KNF Nr 385/2008 z 17.12.2008 r. – w sprawie szczegółowych zasad i sposobu ogłaszania przez banki informacji o charakterze jakościowym i ilościowym dotyczących adekwatności kapitałowej oraz zakresu informacji podlegających ogłaszaniu (Dz. Urz. KNF nr 8, poz. 39).

[11] Uchwała KNF Nr 434/2010 z 20.12.2010 r. w sprawie innych pozycji bilansu banku zaliczanych do funduszy podstawowych banku, ich wysokości, zakresu i warunków ich zaliczania do funduszy podstawowych banku (Dz. Urz. KNF nr 1, poz. 1).

[12] Uchwała KNF Nr 387/2008 z 17.12.2008 r. – w sprawie określenia ocen wiarygodności kredytowej nadawanych przez zewnętrzne instytucje oceny wiarygodności kredytowej, z których bank może korzystać w celu ustalenia wymogów kapitałowych i zakresu korzystania z tych ocen oraz ich powiązania ze stopniami jakości kredytowej (Dz. Urz. KNF nr 8, poz. 41).

Nr 390/2008[13] oraz Nr 76/2010[14]. W zakresie rynku kapitałowego regulacje CRR zastąpiły następujące rozporządzenia Ministra Finansów do ustawy z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (dalej: uoif albo ustawa o obrocie)[15]: rozporządzenie z dnia 18 listopada 2009 r. w sprawie zakresu i szczegółowych zasad wyznaczania całkowitego wymogu kapitałowego, w tym wymogów kapitałowych, dla domów maklerskich oraz określenia maksymalnej wysokości kredytów, pożyczek i wyemitowanych dłużnych papierów wartościowych w stosunku do kapitałów[16] oraz rozporządzenie z dnia 26 listopada 2009 r. w sprawie upowszechniania informacji związanych z adekwatnością kapitałową[17].

Jednocześnie wraz z transpozycją CRDIV wszystkie obowiązujące w sektorze bankowym uchwały KNF stanowiące transpozycję dyrektyw nr 48/2006 i 49/2006 i nieobjęte regulacjami CRR zostały zastąpione przez następujące rozporządzenia Ministra Finansów: rozporządzenie wydane na podstawie art. 133e Pb w sprawie określenia kryteriów i sposobu przeprowadzania badania i oceny nadzorczej, rozporządzenie wydane na podstawie art. 9f ust. 1 Pb dotyczące systemu zarządzania ryzykiem i polityki wynagrodzeń, rozporządzenie wydane na podstawie art. 128 ust. 6 Pb dotyczące szacowania kapitału wewnętrznego oraz rozporządzenie wydane na podstawie art. 6a ust. 9 Pb odnoszące się do outsourcingu. Uchylono lub zmieniono jednocześnie przepisy, które stanowiły podstawę wydawania uchwał KNF (*vide* zmiany w art. 9f oraz uchylenie art. 9g Pb). Nie będzie już również możliwości wydawania uchwał przez KNF na podstawie uchylonego art. 105b ust. 7 uoif; stosowne regulacje dotyczące zewnętrznych instytucji oceny wiarygodności kredytowej tzw. ECAI (*External Credit Assessment Institutions*) zawarte są obecnie w CRR. Kierunek zmian należy ocenić jako pozytywną tendencję z punktu widzenia pewności obrotu prawnego.

II. Podmiotowy zakres stosowania pakietu CRDIV/CRR

W ramach rynku bankowego, przepisy pakietu CRDIV/CRR mają zastosowanie do instytucji kredytowych niewyłączonych na mocy art. 2 ust. 5 CRDIV, tj. do wszystkich instytucji przyjmujących depozyty lub inne fundusze podlegające zwrotowi od klientów i udzielających kredytów na własny rachunek poza spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi (dalej: SKOK), zgodnie z dyspozycją art. 1 akapit 1 CRR, który stanowi, że CRR ustanawia jednolity zbiór przepisów dotyczących ogólnych wymogów ostrożnościowych, które muszą być przestrzegane przez instytucje objęte nadzorem w ramach CRDIV. Zakres zastosowania pakietu CRDIV/CRR obejmuje zatem zasadniczo wszystkie banki krajowe.

Natomiast w zakresie rynku kapitałowego przepisy wdrażające pakiet CRDIV/CRR mają zastosowanie wyłącznie do tych domów maklerskich, które zostały wskazane w art. 4 ust. 1 pkt 2 CRR. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 CRR pojęcie „firma inwestycyjna" oznacza osobę fizyczną lub prawną określone w art. 4 ust. 1 pkt 1 MiFID[18], z wyjątkiem instytucji kredytowych, przedsiębiorstw

[13] Uchwała KNF Nr 390/2008 z 17.12.2008 r. w sprawie sposobu prowadzenia wykazu holdingów, trybu składania i aktualizacji zgłoszeń holdingów oraz wzoru zgłoszenia holdingu (Dz. Urz. KNF nr 8, poz. 44).

[14] Uchwała KNF Nr 76/2010 z 10.03.2010 r. – w sprawie zakresu i szczegółowych zasad wyznaczania wymogów kapitałowych z tytułu poszczególnych rodzajów ryzyka (Dz. Urz. KNF nr 2, poz. 11).

[15] T.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 94 z późn. zm.

[16] Dz.U. z 2013 r. poz. 959.

[17] Dz.U. z 2009 r. Nr 210, poz. 1615 z późn. zm.

[18] Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 21.04.2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/ EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz. Urz. UE L 145 z 30.04.2004 r., s. 1 z późn. zm.).

miejscowych oraz firm, które nie mając zezwolenia na przechowywanie lub rejestrowanie instrumentów finansowych[19] prowadzą działalność maklerską wyłącznie w zakresie, o którym mowa w art. 69 ust. 2 pkt 1, 2, 4 i 5 uoif[20], przy czym nie mają zezwolenia na przechowywanie środków pieniężnych ani papierów wartościowych swoich klientów i z tego powodu nie mogą w żadnym momencie być zadłużone wobec tych klientów. Zatem przepisy pakietu CRDVI/CRR stosuje się zawsze do tych domów maklerskich, które mają zezwolenie na przechowywanie lub rejestrowanie instrumentów finansowych oraz do tych domów, które tego zezwolenia nie mają, ale prowadzą działalność w zakresie określonym w art. 69 ust. 2 pkt 3, 6, 7 lub 8 uoif[21]. Celem podkreślenia, iż przepisy transponujące CRDIV nie mają zastosowania do wszystkich domów maklerskich, przepisy art. 110a–110zh uoif stanowiące transpozycję CRDIV zostały zamieszczone w odrębnym oddziale 2a tej ustawy, jednocześnie uchylone zostały przepisy art. 98a–98j, oraz 105–105g, które stanowiły dotychczas transpozycję dyrektyw nr 48/2006 i 49/2006.

Dodatkowo odnosząc się do zakresu podmiotowego stosowania przepisów pakietu CRDIV/CRR w przypadku domów maklerskich, wskazać należy na treść art. 95 ust. 2 CRR, który, podobnie jak art. 96 i art. 97 CRR, nie miał swojego odpowiednika we wcześniej obowiązujących przepisach unijnych. Przepis ten wprowadza obowiązek stosowania części przepisów CRR odnoszących się do obliczania kwoty łącznej ekspozycji do domów maklerskich nieobjętych definicją zamieszczoną w art. 4 ust. 1 pkt 2 CRR, tj. takich, które nie mają zezwolenia na przechowywanie lub rejestrowanie instrumentów finansowych i prowadzą działalność określoną w art. 69 ust. 2 pkt 2 i 4 uoif, czyli są co do zasady wyłączone ze stosowania przepisów pakietu CRDIV/CRR. Nadto art. 31 CRDIV (transponowany w art. 98 ust. 9 uoif), dotyczący ochrony przed ryzykiem w odniesieniu do firm nieuprawnionych do przechowywania środków pieniężnych ani papierów wartościowych klientów, ma zastosowanie do firm inwestycyjnych, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 2 lit. c CRR, czyli do domów maklerskich wyłączonych ze stosowania pakietu CRDIV/CRR.

W kontekście zakresu podmiotowego obowiązywania pakietu CRDIV/CRR wskazać należy również na problemy związane ze stosowaniem do domów maklerskich przepisów tego pakietu pierwotnie projektowanych z myślą o instytucjach kredytowych. Problemy te nie były tak widoczne przed wejściem w życie bezpośrednio stosowanego CRR, gdy wszystkie przepisy unijne zawarte były w dyrektywach podlegających transpozycji. Obecnie, gdy znaczna część omawianych regulacji została zamieszczona w CRR, bardziej zauważalny jest brak pełnego dostosowania niektórych wymogów do specyfiki rynku firm inwestycyjnych w UE. Należy w tym kontekście wskazać w szczególności na przepisy części czwartej („Duże ekspozycje"), części szóstej („Płynność") oraz części siódmej („Dźwignia finansowa") CRR. Ponadto część przepisów pakietu CRR jest niejako ukierunkowana na mające zasadnicze znaczenie w działalności banków ryzyko kredytowe, które z punktu widzenia domów maklerskich nie stanowi tak istotnego zagadnienia.

Jednocześnie w zakresie przepisów wspomnianej części czwartej CRR należy zwrócić uwagę na art. 388 CRR, który wyłącza z zakresu tych przepisów CRR (przepisy dotyczące limitów dużych ekspozycji) tylko domy maklerskie, o których mowa w art. 95 ust. 1 i 96 ust. 1 CRR, zatem przepis

[19] Art. 69 ust. 4 pkt 1 uoif.

[20] Przyjmowanie i przekazywanie zleceń, wykonywanie zleceń, zarządzanie portfelami, w skład których wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych oraz doradztwo inwestycyjne.

[21] Nabywanie i zbywanie na własny rachunek instrumentów finansowych, oferowanie instrumentów finansowych, świadczenie usług w wykonaniu umów o subemisje inwestycyjne i usługowe oraz organizowanie ASO.

ten nie eliminuje problemów związanych ze stosowaniem przepisów części czwartej CRR do domów maklerskich. Należy przypuszczać, że domy maklerskie z uwagi na wspomnianą specyfikę prowadzonej działalności mogą mieć problem ze spełnieniem tych wymogów.

Zauważone na poziomie europejskim problemy związane z dostosowaniem przepisów CRR do specyfiki działalności firm inwestycyjnych w UE zostały opisane w raporcie EBA *Report on investment firms* EBA/Op/2015/20[22].

III. Zagadnienia definicyjne związane z transpozycją CRDIV i obowiązywaniem CRR

Pojęcie „firma inwestycyjna", którym posługuje się CRR, ma swoje od lat utarte znaczenie w systemie prawa polskiego, związane z czterema kategoriami podmiotów określonymi w art. 3 pkt 33 uoif. Pojęcie to obejmuje zatem w szczególności obok domów maklerskich również banki prowadzące działalność maklerską, zagraniczne firmy inwestycyjne oraz zagraniczne osoby prawne. Nie było zatem trafne użycie w polskiej wersji CRR pojęcia „firma inwestycyjna", w odniesieniu do określonej wyodrębnionej kategorii domów maklerskich (pojęcie zdefiniowane w art. 95 uoif). Należy stwierdzić, że CRR w tym zakresie nie jest spójny z siatką pojęciową używaną w ustawie o obrocie i innych ustawach odnoszących się do rynku finansowego w Rzeczypospolitej Polskiej.

Na uwagę zasługuje również odwołująca się art. 4 ust. 1 pkt 1 CRR definicja „instytucji kredytowej" sformułowana na potrzeby oddziału 2a ustawy o obrocie. Właściwe odczytanie tej definicji wymaga powiązania jej z treścią art. 1 akapit 1 CRR, który wskazuje, że przepisy CRR mają zastosowanie do instytucji objętych nadzorem w ramach CRDIV, zatem w przypadku polskiego systemu prawnego z zakresu zastosowania pakietu CRDIV/CRR wyłączone są w szczególności SKOK-i.

Natomiast z uwagi na fakt, że ustawa – Prawo bankowe posługuje się pojęciem „instytucja kredytowa" na określenie banków z UE, natomiast art. 4 ust. 1 pkt 1 CRR używa tego samego pojęcia na określenie wszystkich instytucji przyjmujących depozyty i udzielających kredytów (w tym banków krajowych), w art. 4 ust. 4 Pb wprowadzono następujący przepis: „Bank krajowy i bank zagraniczny są instytucją, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia nr 575/2013".

Innego rodzaju problemem jest kwestia używanego w pakiecie CRDIV/CRR pojęcia „organ zarządzający" w rozumieniu monistycznym[23], w obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej systemie dualistycznym pojęcie to oznacza w zależności od kontekstu radę nadzorczą albo zarząd. W związku z powyższym w art. 110d uoif wskazano, iż na potrzeby stosowania CRR zarząd domu maklerskiego uznaje się za organ zarządzający w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 9 tego rozporządzenia, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej.

Na uwagę zasługują również definicje pojęć „podmiot dominujący" i „podmiot zależny". W obu omawianych ustawach zostały te pojęcia zdefiniowane przez odwołanie do CRR[24], sam CRR w art. 4 ust. 1 pkt 15 i 16 definiuje omawiane pojęcia (odpowiednio „jednostka dominująca" oraz „jednostka zależna") przez odwołanie do definicji zawartych w *nota bene* nieobowiązującej już

[22] http://www.eba.europa.eu/documents/10180/983359/EBA-Op-2015-20+Report+on+investment+firms.pdf (31.01.2016).

[23] *Vide* art. 3 ust. 1 pkt 3 CRDIV.

[24] Art. 4 ust. 1 pkt 8 lit. a oraz pkt 9 ustawy – Prawo bankowe oraz art. 110a ust. 1 pkt 10 i 11 uoif.

dyrektywie 83/349/EWG[25], zastąpionej przez dyrektywę 34/2013/UE[26] (*vide* ustawa z dnia 23 lipca 2015 r.[27] o zmianie ustawy o rachunkowości oraz niektórych innych ustaw w związku z wdrożeniem dyrektywy 34/2013/UE; omawiane definicje znajdują się w art. 22 tej dyrektywy). Obie zawarte w CRR definicje odwołują się zatem do treści dyrektywy 34/2013/UE transponowanej w ustawie o rachunkowości[28], tam też w szczególności w art. 3 ust. 1 pkt 37 i 39 należy szukać definicji ww. pojęć, nie zaś bezpośrednio w art. 22 dyrektywy 34/2013/UE. Powyższe podejście polegające na sięganiu do aktu prawnego stanowiącego transpozycję przywołanych przez CRR przepisów jest uzasadnione, z uwagi na przykład na fakt, że art. 22 ust. 2 ww. dyrektywy zawiera opcję narodową, co uniemożliwia jego bezpośrednie (niejako bez „pośrednictwa" ustawodawcy polskiego) stosowanie. Innym argumentem przemawiającym za słusznością wspomnianego podejścia jest okoliczność, że CRR jako akt wydawany przez ustawodawcę europejskiego powołuje się na akty przez tego ustawodawcę wydane na poziomie UE, co na poziomie krajowym (tj. na poziomie poszczególnych państw członkowskich) należy interpretować poprzez odwołanie do konkretnych przepisów transponujących daną dyrektywę w danym państwie członkowskim.

Pozytywnie należy ocenić fakt, iż skutkiem omawianych zmian jest ujednolicenie zakresu znaczeniowego pojęcia „podmiot dominujący" oraz „podmiot zależny" w obu ww. ustawach, dotychczas bowiem ustawa – Prawo bankowe definiowała pojęcie „podmiot dominujący" przez odwołanie do art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych[29], natomiast ustawa o obrocie przez odwołanie do art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy o rachunkowości. Zaznaczyć należy, że niejako specyfiką polskiej transpozycji jest pozostawienie zarówno w ustawie o obrocie[30], jak i w ustawie – Prawo bankowe[31] możliwość uznania przez KNF określonego podmiotu za dominujący. Rozwiązanie to stanowi rozszerzenie definicji pojęcia „podmiot dominujący" zawartej w art. 4 ust. 1 pkt 15 CRR.

W kontekście ustawy – Prawo bankowe zwrócić należy również uwagę na fakt, że w art. 4 ust. 1 pkt 22 CRR została zamieszczona definicja pojęcia „holding mieszany", pojęciem tym posługuje się również ustawa – Prawo bankowe[32], jednak nadając mu inne niż CRDIV znaczenie. Konieczne jest w tym miejscu wyjaśnienie, że holding mieszany, o którym mowa w CRR (*mixed activity holding company*), to *de facto* spółka holdingowa o działalności mieszanej. Należy uznać, że użycie w polskim tłumaczeniu pojęcia „holding mieszany" nie było trafne, na co wskazuje przytoczone powyżej brzmienie wersji angielskiej. Na gruncie ustawy o obrocie, która posługuje się pojęciem „spółka holdingowa o działalności mieszanej", celem doprecyzowania powyższej kwestii w art. 110a ust. 1 pkt 12 wskazano, że ilekroć w oddziale 2a jest mowa o „spółce holdingowej

[25] Siódma Dyrektywa Rady z 13.06.1983 r. wydana na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g) Traktatu w sprawie skonsolidowanych sprawozdań finansowych 83/349/EWG (Dz. Urz. UE L 193 z 18.07.1983 r., s. 1 z późn. zm.).

[26] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/34/UE z 26.06.2013 r. w sprawie rocznych sprawozdań finansowych, skonsolidowanych sprawozdań finansowych i powiązanych sprawozdań niektórych rodzajów jednostek, zmieniająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/43/WE oraz uchylająca dyrektywy Rady 78/660/EWG i 83/349/EWG.

[27] Dz.U. z 2015 r. poz. 1333.

[28] Ustawa z 29.09.1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 330 z późn. zm.).

[29] T.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1382 z późn. zm.

[30] Art. 110a ust. 2.

[31] Art. 4 ust. 1 pkt 8 lit. b.

[32] Art. 4 ust 1 pkt 11 tej ustawy.

o działalności mieszanej – rozumie się przez to holding mieszany, o którym mowa w art. 4 ust. 1 pkt 22 rozporządzenia 575/2013".

Odnośnie do pojęcia „instytucja istotna ze względu na wielkość, strukturę organizacyjną, a także charakter, zakres i złożoność prowadzonej działalności" używanego w CRDIV w kontekście obowiązku utworzenia komitetu ds. wynagrodzeń[33] oraz komitetu ds. ryzyka[34], a także w kontekście możliwości łączenia funkcji sprawowanych w organach różnych instytucji[35], wskazać należy, że zostało to pojęcie transponowane do obu omawianych ustaw w sposób odmienny. I tak zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 35 Pb za bank istotny – uznaje się bank istotny pod względem wielkości, organizacji wewnętrznej oraz rodzaju, zakresu i złożoności prowadzonej działalności, który spełnia co najmniej jeden ze wskazanych w tym przepisie warunków[36] albo bank, który został uznany za istotny przez KNF na podstawie art. 4b Pb[37]. W ustawie – Prawo bankowe omawiane pojęcie zostało zdefiniowane na potrzeby art. 9cb i art. 22aa tej ustawy. Zgodnie z tymi przepisami banki istotne mają obowiązek powołania obu ww. komitetów[38], a członkowie organów banków istotnych są objęci ograniczeniami odnośnie do łączenia funkcji[39].

W ustawie o obrocie nie zdecydowano się na zdefiniowanie pojęcia „istotny dom maklerski", wskazano natomiast, że w przypadku gdy uzasadnia to wielkość, struktura organizacyjna domu maklerskiego, charakter, zakres i złożoność prowadzonej działalności, dom maklerski ma obowiązek ustanowienia komitetu ds. wynagrodzeń i komitetu ds. ryzyka[40]. W przypadku zaś zakazu łączenia funkcji przez członków organów domu maklerskiego odnosi się ten obowiązek, podobnie jak w ustawie – Prawo bankowe, do członków organów domów maklerskich spełniających analogiczne jednak nie identyczne, jak wymienione w art. 4 ust. 1 pkt 35 lit. a Pb warunki (*vide* art. 103 ust. 1h uoif)[41]. Podsumowując tę cześć rozważań odnoszącą się do kryteriów uznania danej instytucji za istotną, wskazać należy, że pomimo różnic w sposobie transpozycji omówione powyżej, regulacje ostatecznie zmierzają do tego samego celu, tj. objęcia określonymi w ww. przepisach obowiązkami (ustanowienie komitetów oraz zakaz łączenia funkcji) tylko tych instytucji, których wielkość, struktura organizacyjna, a także charakter, zakres i złożoność prowadzonej działalności to uzasadnia.

W związku z faktem, iż przede wszystkim w ustawie z 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym (dalej: unm)[42], ale również w ustawie – Prawo bankowe oraz w ustawie o obrocie są używane zaczerpnięte z pakietu CRDIV/CRR pojęcia Tier I, Tier II oraz „fundusze własne" (w ustawie o obrocie zwane dotychczas funduszami nadzorowanymi), wyjaśnienia wymaga, że suma kapitałów Tier I i Tier II stanowi fundusze własne zgodnie z definicją zawartą w art. 4 ust. 1

[33] Art. 95 CRDIV.

[34] Art. 76 ust. 3 CRDIV.

[35] Art. 91 CRDIV.

[36] Akcje banku zostały dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym, udział banku w aktywach sektora bankowego jest nie mniejszy niż 2%, udział banku w depozytach sektora bankowego jest nie mniejszy niż 2%, udział banku w funduszach własnych sektora bankowego jest nie mniejszy niż 2%.

[37] KNF uznaje bank za istotny przy uwzględnieniu stopnia złożoności struktury organizacyjnej banku, złożoność użytkowanych systemów informatycznych, złożoność czynności wykonywanych przez bank, zidentyfikowania banku jako globalnej instytucji o znaczeniu systemowym albo innej instytucji o znaczeniu systemowym na podstawie przepisów ustawy o nadzorze makroostrożnościowym.

[38] Art. 9cb.

[39] Art. 22aa.

[40] Art. 110b ust. 3 oraz art. 110v ust. 8 uoif.

[41] Ustawa o obrocie wymienia następujące warunki: instrumenty finansowe wyemitowane przez dom maklerski zostały dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym, udział domu maklerskiego w aktywach sektora domów maklerskich jest nie mniejszy niż 2%, udział domu maklerskiego w funduszach własnych sektora domów maklerskich jest nie mniejszy niż 2%.

[42] Dz.U. poz. 1513.

pkt 118 CRR (definicję tę powtarza treść art. 72 CRR). Zgodnie z art. 25 CRR na kapitał Tier I składa się suma kapitału podstawowego Tier I (*Common Equity Tier I* w skrócie CET1, art. 26 CRR, w ustawie – Prawo bankowe najbardziej zbliżone do CET1 było dotychczas pojęcie „fundusz podstawowy" *vide* art. 79a przed zmianą) i kapitału dodatkowego Tier I (*Additional Tier I* w skrócie AT1, art. 51 CRR) danej instytucji. Poszczególne „warstwy" funduszy własnych zostały określone przez wskazanie kryteriów ich przyporządkowania, zatem w zależności od tego, które kryteria dany kapitał spełnia, jest przyporządkowywany do określonej kategorii kapitału (CET1, AT1 albo Tier II). Odnośnie Tier I wskazać należy, że kategoria ta obejmuje instrumenty kapitałowe spełniające wymogi określone w art. 28 i 29 CRR – przede wszystkim w przypadku banków krajowych, działających w formie spółki akcyjnej, będą to akcje i ażio emisyjne związane z tymi instrumentami oraz zysk. Do kategorii CET1 zostały też zaliczone dodatkowe pozycje, które mogą być uznane za kapitał. Natomiast w praktyce nadzorczej nie spotyka się instrumentów spełniających wymogi AT1. Odnośnie Tier II wskazać należy, że kapitał ten został uregulowany w art. 62 CRR i na gruncie prawa polskiego obejmuje głównie obligacje zamienne na akcje. Zgodnie z nowym przepisem art. 80 CRR jakość ww. funduszy w zakresie CET1 emitowanych przez instytucje w UE podlega szczególnemu monitoringowi Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego (*European Banking Authority*) (dalej: EBA). W odniesieniu do powyższych funduszy własnych zostały określone następujące wymogi kapitałowe: współczynnik kapitału podstawowego Tier 1 tzw. CET1 wynoszący 4,5%[43], współczynnik kapitału Tier I wynoszący 6%[44] oraz łączny współczynnik kapitałowy (odnoszący się do fundusz własnych) wynoszący 8%[45] (art. 92 CRR). Do ważniejszych zasadniczych zmian należy zatem zniesienie rozróżnienia pomiędzy tzw. *upper* Tier 2 i *lower* Tier 1 oraz wyłączenie Tier 3. CRR reguluje także szczegółowo kwestię następujących filtrów ostrożnościowych: udziały mniejszościowe (udziały niesprawujące kontroli, tzw. *minority intrests*), podatki odroczone (*deffered taxes*), wartości niematerialne i prawne (*goodwill*), inwestycje w akcje własne (*tresury stocks*), inwestycje w kapitały instytucji, które nie podlegają konsolidacji, oczekiwane straty (*expected losses*) oraz skumulowane zyski i straty. Zaznaczyć należy, że przepisy pakietu CRDIV/CRR wprowadziły zaostrzenie kryteriów odnośnie do kwalifikowania określonych instrumentów do Tier I oraz Tier II w celu wzmocnienia jakości tzw. twardego kapitału (*equity*).

Nadto pojęcie „współczynnik wypłacalności" używane dotychczas w art. 128 oraz w uchylonym art. 42f Pb zostało zastąpione przez pojęcie „łączny współczynnik kapitałowy" w art. 92 ust. 1 lit. c CRR w ramach dostosowania przepisów prawa polskiego do siatki pojęciowej pakietu CRDIV/CRR.

IV. Nowe w odniesieniu do dyrektyw nr 48/2006 i 49/2006 regulacje zawarte w pakiecie CRDIV/CRR

Śledząc treść CRDIV od początku, wskazać należy, że nowy w odniesieniu do regulacji dyrektywy nr 48/2006 jest art. 4 ust. 6 CRDIV transponowany w art. 110p uoif oraz w art. 9cc Pb. Przepis ten wprowadza obowiązek rejestrowania przez instytucje wszystkich transakcji oraz obowiązek

[43] Współczynnik kapitałowy jest obliczany poprzez podzielenie kwoty CET1 przez łączną kwotę ekspozycji na ryzyko ustaloną zgodnie z art. 92 ust. 3 CRR; współczynnik jest wyrażany jako odsetek; kwoty ekspozycji są ważone ryzykiem dla poszczególnych rodzajów ryzyka, metody obliczania kwot ekspozycji ważonych ryzykiem (kredytowym, operacyjnym, rynkowym, rozliczenia i korekty wyceny kredytowej) zostały określone w art. 107–386 CRR.

[44] Współczynnik kapitału Tier I stanowi kapitał Tier I danej instytucji wyrażony jako odsetek łącznej kwoty ekspozycji na ryzyko.

[45] Łączny współczynnik kapitałowy stanowi fundusze własne danej instytucji wyrażone jako odsetek łącznej kwoty ekspozycji na ryzyko.

dokumentowania systemów i procesów, które podlegają przepisom pakietu CRDIV/CRR w sposób umożliwiający właściwym organom sprawdzenie w każdej chwili zgodności z CRDIV i CRR.

W zakresie przepisów CRDIV dotyczących warunków podejmowania działalności oraz swobody świadczenia usług przez instytucje kredytowe[46] zwrócić należy uwagę na transpozycję art. 40 akapit 2 i 3 oraz art. 41 ust. 2 i art. 43 ust. 2–5 CRDIV. Przepisy te odnoszą się do uprawnień przyjmującego państwa członkowskiego wobec instytucji kredytowych z innych państw członkowskich prowadzących działalność transgranicznie, w tym przez oddział. Przepisy te umożliwiają wymaganie od oddziałów przekazania określonych informacji[47], a także umożliwiają przekazanie do EBA sprawy, w przypadku gdy państwo członkowskie pochodzenia nie podejmie działań wobec instytucji kredytowej prowadzącej działalność transgranicznie z naruszeniem przepisów prawa lub gdy istnieje ryzyko naruszenia przepisów prawa przez daną instytucję kredytową[48]. Omawiane przepisy CRDIV wprowadzają również możliwość stosowania środków zapobiegawczych wobec danej instytucji kredytowej[49].

Natomiast odnoszące się zarówno do instytucji kredytowych, jak i do domów maklerskich przepisy tytułu VII CRDIV dotyczące współpracy w zakresie nadzoru ostrożnościowego uzupełnione zostały o obowiązek wymiany informacji dotyczących nadzoru płynnościowego sprawowanego zgodnie z częścią szóstą CRR[50]. Przepis ten został transponowany w art. 141e ust. 4 Pb oraz w nowododanym art. 21a ustawy z 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (dalej: unnrk)[51]. Ponadto w omawianym tytule dodano przepis umożliwiający państwu członkowskiemu przyjmującemu podjęcie stosownych środków służących zapobieżeniu dalszym naruszeniom, w przypadku gdy dana instytucja prowadząca działalność transgranicznie dopuściła się naruszeń, a państwo członkowskie pochodzenia takich środków nie podejmuje, pomimo otrzymania informacji od państwa członkowskiego przyjmującego o zaistniałych naruszeniach[52]. Przepis ten został transponowany w art. 141e Pb. Analogiczne prawa i obowiązki wobec banków krajowych działających transgranicznie zostały transponowane w art. 141e ust. 4–7 Pb. W ramach rynku kapitałowego omawiany przepis został transponowany w art. 169 ust. 11 uoif, który upoważnia KNF do nałożenia sankcji po uprzednim poinformowaniu właściwych organów EBA.

W zakresie przepisów odnoszących się do kontroli w miejscu w art. 52 CRDIV wprowadzono ust. 3 i 4 odnoszące się do żądania udostępnienia informacji oraz przeprowadzania kontroli oddziału przez organy państwa przyjmującego, dotąd organy te miały jedynie umożliwiać przeprowadzenie kontroli organom państwa członkowskiego pochodzenia danej instytucji, zatem zmiana jest dość znacząca z punktu widzenia praktyki nadzorczej. Ponadto organy nadzorcze państwa pochodzenia mają obowiązek uwzględnić przy formułowaniu programu oceny nadzorczej informacje oraz ustalenia przekazane w następstwie ww. kontroli przeprowadzonej przez organ państwa przyjmującego. Kontrole są przeprowadzane zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym ma miejsce dana kontrola. Przepis został transponowany w art. 141d Pb i w art. 26 ust. 3b i 21a pkt 7 unnrk.

[46] Art. 8–27 i 33–48.

[47] Art. 40 akapit 2 i 3 CRDIV, który został uznany za transponowany w art. 48m Pb.

[48] Art. 41 ust. 2 CRDIV transponowany w art. 141a ust. 2 Pb.

[49] Art. 43 ust. 2–5 CRDIV transponowany w art. 141a ust. 6–14 i w art. 141b Pb.

[50] Art. 50 ust. 2 i 3 CRDIV.

[51] T.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 1537 z późn. zm.

[52] Art. 50 ust. 4 CRDIV.

W odniesieniu do systemu sankcjonowania naruszeń przepisów stanowiących transpozycję CRDIV oraz naruszeń przepisów CRR wprowadzono nową sekcję IV w rozdziale I ww. tytułu VII CRDIV obejmującą art. 64–70 CRDIV. Omawiane regulacje w zakresie art. 64 należy uznać za wcześniej objęte obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej systemie prawnym. Natomiast na uwagę zasługuje art. 65 ust. 2 CRDIV odnoszący się do sankcji nakładanych również obok instytucji na finansowe spółki holdingowe i finansowe spółki holdingowe o działalności mieszanej oraz na członków organów zarządzających tych spółek i osoby fizyczne, które ponoszą odpowiedzialność za dane naruszenie. W dotychczasowym stanie prawnym odpowiedzialność ponosiły wyłącznie finansowe spółki holdingowe i osoby odpowiedzialne za dane naruszenie w tych spółkach. Obecnie katalog ten został poszerzony o finansowe spółki holdingowe o działalności mieszanej oraz o spółki holdingowe o działalności mieszanej. Przepis został transponowany w art. 167a uoif. Z powyższymi uprawnieniami do nakładania sankcji wiążą się również uprawnienia do żądania informacji od ww. podmiotów[53].

Przepis art. 66 ust. 2 CRDIV dotyczący sankcji administracyjnych za naruszenia przepisów dotyczących tworzenia instytucji kredytowych, prowadzenia działalności bankowej oraz nabywania i zbywania znacznych pakietów akcji został transponowany w art. 138 Pb. Przepis ten zawiera wymogi tożsame z omówionymi poniżej wymogami określonymi w art. 67 w odniesieniu do naruszeń przepisów stanowiących transpozycję CRDIV oraz naruszeń przepisów CRR.

Wspomniany art. 67 ust. 1 CRDIV dotyczący domów maklerskich i banków określa minimalny katalog sytuacji, w których powinny zostać zastosowane sankcje. Sytuacje określone w art. 67 ust. 1 CRDIV mieszczą się w dyspozycji art. 138 ust. 3 Pb oraz w dyspozycji art. 167 ust. 1 uoif, które odnoszą się do wszelkich działań niezgodnych z prawem. Stosownie natomiast do treści art. 67 ust. 2 lit. a–g CRDIV sankcja administracyjna powinna co najmniej obejmować podanie do publicznej wiadomości informacji o sankcji, nakaz zobowiązujący do zaprzestania określonego działania, w przypadku instytucji kredytowej cofnięcie zezwolenia (w odniesieniu do firm inwestycyjnych stosowny przepis znajduje się w MiFID) oraz tymczasowy zakaz sprawowania funkcji w organie zarządzającym. Nadto w przypadku osoby prawnej maksymalna sankcja powinna wynosić co najmniej 10% rocznych obrotów netto w poprzednim roku obrachunkowym, a w przypadku osoby fizycznej maksymalna wysokość sankcji pieniężnej powinna wynosić co najmniej 5 000 000 euro[54]. W przypadku gdy możliwe jest ustalenie korzyści uzyskanej lub straty uniknięte w wyniku naruszenia, maksymalna sankcja finansowa powinna wynosić co najmniej dwukrotność uzyskanych korzyści lub uniknięte strat. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że wspomniany przepis art. 67 ust. 2 CRDIV w zdaniu wprowadzającym wyraźnie wskazuje, że „sankcje obejmują co najmniej (…)", co jednoznacznie sugeruje, że w przepisie tym zostały wskazane minimalne wymogi dla poszczególnych sankcji, w tym dla maksymalnej wysokości sankcji pieniężnej zarówno w odniesieniu do osób fizycznych, jak i prawnych.

Na skutek regulacji art. 67 ust. 2 lit. f CRDIV podniesione zostały maksymalne progi sankcji finansowych w obu omawianych ustawach, co szczególnie jest widoczne w odniesieniu do osób fizycznych, w tym przypadku maksymalna sankcja została podniesiona ze 100 000 złotych do

[53] Art. 65 ust. 3 CRDIV.

[54] Art. 67 ust. 2 lit. f CRDIV.

1 000 000 złotych[55], zamiast pierwotnie w toku prac nad ustawą proponowanych 20 000 000 złotych, co pozostawało w zgodzie z wyżej opisanym literalnym brzmieniem art. 67 ust. 2 zdanie wprowadzające CRDIV, jednak zaznaczyć należy, że na gruncie polskiego prawa w odniesieniu do rynku domów maklerskich takie ograniczenie byłoby fikcją. Powyższa zmiana (obniżenie maksymalnej wysokości sankcji z 20 000 000 na 1 000 000 złotych) została wprowadzona na etapie prac w Sejmie na skutek argumentów podnoszonych przez Izbę Domów Maklerskich. Maksymalną karę dla osoby fizycznej w wysokości 20 000 000 złotych pozostawiono natomiast w art. 141 Pb, a także w art. 62 unm w katalogu sankcji za naruszenie przepisów tej ustawy w tym przepisów odnoszących się do obowiązku posiadania buforów kapitałowych przez instytucje oraz w art. 25l Pb w odniesieniu do akcjonariuszy nabywających znaczne pakiety akcji z naruszeniem przepisów prawa. Natomiast w karnym przepisie art. 171 ust. 1 Pb podwyższono maksymalną wysokość kary grzywny z 5 000 000 do 10 000 000 złotych z uwagi na brzmienie art. 67 ust. 2 lit. f CRDIV.

Nowa wysokość sankcji wzbudzała w toku prac nad projektem liczne kontrowersje w związku ze wspomnianym podwyższeniem górnych widełek, jak również w związku z usunięciem z przepisów odnoszących się do maksymalnej wysokości sankcji finansowej nakładanej na osoby prawne (tj. instytucje) w postaci 10% rocznych obrotów netto fragmentu przepisu przewidującego w art. 167 ust. 2 pkt 1 uoif oraz w art. 138 ust. 3 pkt 3a Pb, że w każdym razie kwota ta nie może przekroczyć 10 000 000 złotych. Obecnie takiego ograniczenia brak z uwagi na brzmienie art. 67 ust. 2 zdanie wprowadzające CRDIV.

Ponadto w odniesieniu do osób prawnych zamieszczono również przepisy analogicznie brzmiące w obu omawianych ustawach[56] wprowadzające możliwość nałożenia kary pieniężnej w wysokości do dwukrotności kwoty korzyści albo straty, w przypadku gdy jest możliwe ustalenia kwoty korzyści osiągniętej przez instytucję albo straty, której ta instytucja uniknęła w wyniku naruszenia. Analogiczne regulacje w zakresie sankcji nakładanych na akcjonariuszy zostały zamieszczone w art. 25l Pb. Przepisy te będą miały zastosowanie wyłącznie w sytuacjach, gdy możliwe będzie ustalenie kwoty korzyści albo straty. Zasadniczo więc przyjąć należy, że w praktyce będą to wyjątkowe przypadki.

W toku transpozycji problematyczne było również przeniesienie na grunt prawa polskiego sankcji przewidzianej w art. 67 ust. 2 lit. b oraz lit. d CRDIV. Ostatecznie, w przypadku sankcji polegającej na tymczasowym zakazie sprawowania funkcji[57], której zastosowanie w systemie polskiego prawa przez organ administracji publicznej nie zaś sąd nie wydaje się właściwym rozwiązaniem z uwagi na znaczącą ingerencję w sferę praw osoby fizycznej, zdecydowano się na wprowadzenie zakazu pełnienia funkcji w organach instytucji przez osoby, które zostały w okresie ostatnich trzech lat ukarane za naruszenie przepisów związanych z funkcjonowaniem rynku finansowego w Rzeczypospolitej Polskiej albo przepisów równoważnych stanowiących transpozycję CRDIV oraz przepisów CRR w innym państwie członkowskim[58]. W przypadku członków zarządu banku ukaranie za naruszenie nie mogło mieć miejsca w okresie ostatnich pięciu lat. Osoby mające wchodzić w skład organów domu maklerskiego są obowiązane na podstawie art. 82 ust. 1 pkt 10 w zw. z ust. 2 uoif złożyć stosowne oświadczenie „pod rygorem odpowiedzialności karnej

[55] *Vide* art. 169a uoif.

[56] Art. 138 ust. 3b Pb oraz art. 167 i 169 uoif.

[57] Art. 67 ust. 2 lit. d CRDIV.

[58] *Vide* art. 103 ust. 1b uoif i art. 22b Pb.

za składanie fałszywych oświadczeń". Na podstawie art. 31a Pb oświadczenie jest składane „pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań". Różnica w treści obu oświadczeń wynika z poprawek wprowadzonych przez legislatorów sejmowych jedynie w obrębie ustawy o obrocie.

Odnosząc się do przesłanek miarkowania kar finansowych określonych w art. 70 CRDIV wskazać należy, że zgodnie z art. 138 ust 3c Pb oraz zgodnie z art. 167 ust. 2d, art. 167a ust. 2 i art. 176b uoif KNF, ustalając wysokość kary pieniężnej nakładanej na bank albo na dom maklerski uwzględnia w szczególności wagę naruszenia oraz czas jego trwania, przyczyny naruszenia, sytuację finansową instytucji, na którą nakładana jest kara oraz uprzednie naruszenia przez instytucję przepisów. Natomiast w przypadku osób fizycznych, w szczególności członków zarządu instytucji, uwzględniane są w przypadku obu ustaw: waga naruszenia i czas jego trwania, stopień przyczynienia się do powstania naruszenia, sytuacja finansowa, skala korzyści uzyskanych lub strat uniknięty ch, straty poniesione przez osoby trzecie w związku z naruszeniem, gotowość do współpracy z KNF, uprzednie naruszenia przepisów prawa regulujących funkcjonowanie rynku finansowego oraz potencjalne skutki systemowe naruszenia[59]. Zaznaczyć należy, że w przypadku osób fizycznych odpowiedzialnych za naruszenie przepisów przez finansową spółkę holdingową, finansową spółkę holdingową o działalności mieszanej lub spółkę holdingową o działalności mieszanej zgodnie z art. 167a uoif uwzględnia się w szczególności wagę naruszenia, czas jego trwania, przyczyny naruszenia oraz sytuację finansową danej osoby. Zatem przesłanki te, choć odnoszą się również do osób fizycznych, są znacznie ograniczone w porównaniu z treścią art. 169a uoif, podobnie jest w art. 167a ust. 2 tej ustawy, co stanowi pewną niekonsekwencję ustawodawcy w zestawieniu z uregulowaniem przesłanek nałożenia kary pieniężnej na osoby fizyczne na podstawie wspomnianego art. 169a uoif. Jednocześnie przesłanki miarkowania kar nie zostały w ogóle wyszczególnione w art. 62 unm. Powyższy brak przesłanek miarkowania kary, jak również zróżnicowane katalogi przesłanek miarkowania kar nie powinny jednak mieć znaczenia w praktyce, ponieważ są to katalogi otwarte (na co wskazuje użycie formuły „w szczególności"), nadto okoliczności te były dotychczas przy braku stosownych regulacji brane pod uwagę przy nakładaniu kar. Wskazać bowiem należy, że większość znajdujących się w nowododanych przepisach przesłanek była uwzględniana przez KNF w toku wydawania decyzji sankcyjnych przed wejściem w życie omawianej noweli. Warto w tym miejscu dodać, że omawiana praktyka KNF wynikała z analizy orzecznictwa sądów administracyjnych. Tytułem przykładu należy powołać wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 marca 2005 r.[60], w którym podkreślono, że każde działanie władzy w demokratycznym państwie prawnym, szczególnie w państwie akceptującym dorobek Wspólnot Europejskich, podporządkowane musi być zasadzie proporcjonalności wyrażającej się w zastosowaniu takich środków (nakazów i zakazów), które będą odpowiednie i konieczne do osiągnięcia uprawnionego celu. Zastosowana kara musi być zatem karą sprawiedliwą, adekwatną do wagi naruszenia prawa i odpowiadającą wymogom celowości (podobnie wyrok NSA z dnia 8 września 1999 r.[61]). W konsekwencji powyższej linii orzeczniczej przy wymiarze kary KNF jeszcze przed wejściem w życie ustawy wdrażającej pakiet CRDIV/CRR,

[59] Art. 141 Pb oraz art. 169a uoif.

[60] VII SA/Wa 300/04.

[61] III SA 7707/98.

brała pod uwagę czynniki, takie jak cel regulacji, waga oraz rodzaj naruszenia, charakter naruszanego dobra, ewentualne skutki naruszenia oraz możliwości finansowe strony postępowania, chociaż żadna z ww. przesłanek nie została wcześniej wprost wyrażona w przepisach prawa. Przesłanki te były dotychczas wyprowadzane z zasad ogólnych postępowania oraz prawa administracyjnego, nakazujących zachowanie racjonalności działań KNF i sprawiedliwości reakcji nadzorczej wobec przypadków naruszeń.

Problemy w zakresie transpozycji związane były również z art. 67 ust. 2 lit. b CRDIV odnoszącym się do nakazu zaprzestania określonego działania. Ostatecznie przepis ten został transponowany w art. 93b uoif, zgodnie z którym w celu zapewnienia przestrzegania przez firmę inwestycyjną przepisów ustawy, przepisów wykonawczych lub CRR, KNF może zalecić tej firmie zaprzestanie w wyznaczonym terminie działania naruszającego te przepisy lub niepodejmowanie takiego działania w przyszłości.

CRDIV wprowadza również obowiązki w zakresie publikowania informacji o sankcjach (art. 68 CRDIV transponowany w art. 25 unnrk i w art. 10b ust. 1 Pb) oraz odnoszące się do informowania EBA o nałożonych sankcjach[62] i wymiany informacji o sankcjach ramach systemu ECRIS[63]. Nadto przepis art. 69 ust. 3 CRDIV nakłada na właściwe organy obowiązek sprawdzania zgodnie z prawem krajowym czy rejestr karny nie zawiera informacji o odnośnym wyroku skazującym zapadłym wobec danej osoby[64].

Kolejnym przepisem CRDIV, zawierającym nowe w odniesieniu do dyrektywy nr 48/2006 regulacje, jest art. 71 ust. 3 CRDIV, który wprowadza obowiązek posiadania przez instytucje procedur anonimowego zgłaszania naruszeń, tzw. *whistleblowing*. Przepis został transponowany w art. 9 ust. 2a i 2b Pb oraz w art. 83a ust. 1a–1c uoif. Wymienione przepisy odnoszą się do procedury anonimowego zgłaszania wskazanemu członkowi zarządu, a w szczególnych przypadkach (dotyczących członków zarządu) – radzie nadzorczej banku, naruszeń prawa oraz obowiązujących w banku procedur i standardów etycznych w ramach systemu zarządzania. Celem omawianych regulacji, które znajdą rozwinięcie w przepisach stosownych rozporządzeń wydanych na podstawie art. 9f ust. 1 Pb oraz art. 94 ust. 1 pkt 5 uoif, jest zapewnienie możliwości zgłaszania przez pracowników instytucji zauważonych przez nich nieprawidłowości w szeroko pojętym funkcjonowaniu instytucji. Zgodnie z art. 9 ust. 2b Pb i odpowiednio art. 83a ust. 1b uoif w ramach omawianych procedur instytucja zapewnia pracownikom, którzy zgłaszają naruszenia, ochronę co najmniej przed działaniami o charakterze represyjnym, dyskryminacją lub innymi rodzajami niesprawiedliwego traktowania. Zauważyć trzeba, że w praktyce funkcjonowania mniejszych podmiotów, w szczególności domów maklerskich, zastosowanie tych przepisów może okazać się znacznie utrudnione w kontekście obowiązku zapewnienia anonimowości. Innym problemem jest stosownie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych[65], nakładających na administratora danych obowiązek uzyskania od osoby, której dane dotyczą zgody na

[62] Art. 69 ust. 1 CRDIV transponowany w art. 10b ust. 4 Pb i w art. 110r i 169b uoif.

[63] Wymiana informacji prowadzona jest zgodnie z decyzją 2009/316/WSiSW i decyzją ramową 2009/315/WSiSW.

[64] KNF może korzystać z bazy EBA dotyczącej sankcji administracyjnych, badając rękojmię prawidłowego wykonywania powierzonych obowiązków przez członków organu zarządzającego banku lub domu maklerskiego (badanie dobrej opinii). Ponadto KNF przysługuje prawo do uzyskania informacji o osobach, których dane osobowe zgromadzone zostały w Krajowym Rejestrze Karnym zgodnie z art. 6 ust. l pkt 7b ustawy z 24.05.2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (t.j. Dz.U. z 2012 r. poz. 654 z późn. zm.).

[65] T.j. Dz.U. z 2014 poz. 1182 z późn. zm.

ich przetwarzanie[66]. Na koniec w odniesieniu do rynku domów maklerskich podkreślić należy, że w ustawie o obrocie procedury anonimowego zgłaszania naruszeń zostały zamieszczone poza oddziałem 2a, co oznacza, że mają one zastosowanie do wszystkich domów maklerskich, tj. nie tylko tych objętych przepisami pakietu CRDIV/CRR.

Natomiast przewidziana w przepisie art. 71 ust. 1 i 2 CRDIV (przepis ten nie ma swojego odpowiednika w dyrektywie nr 48/2006) możliwość zgłaszania naruszeń do organu nadzoru została transponowana w art. 13b uoif i art. 133a ust. 9 Pb, nadto zauważyć trzeba, że zgłaszanie naruszeń do KNF jest obecnie realizowane w praktyce nadzorczej, jednocześnie planowe jest szersze i bardziej szczegółowe uregulowane tej kwestii w przepisach rangi ustawowej.

Kolejnym ważnym zagadnieniem uregulowanym w CRDIV są określone w rozdziale 2 tytułu VII „Procedury przeglądu" (*review processes*) służące utrzymywaniu odpowiedniej kwoty rodzaju i struktury kapitału wewnętrznego. Nadmienić należy w tym miejscu, że w zakresie procesu oceny adekwatności kapitału wewnętrznego tzw. ICAAP (*Internal Capital Adequacy Assessment Process*) określonego w art. 73 CRDIV nie ma regulacji nowych w odniesieniu do art. 123 dyrektywy nr 48/2006. Natomiast w zakresie zasad ogólnych zarządzania ryzykiem[67] zamieszczono nowy przepis art. 74 ust. 4 CRDIV odnoszący się do planów naprawy oraz do planów przymusowej restrukturyzacji, które będą wprowadzone do polskiego systemu prawa w następstwie transpozycji BRRD[68]. Prace nad stosownymi regulacjami toczą się obecnie w Sejmie w ramach prac nad ustawą o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji[69]. Organem przygotowującym ustawę o przymusowej restrukturyzacji będzie Bankowy Fundusz Gwarancyjny (dalej: BFG), natomiast plany naprawy będą przygotowywane przez instytucje i przedkładane KNF, która również będzie stosować środki wczesnej interwencji (w ramach tzw. *early intervention*). BFG będzie natomiast stosował instrumenty *resolution*, powyższe będzie się wiązało z nakładaniem przez BFG sankcji na instytucje. Pojawią się zatem w systemie prawa dwa nowe obok programów postępowania naprawczego instrumenty, których praktyczne zastosowanie związane jest z pogorszeniem sytuacji finansowej instytucji. Wspomnieć należy, że przepis art. 74 ust. 4 CRDIV odnoszący się do planów naprawy oraz przymusowej restrukturyzacji został uchylony przez art. 124 BRRD.

W zakresie art. 74 ust. 1 i 2 oraz art. 76 ust. 1 CRDIV odnoszącego się do zarządzania ryzykiem nie ma nowych regulacji w zestawieniu z treścią dyrektywy nr 48/2006, dla porządku jednak trzeba wskazać, że w art. 9b Pb wprowadzono powiązane z wdrożeniem pakietu CRDIV/CRR zmiany porządkujące i doprecyzowujące brzmienie dotychczasowych przepisów, obowiązujących w zakresie systemu zarządzania ryzykiem. Natomiast w zakresie ustawy o obrocie na poziomie ustawowym został określony obowiązek opracowania i wdrożenia systemu zarządzania ryzykiem[70]. Obowiązek ten odnosi się wyłącznie do domu maklerskiego, o którym mowa w art. 110a ust. 1 pkt 4 tej ustawy, oraz do domu maklerskiego będącego firmą inwestycyjną, o której mowa

[66] Art. 23 tej ustawy.

[67] Art. 74 CRDIV.

[68] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z 15.05.2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/EU oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012 (Dz. Urz. UE L 173 z 12.06.2014 r., s. 190).

[69] http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/161376 (31.01.2016).

[70] Art. 110b ust. 1 tej ustawy.

w art. 95 ust. 2 CRR z zachowaniem proporcjonalności w stosunku do charakteru, skali i złożoności rodzajów ryzyka związanych z modelem biznesowym i działalnością prowadzoną przez dom maklerski. Pozostałe domy maklerskie są zaś obowiązane zarządzać ryzykiem w swojej działalności (art. 83 ust. 5 uoif), tak jak dotychczas zgodnie z zasadami określonymi w § 26 rozporządzenia wydanego na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 5 uoif.

Natomiast w zakresie systemu kontroli wewnętrznej, o którym mowa również w ww. art. 74 1 i 2 CRDIV zostały doprecyzowane cele tego systemu oraz zadania komórek i funkcji wyodrębnianych w ramach tego systemu (art. 9c Pb). Rozwinięcie tej regulacji znajduje się w § 30 i n. rozporządzenia wydanego na podstawie art. 9f ust. 1 Pb. Jednocześnie brak szczegółowych regulacji odnoszących się do systemu kontroli wewnętrznej w ustawie o obrocie, stosownych regulacji szukać należy w § 14 rozporządzenia wydanego na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 5 uoif, gdzie są określone cele kontroli oraz gdzie został dodany obecnie obowiązek opracowania i wdrożenia regulaminu kontroli. Regulacje art. 74 ust. 1 i 2 CRDIV nie uległy znaczącej zmianie w relacji do dyrektywy nr 48/2006, jednak dzięki modyfikacjom wprowadzonym w ww. przepisach ustawowych, należy uznać, że art. 74 ust. 1 i 2 CRDIV został w pełni transponowany.

W zakresie kolejnych przepisów art. 76–87 CRDIV odnoszących się do traktowania ryzyka wskazać należy na art. 76 ust. 2 CRDIV, który nakłada na organ zarządzający obowiązek poświęcania „wystarczająco dużo czasu analizom kwestii ryzyka" oraz przydzielania odpowiednich „zasobów w tym celu". Przepis został transponowany w odniesieniu do obowiązków zarządu w rozporządzeniu wydanym na odstawie art. 9f ust. 1 Pb i w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 110x uoif. Kolejną nową regulacją jest art. 76 ust. 3 CRDIV, wprowadzający dla instytucji, które są istotne, obowiązek ustanawiania komitetu do spraw ryzyka. Przepis został transponowany w art. 9cb ust. 1 pkt 2 Pb i w art. 110b ust. 3 uoif. Obowiązek ustanowienia tego komitetu odnosi się do banku istotnego pod względem wielkości, organizacji wewnętrznej oraz rodzaju, zakresu i złożoności prowadzonej działalności, który spełnia co najmniej jeden z warunków określonych w art. 4 ust. 1 pkt 35 tej ustawy albo do domu maklerskiego, w przypadku gdy uzasadnia to wielkość, struktura organizacyjna, charakter, zakres i złożoność działalności prowadzonej przez dany dom maklerski. Kryteria istotności, jak zostało to wskazane w pkt IV niniejszego opracowania, są w obu ustawach określone nieco odmiennie z uwagi na specyfikę rynku bankowego i kapitałowego. Natomiast art. 76 ust. 4 CRDIV wprowadzający obowiązek zapewnienia członkom organu zarządzającego pełniącego funkcję nadzorczą, tj. radzie nadzorczej w polskim systemie prawa, dostępu do informacji dotyczących ryzyka i do doradztwa ekspertów zewnętrznych został transponowany w art. 9cb ust. 4 Pb, gdzie obowiązek ten wprowadzono wyłącznie w odniesieniu do komitetu ds. ryzyka oraz w art. 110c ust. 4 uoif. Przepis ten stanowi próbę szerszego i rzeczywistego zaangażowania rady nadzorczej w proces zarządzania ryzykiem instytucji. Warto w tym miejscu również zwrócić uwagę na art. 76 ust. 3 akapit 4 CRDIV transponowany w art. 9cb ust. 5 Pb, który wprowadza możliwość połączenia komitetu ds. audytu z komitetem ds. ryzyka w bankach nieistotnych.

Natomiast art. 76 ust. 5 CRDIV został transponowany w ww. rozporządzeniach wykonawczych. W powołanych rozporządzeniach zostały transponowane również dwa nowe, ważne z punktu widzenia zarządzania ryzykiem i nadzoru nad zarządzaniem ryzykiem, przepisy art. 77 i art. 78 CRDIV określające wewnętrzne metody obliczania wymogów w zakresie funduszy własnych oraz analizę porównawczą metod wewnętrznych stosowanych do obliczania wymogów w zakresie tych

funduszy. Zgodnie z założeniami CRDIV przepisy te mają zachęcać do stosowania metod i modeli wewnętrznych do oceny ryzyka w szczególności kredytowego tzw. IRB (*internal ratings-based approach – credit risk*). Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przepisy te w zakresie odnoszącym się do ryzyka kredytowego w niewielkim stopniu są dostosowane do specyfiki funkcjonowania rynku domów maklerskich. Nadto ważnymi nowymi przepisami w CRDIV dotyczącymi ryzyka są również art. 85 ust. 3 i art. 87 odnoszące się do ryzyka płynności oraz do ryzyka nadmiernej dźwigni.

W nawiązaniu do wzmiankowanego ryzyka nadmiernej dźwigni zaznaczyć należy, że celem minimalizowania tego ryzyka w części siódmej CRR[71] został wprowadzony tzw. współczynnik lewarowania zwany też wskaźnikiem dźwigni (LRR – *Leveraged Requirement Ratio*) obliczany jako miara kapitału instytucji podzielona przez miarę ekspozycji całkowitej (tj. nieważonej ryzykiem) tej instytucji i wyrażany jako wartość procentowa. Wskaźnik ten zastąpił obowiązujące dotychczas w tym zakresie regulacje krajowe, w tym wskaźnik określony w § 21 uchylanego przez ustawę o nadzorze makroostrożnościowym rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 18 listopada 2009 r.[72].

W kolejnych art. 88–96 CRDVI zostały uregulowane zasady zarządzania (*corporate governance*) w tym regulacje odnoszące się do organu zarządzającego. Podkreślić należy, że na gruncie prawa polskiego nie zdecydowano się na wprowadzenie obowiązku ustanawiania komitetu ds. nominacji, o którym mowa w art. 88 ust. 2 CRDIV, z uwagi na fakt, że zgodnie z przepisami krajowymi organ zarządzający nie posiada uprawnień w zakresie procedury doboru i wyznaczania jakichkolwiek swoich członków. Należy bowiem przyjąć, że przepis art. 88 ust. 2 CRDIV odnosi się do tych państw członkowskich, w których obowiązuje opisany szczegółowo poniżej system monistyczny.

W tym miejscu zaznaczyć trzeba, że przepisy pakietu CRDIV/CRR dotyczące organu zarządzającego na gruncie prawa polskiego mogą odnosić się zarówno do zarządu, jak i do rady nadzorczej. Przyjęty w prawie polskim system dualistyczny wprowadza bowiem podział kompetencji pomiędzy zarząd oraz radę nadzorczą, zgodnie z którym zarząd prowadzi sprawy spółki oraz reprezentuje ją na zewnątrz, a rada nadzorcza ma kompetencje kontrolne. Natomiast w systemie monistycznym (*vide* regulacje dotyczące spółki europejskiej, a także regulacje obowiązujące we Francji czy Wielkiej Brytanii) wszystkie kompetencje (tj. prowadzenie spraw spółki, reprezentowanie jej i kontrolę) wykonuje organ zarządzający. W praktyce w ramach organu zarządzającego są powoływani dyrektorzy wykonawczy oraz komitety. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w przepisach CRDIV odwołujących się do pojęcia organu zarządzającego w różnych funkcjach oraz do łączenia funkcji dyrektora wykonawczego i niewykonawczego. Powyższe znalazło wyraz w szczególności w treści art. 91 ust. 3 CRDIV, gdzie wskazano liczbę funkcji dyrektorskich wykonawczych i nie wykonawczych, jaką członek organu zarządzającego może pełnić jednocześnie. Przepis ten został transponowany w obu ustawach z uwzględnieniem różnic wynikających z obowiązywania w Rzeczypospolitej Polskiej systemu dualistycznego poprzez wprowadzenie zakazów łączenia funkcji pełnionych w zarządzie i w radzie nadzorczej odpowiednio banku i domu maklerskiego. Zaznaczyć należy, że przepis art. 91 ust. 3 CRDIV został transponowany analogicznie w art. 22aa Pb oraz w art. 103 ust. 1c i n. uoif. Zasadniczo regulacja ta ma na celu uniknięcie sytuacji, w której zbyt wiele pełnionych jednocześnie funkcji uniemożliwia danym członkom organów wypełnianie obowiązków we właściwy sposób.

[71] Art. 429 i 430 CRR.

[72] Dz.U. z 2013 r. poz. 959.

W nowododanym art. 91 CRDIV wskazano ponadto, że członkowie organu zarządzającego zawsze cieszą się wystarczająco dobrą opinią i posiadają wystarczającą wiedzę, umiejętności i doświadczenie do wykonywania swoich obowiązków. Ogólny skład organu zarządzającego odzwierciedla odpowiednio szeroki zakres doświadczeń. Przepis został transponowany w art. 103 ust. 1a uoif oraz w art. 22aa ust. 1 Pb, gdzie zostały wskazane wymogi odnośnie do wiedzy, umiejętności i doświadczenia, które powinni posiadać członkowie obu organów banku, tj. tak zarządu, jak i rady nadzorczej. W przypadku domów maklerskich z uwagi na specyfikę tego rynku omawiane obowiązki odnoszą się do członków zarządu. Zauważyć należy, że przepis art. 22aa Pb nadal posługuje się charakterystycznym dla regulacji bankowych pojęciem rękojmi należytego wykonywania obowiązków przez członka danego organu.

Zaznaczenia wymaga, że obowiązki przewidziane w art. 103 ust. 1–1h uoif mają zastosowanie również do członków organów finansowej spółki holdingowej oraz finansowej spółki holdingowej o działalności mieszanej[73]. Analogiczny choć nie identyczny (ponieważ nieobejmujący finansowej spółki holdingowej o działalności mieszanej) przepis wskazujący, że osoby wchodzące w skład zarządu podmiotu dominującego w holdingu finansowym (pojęcie holdingu finansowego zostało zdefiniowane w art. 4 ust. 1 pkt 10 Pb) powinny dawać rękojmię stabilnego i ostrożnego zarządzania tym podmiotem, znajduje się w art. 141i Pb.

Krótkiego omówienia wymagają ponadto zmiany w art. 22–22d Pb. Podkreślenia wymaga, że w art. 22a ust. 4 tej ustawy wskazano, że w zarządzie banku wyodrębnia się stanowisko członka zarządu nadzorującego zarządzanie ryzykiem (również w banku spółdzielczym może zostać wyodrębnione to stanowisko, zgodnie z art. 20a ust. 2 Pb). Stosownie do treści art. 22b ust. 1 Pb powołanie tego członka zarządu, podobnie jak powołanie prezesa banku, wymaga zgody KNF. Na uwagę zasługuje również art. 22a ust. 3 Pb, który na poziomie ustawowym stanowi, że prezesowi zarządu banku podlega komórka audytu wewnętrznego, dotąd art. 22a ust. 2 tej ustawy wskazywał jedynie, że rada nadzorcza banku ma obowiązek poinformować KNF o członkach zarządu, którym w ramach podziału kompetencji podlega w szczególności zarządzanie ryzykiem i komórka audytu wewnętrznego. Nadto w ust. 5 i 6 tego artykułu wprowadzono obowiązek posiadania przez zarząd banku wewnętrznego podziału kompetencji. Zwrócić należy uwagę na uchylenie ust. 5 w art. 22b tej ustawy. Nadto należy zwrócić uwagę na wspomniany powyżej art. 20a Pb nakazujący stosowanie przepisów art. 22–22b i 22d tej ustawy również do banku spółdzielczego.

W związku z transpozycją art. 92–96 CRDIV w art. 9ca i art. 9cb Pb oraz w art. 110v uoif zostały wprowadzone przepisy odnoszące się do polityki wynagrodzeń zamiast obowiązującej dotychczas polityki zmiennych składników wynagrodzeń. Zgodnie z zamysłem ustawodawcy europejskiego polityka wynagrodzeń ma obejmować, tak jak dotychczas, kadrę kierowniczą wyższego szczebla, osoby podejmujące ryzyko działalności oraz personel sprawujący funkcje kontrolne i wszystkich pracowników, którzy otrzymują łącznie wynagrodzenie mieszczące się w tym samym przedziale co wynagrodzenie powyżej wymienionych osób. W przedmiotowym zakresie zostało wydane rozporządzenie delegowane Komisji (UE) Nr 604/2014[74], które określa

[73] Art. 103 ust. 3 tej ustawy.

[74] Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) Nr 604/2014 z 4.03.2014 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych w odniesieniu do kryteriów jakościowych i właściwych kryteriów ilościowych ustalania kategorii pracowników, których działalność zawodowa ma istotny wpływ na profil ryzyka instytucji (Dz. Urz. UE L 167 z 6.06.2014 r., s. 30 z późn. zm.).

„kryteria jakościowe i ilościowe" ustalania kategorii pracowników, których działalność zawodowa ma istotny wpływ na profil ryzyka instytucji.

Polityka wynagrodzeń dotyczy wszystkich ww. osób niezależnie od tego, jaka jest podstawa wykonywanych w instytucji funkcji w odróżnieniu od obecnie obowiązujących przepisów rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 2 grudnia 2011 r.[75], które odnosiło się wyłącznie do pracowników bez względu na podstawę nawiązania stosunku pracy. W odnoszącej się do banków uchwale KNF Nr 258/2011[76] zagadnienie to było dotychczas uregulowane szerzej niż w ustawie o obrocie i ww. rozporządzeniu z dnia 2 grudnia 2011 r., odnosiło się bowiem do „osób", nie zaś wyłącznie do „pracowników". Obecnie obie projektowane regulacje będą obejmować wszystkie osoby niezależnie od podstawy prawnej wykonywania obowiązków. Katalog osób objętych polityką wynagrodzeń został określony w przypadku obu ustaw identycznie.

Do nowości w zestawieniu z regulacjami dyrektywy nr 48/2006 zaliczyć należy przepis art. 92 ust. 2 lit. g CRDIV, nakładający na instytucje obowiązek uwzględnienia krajowych kryteriów ustalania płac w zakresie stałych i zmiennych składników wynagrodzenia oraz art. 94 ust. 1 lit. i CRDIV, gdzie wskazano, że pakiety wynagrodzenia związane z odprawami lub wykupem umów poprzedniego zatrudniania muszą być zgodne z długoterminowymi interesami instytucji. Na uwagę zasługuje także nowy, w relacji do brzmienia dyrektywy nr 48/2006, przepis art. 94 ust. 1 lit. d CRDIV (transponowany w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 9f ust. 1 Pb i w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 110x uoif) wprowadzający zasadę, że tzw. gwarantowane zmienne składniki wynagrodzenia nie są zgodne z należytym zarządzaniem ryzykiem lub zasadą wynagradzania za wyniki. Podkreślenia wymaga również, że *novum* w CRDIV stanowi art. 94 ust. 1 lit. g CRDIV, który określa maksymalny stosunek zmiennych składników wynagrodzenia do stałych składników wynagrodzenia na maksymalnym poziomie 100%, przy jednoczesnym zastrzeżeniu dla państw członkowskich możliwości uprawnienia akcjonariuszy lub udziałowców instytucji do określenia omawianego wskaźnika na wyższym nieprzekraczającym jednak 200% poziomie z opcją zastosowania stopy dyskontowej na maksymalnym poziomie 25% pod warunkiem, że zmienne składniki wynagrodzenia są wypłacane w instrumentach, które są odraczane na okres minimum pięciu lat[77]. Powyższa możliwość zostanie przewidziana w obu ww. rozporządzeniach wykonawczych.

Podkreślenia wymaga, że instytucje będą miały obowiązek przekazywania do KNF informacji na temat liczby osób, których łączne wynagrodzenie w poprzednim roku wyniosło co najmniej równowartość 1 000 000 euro, jednak wyłącznie w odniesieniu do osób określonych w art. 9ca ust. 1 Pb i art. 110v ust. 1 uoif. Zaznaczyć należy, że obecnie obowiązek ten dotyczy wszystkich osób, nie tylko tych, które spełniają warunki określone w art. 9ca ust. 1 Pb i art. 110v ust. 1 uoif, zatem obowiązek ten został zawężony w stosunku do regulacji § 34 uchwały nr 258/2011 oraz regulacji § 9 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 2 grudnia 2011 r.

Odnosząc się do rozważań dotyczących polityki wynagrodzeń, wskazać należy, że w omówionych powyżej przepisach przejawia się dążenie ustawodawcy europejskiego do ograniczenia

[75] Rozporządzenie Ministra Finansów z 2.12.2011 r. w sprawie zasad ustalania przez dom maklerski polityki zmiennych składników wynagrodzeń osób zajmujących stanowiska kierownicze (Dz. U. Nr 263, poz. 1569).

[76] Uchwała KNF Nr 258/2011 z 4.10.2011 r. w sprawie szczegółowych zasad funkcjonowania systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej oraz szczegółowych warunków szacowania przez banki kapitału wewnętrznego i dokonywania przeglądów procesu szacowania i utrzymywania kapitału wewnętrznego oraz zasad ustalania polityki zmiennych składników wynagrodzeń osób zajmujących stanowiska kierownicze w banku (Dz. Urz. KNF nr 11, poz. 42).

[77] Sposób obliczania stopy dyskontowej został opisany w wytycznych EBA dotyczących hipotetycznej stopy dyskontowej mającej zastosowanie do wynagrodzenia zmiennego.

praktyki wypłacania zmiennych składników wynagrodzenia w sumie znacznie przewyższających wynagrodzenie stałe oraz „ukrywania" wypłat wynagrodzenia pod pretekstem wypłaty odpraw czy ponoszenia kosztów, na przykład przedterminowego rozwiązania umowy w poprzednim podmiocie. Zauważyć należy, że ograniczenia te dotyczą również m.in. osób, które nie pełnią funkcji w organach instytucji, jednak ich wynagrodzenie pozostaje na poziomie wynagrodzenia wypłacanego osobom pełniącym funkcje kierownicze. Dodać należy, że nowy w stosunku do dyrektywy nr 48/2006, art. 96 CRDIV[78] wprowadza obowiązek wyjaśniania na stronie internetowej, w jaki sposób dana instytucja przestrzega wymogów dotyczących polityki wynagrodzeń oraz ładu korporacyjnego. Za duży plus omawianej regulacji należy uznać fakt, że kwestie dotyczące polityki wynagrodzeń zostały określone w zasadzie identycznie w obu omawianych ustawach.

W zakresie nowych regulacji w odniesieniu do procesu badania i oceny nadzorczej (*Supervisory Review and Evaluation Process* – SREP) (dalej: BION) uregulowanego w art. 98 ust. 6 CRDIV uwzględniono ryzyko nadmiernej dźwigni określone w art. 87 CRDIV (ryzyko to nie było objęte regulacją dyrektywy nr 48/2006). Natomiast również nowy art. 98 ust. 7 CRDIV nakłada obowiązek uwzględniania w SREP zasad zarządzania instytucją, kulturę i wartości korporacyjne, a także zdolność członków organu zarządzającego (tj. zarządu i rady nadzorczej) do wykonywania swoich obowiązków. Przepisy te zostały transponowane w art. 133a i 133e Pb oraz w § 2 wydanego na podstawie art. 133e rozporządzenia, a w zakresie firm inwestycyjnych w art. 110r i art. 110s uoif oraz w § 22–24 wydanego na podstawie art. 110x rozporządzenia.

Całkowitą nowością w stosunku do dyrektywy nr 48/2006 jest również przewidziany w art. 99 CRDIV (transponowanym w art. 133c i 133e Pb i w art. 110s uoif) obowiązek przygotowywania przez właściwy organ nadzoru programu oceny nadzorczej. W ramach transpozycji w zakresie rynku kapitałowego przyjęto, że wszystkie domy maklerskie, do których zastosowanie mają przepisy pakietu CRDIV/CRR spełniają kryteria określone w art. 99 ust. 2 CRDIV, natomiast w zakresie rynku bankowego w art. 133c ust. 2 Pb zamieszczono katalog podmiotów, dla których będą sporządzane programy oceny nadzorczej w zależności od wyników BION, testów warunków skrajnych tzw. *stress test* (o których mowa w art. 133b Pb) oraz w zależności od ryzyka systemowego i innych uzasadnionych przypadków. W powołanych powyżej przepisach wskazano również, które instytucje zostaną objęte tzw. zwiększonym nadzorem polegającym na zwiększeniu częstotliwości bądź zakresu czynności nadzorczych, zwiększeniu obowiązków informacyjnych oraz częstszym przeglądom planów operacyjnych, strategicznych lub biznesowych. Nowym rozwiązaniem jest również wprowadzenie możliwości zastosowania środka nadzorczego w postaci stałej obecności przedstawiciela właściwego organu[79]. W ustawie – Prawo bankowe został ten środek transponowany w art. 138c ust. 2 pkt 3 poprzez wprowadzenie możliwości delegowania pracownika Urzędu KNF w ramach zwiększonego nadzoru, natomiast w ustawie o obrocie przyjęto, że możliwość skierowania do domu maklerskiego stałego przedstawiciela zawiera się w uprawnieniu do ustanowienia kuratora, o którym mowa w nowododanym oddziale 2b w art. 110ze uoif.

Kolejną nowością w stosunku do regulacji dyrektywy nr 48/2006 jest obowiązek przeprowadzania przez nadzorcę, co najmniej raz do roku, tzw. nadzorczych testów warunków skrajnych określony w art. 100 CRDIV oraz transponowany w art. 110t uoif i w art. 133b Pb.

[78] Transponowany w art. 110w ust. 4 i 5 uoif oraz w art. 111a ust 4 i 5 Pb.

[79] Art. 99 ust. 3 lit. b CRDIV.

Przepisy CRDIV nakładają również na nadzorców obowiązek dokonywania bieżących przeglądów pozwolenia na stosownie metod wewnętrznych[80] co najmniej raz na trzy lata[81]. Stanowiące transpozycję art. 101 CRDIV przepisy art. 110u uoif oraz art. 133d i art. 138d Pb przewidują możliwość nakazania instytucji przez KNF przyjęcia wyższych mnożników niż określone w stosowanej metodzie wewnętrznej, nałożenia dodatkowego wymogu w zakresie funduszy własnych lub podjęcia innych działań zmierzających do przywrócenia zgodności stosowanej metody z przepisami CRR. Powyższe przepisy są elementem wspierania stałej wiarygodności metod wewnętrznych w UE.

Przechodząc do omówienia nowych regulacji w zakresie środków i uprawnień nadzorczych wskazać należy, że nowością w porównaniu z dyrektywą nr 48/2006 jest możliwość zastosowania określonych w art. 104 CRDIV tzw. uprawnień nadzorczych w sytuacji, gdy instytucja nie spełnia wymogów CRDIV lub CRR albo gdy istnieje prawdopodobieństwo, że tych wymogów nie spełni w ciągu najbliższych 12 miesięcy. Transponowane w art. 110y uoif oraz w art. 138 Pb, uprawnienia nadzorcze obejmują możliwość nałożenia dodatkowych (ponad bufory) wymogów kapitałowych lub płynnościowych, ograniczenia wypłaty zysków czy też ograniczenia zakresu prowadzonej działalności. Przedmiotowe uprawnienia nadzorcze w przeważającej mierze obowiązywały na gruncie dotychczasowych przepisów stanowiących transpozycję dyrektywy nr 48/2006. Główna różnica polega na możliwości zastosowania tych środków również w sytuacji, gdy istnieje prawdopodobieństwo wystąpienia niezgodności z prawem, a zatem w sytuacji, gdy ta niezgodność jeszcze nie miała miejsca.

W zakresie środków nadzorczych warto również zauważyć, że art. 103 CRDIV wprowadza możliwość stosowania tych środków oraz programów oceny nadzorczej i BION w sposób podobny lub identyczny wobec instytucji o podobnych profilu ryzyka[82]. Przepis został transponowany w art. 110y ust. 5 uoif oraz w art. 133a ust. 8 Pb.

Ważnym nowym środkiem nadzorczym jest określony w art. 105 CRDIV[83] środek polegający na możliwości nałożenia szczególnego wymogu w zakresie funduszy własnych w celu uwzględnienia ryzyka płynności, na które może być narażona instytucja. Zwrócić w tym miejscu trzeba uwagę na regulacje CRR odnoszące się do płynności. Zasadniczo bowiem jedną z największych nowości w CRR jest część szósta poświęcona w całości przepisom regulującym wymogi w zakresie płynności instytucji. W odniesieniu do banków wymogi płynnościowe zbliżone do regulacji LCR (*Liquidity Coverage Ratio*) oraz NSFR (*Net Stable Funding Ratio*) były do czasu wejścia w życie CRR uregulowane w uchwale KNF nr 386/2008[84]. Jednocześnie przepisy te nie były dotychczas stosowane na rynku domów maklerskich i wydają się nie uwzględniać specyfiki ich działalności. Warto zaznaczyć, że na poziomie unijnym trwają prace nad wyłączeniem domów maklerskich spod wymogów płynnościowych określonych w CRR, przy jednoczesnym wprowadzeniu wymogów dostosowanych do specyfiki funkcjonowania tych instytucji[85]. Nie zmienia to jednak faktu, że obecnie obowiązujące przepisy muszą być przez te firmy bezwzględnie przestrzegane. Zauważyć

[80] Pojęcie metod wewnętrznych zostało zdefiniowane w art. 110u uoif jako metody, których zastosowanie wymaga zezwolenia KNF zgodnie z częścią trzecią rozporządzenia 575/2013. Pojęcie „metody wewnętrzne" zostało nieco bardziej szczegółowo zdefiniowane w art. 4 ust. 1 pkt 33 Pb, zastępując dotychczas używane na gruncie tej ustawy pojęcie „metody statystyczne".

[81] Art. 101 CRDIV.

[82] Tj. instytucji o podobnym modelu biznesowym lub podobnej lokalizacji geograficznej ekspozycji, które mogą być narażone na podobne ryzyka lub stwarzają podobne ryzyko dla systemu finansowego.

[83] Transponowany w art. 138 ust. 1 pkt 1a Pb oraz w art. 110y ust. 1 pkt 9 uoif.

[84] Uchwała nr 386/2008 z dnia 17 grudnia 2008 r. w sprawie ustalenia wiążących banki norm płynności (Dz. Urz. KNF nr 8, poz. 40).

[85] *Vide* powołany powyżej raport EBA EBA/Op/2015/20.

należy, że ponieważ art. 6 ust. 4 CRR wprowadza możliwość zwolnienia domów maklerskich z wymogów płynnościowych, KNF wobec nieadekwatności tych wymogów do domów maklerskich stosuje ten przepis, jednak jest to możliwe tylko do czasu sporządzenia przez KE sprawozdania zgodnie z art. 508 ust. 3 CRR.

Kolejnym przepisem CRDIV zawierającym nowe w relacji do dyrektywy nr 48/2006 uregulowania jest art. 106 ust. 2 odnoszący się do obowiązków instytucji w zakresie ujawnień. Wskazać należy, że co do zasady sposób dokonywania ujawnień uregulowany został w części ósmej CRR. Fakt poświęcenia temu zagadnieniu całej odrębnej części CRR świadczy o randze tych uregulowań stanowiących tzw. trzeci filar Bazylei III. W art. 106 CRDIV znajduje się jedynie szczątkowa regulacja w omawianym zakresie, w szczególności nowo dodany art. 106 ust. 2 CRDIV[86] wprowadza uprawnienie dla organów nadzoru do nałożenia na jednostki dominujące wymogu corocznego publikowania opisu struktury prawnej i organizacyjnej oraz struktury zarządzania grupy instytucji.

Nowy jest także przepis art. 107 CRDIV[87] nakładający na organy nadzoru obowiązki informacyjne wobec EBA.

Nowe regulacje znajdują się również w rozdziale 3 tytułu VII CRDIV pt. „Nadzór skonsolidowany". W zakresie zasad sprawowania nadzoru skonsolidowanego regulacje art. 113 CRDIV odnoszące się do procedury podejmowania wspólnych decyzji (*joint decision*) uzupełniono o przepisy[88] dotyczące nadzoru nad płynnością. W konsekwencji w świetle nowych regulacji CRDIV wspólne decyzje wydawane przez organy nadzoru w ramach kolegiów nadzorczych w odniesieniu do instytucji działających w grupie mogą dotyczyć płynności danej instytucji. Przepis został transponowany w art. 138 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 138b Pb i w art. 110y ust 1 pkt 9 w zw. z art. 110h ust. 6 uoif.

Odnosząc się do pojęcia „procedury *joint decision*", wskazać należy, że w toku prac nad ustawą o nadzorze makroostrożnościowym zdecydowano się na transponowanie przepisów dotyczących wspólnej decyzji, zastępując je pojęciem „wspólne stanowisko"[89], z uwagi na używanie na gruncie prawa polskiego pojęcia „decyzja" w odniesieniu do władczych rozstrzygnięć organów administracji.

Na koniec tej części rozważań krótkiego omówienia wymaga zagadnienie spółek holdingowych z uwagi na fakt, że omawiany nadzór skonsolidowany wiąże się z tym zagadnieniem. Wyodrębnienie kategorii spółek holdingowych jest bowiem ściśle powiązane z systemem nadzoru skonsolidowanego, jako że celem wyodrębnienia tej kategorii podmiotów było objęcie nadzorem również „nie–instytucji" będących podmiotami dominującymi wobec nadzorowanych instytucji. Określony podmiot nienadzorowany uzyskuje bowiem status spółki holdingowej, jeżeli wśród jego podmiotów zależnych jest chociażby jedna instytucja. W systemie prawa polskiego podmiotem dominującym może być także osoba fizyczna, jeżeli w ocenie KNF wywiera znaczący wpływ na inny podmiot[90]. Zaznaczyć należy, że z faktu uzyskania statusu spółki holdingowej wynikają konkretne obowiązki wobec nadzorcy[91]. Zasadniczym celem tych regulacji jest ułatwienie sprawowania nadzoru nad instytucją, a także wprowadzenie możliwości nakładania sankcji na spółki

[86] Transponowany w art. 110w ust. 7 uoif i w art. 111a ust. 7 Pb.

[87] Transponowany w art. 110r ust. 4 uoif i w art. 133a ust. 7 Pb.

[88] Art. 113 ust. 1 lit. b oraz ust. 2 lit. b CRDIV.

[89] *Vide* art. 138b Pb, art. 110h uoif.

[90] Art. 110a ust. 2 uoif albo art. 4 ust. 1 pkt 8 lit. b P.b.

[91] *Vide* art. 65 ust. 2 lit. a CRDIV, art. 121 w zw. z 91 ust. 1 CRDIV, art. 119–127 CRDIV.

holdingowe[92]. Dla porządku jedynie zaznaczyć należy na marginesie przedmiotowych rozważań, iż w ustawie – Prawo bankowe pojęcie „holding" oznacza grupę podmiotów (jeden z holdingów wskazanych w art. 141f ust. 1 zdefiniowanych w art. 4 ust. 1 pkt 10–11b), w której działający bank krajowy jest objęty nadzorem skonsolidowanym sprawowanym przez KNF. Zawarta w ustawie – Prawo bankowe regulacja w tym zakresie jest specyficzna i występuje wyłącznie na gruncie tej ustawy. Używane w pakiecie CRDIV/CRR oraz w ustawie o obrocie pojęcie „spółka holdingowa" oraz błędnie przetłumaczone w wersji polskiej CRR pojęcie „holding mieszany" odnoszą się natomiast do określonego pojedynczego podmiotu (w polskim systemie prawa dotyczy to pojęcie osoby prawnej lub fizycznej), będącego podmiotem dominującym w grupie.

W ustawie – Prawo bankowe wprowadzono również znaczące zmiany związane z uregulowaniem bezpośrednio w CRR limitów dużych ekspozycji, w związku z powyższym odnoszący się do tej kwestii art. 71 Pb został zredukowany do upoważnienia dla ministra właściwego do spraw instytucji finansowych do wydania rozporządzenia wykonawczego do art. 400 ust. 2 i art. 493 ust. 3 CRR, natomiast w zakresie rynku domów maklerski uchylono rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 18 listopada 2009 r.[93] regulujące dotychczas te kwestie w załączniku nr 10.

Natomiast część druga CRR reguluje kompleksowo i jednolicie dla całej UE zagadnienie funduszy własnych, w związku z powyższym treść art. 127 Pb, który wskazywał, że fundusze własne banku obejmują szczegółowo określone w tym przepisie fundusze podstawowe i uzupełniające, zredukowano do przepisu wprowadzającego obowiązek uzyskania zgody KNF na zaliczanie instrumentów kapitałowych oraz pożyczek podporządkowanych do funduszy własnych banku. Jednocześnie znacznym zmianom uległa treść art. 128 Pb, w którym uwzględniono obowiązujące bezpośrednio regulacje CRR w zakresie funduszy własnych, zezwolenia na stosowanie metod wewnętrznych oraz ocen wiarygodności kredytowej.

Jak wskazywano powyżej, w zakresie ustawy o obrocie większość regulacji odnoszących się do wyżej omówionych zagadnień znajdowała się w uchylanym przez ustawę o nadzorze makroostrożnościowym rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 18 listopada 2009 r.[94].

W odniesieniu do funduszy własnych podkreślić należy, że w obu ustawach pozostawiono niewynikający wprost z pakietu CRDIV/CRR obowiązek utrzymywania w każdym czasie (a nie tylko przykładowo na koniec dnia) poziomu funduszy własnych na poziomie nie niższym od poziomu kapitału wewnętrznego[95], analogiczną, choć nieco bardziej rozbudowaną regulację pozostawiono w art. 128 ust. 1 Pb. Przepis art. 110e uoif zastąpił uchylony art. 98a ust. 3 uoif, który nakazywał utrzymywanie kapitałów nadzorowanych (obecnie funduszy własnych) na poziomie nie niższym od wyższej z wartości: całkowitego wymogu kapitałowego albo kapitału wewnętrznego.

W związku z regulacjami CRR uchylono również art. 128b ust. 1 Pb, wyłączono tym samym możliwość zwalniania banków państwowych z wymogów ostrożnościowych, jako że obecnie jedyne dopuszczalne zwolnienie ze stosowania przepisów ostrożnościowych obejmuje (obok ww. SKOK) Bank Gospodarstwa Krajowego zgodnie z art. 2 ust. 5 pkt 18 CRDIV.

Natomiast uchylenie art. 128d Pb jest następstwem bezpośredniego obowiązywania art. 20 CRR („Wspólne decyzje w sprawie wymogów ostrożnościowych"), nadto uchylenie art. 137 pkt 3

[92] *Vide* art. 67 ust. 2 lit. a CRDIV.

[93] Dz.U. z 2013 r. poz. 959.

[94] Dz.U. z 2013 r. poz. 959.

[95] Art. 110e ust. 2 uoif.

Pb jest konsekwencją określenia norm płynności w CRR, zatem uchwała KNF w tym przedmiocie nie może być wydana. Jednocześnie mając na uwadze art. 412 ust. 5 CRR, który upoważnia państwa członkowskie do nałożenia na instytucje obowiązku utrzymywania wyższego wymogu dotyczącego pokrycia płynności w wysokości do 100% do czasu wprowadzenia minimalnego standardu w tej wysokości zgodnie z art. 460 CRR, w art. 128 ust. 6a pkt 5 Pb przewidziano delegację dla ministra właściwego do spraw instytucji finansowych do wydania rozporządzenia, w którym ten wyższy wymóg może zostać określony. Analogiczna delegacja została zamieszczona w art. 110za ust. 1 uoif.

Z wejściem w życie CRR związane jest również uchylenie art. 141j P.b. będącego podstawą wydania uchwały KNF Nr 76/2010 oraz uchylenie art. 92 ust. 1 pkt 2 uoif będącego podstawą wydania ww. rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 18 listopada 2009 r.

Nadto w obu omówionych powyżej ustawach zamieszczono przepisy stanowiące wdrożenie do prawa krajowego tzw. opcji narodowych przewidzianych w art. 93 ust. 2 CRR[96].

Przechodząc do omawiania przepisów CRDIV transponowanych w ustawie o nadzorze makroostrożnościowym, wskazać należy, że zasadniczą nowość w CRDIV stanowią przepisy art. 128–142 CRDIV dotyczące buforów kapitałowych. Przepisy te zostały transponowane jednolicie dla całego rynku finansowego w ww. ustawie. Na marginesie należy zauważyć, że z uwagi na fakt, iż regulacje CRDIV dotyczące buforów kapitałowych zostały transponowane w ustawie o nadzorze makroostrożnościowym, na etapie prac sejmowych zdecydowano się na połączenie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo bankowe i niektórych innych ustaw[97] oraz projektu ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym[98] w jeden wspólny projekt.

Szczegółowe omówienie zagadnienia buforów kapitałowych (*capital buffers*) wymagałoby odrębnego opracowania, stąd nie wchodząc w szczegóły tej dość skomplikowanej regulacji wskazać należy, że zasadniczo wyróżnia się cztery poniżej omówione bufory kapitałowe.

Bufor zabezpieczający (*capital conservation buffer*) zgodnie z art. 19 unm, polega na obowiązku utrzymywania przez instytucję kwoty kapitału podstawowego Tier 1 (*Common Equity Tier 1*) (dalej: CET1), dodatkowej w stosunku do CET1 utrzymywanego zgodnie z art. 92 ust. 1 CRR, w wysokości 2,5% łącznej kwoty ekspozycji na ryzyko (kwota ta jest obliczana w sposób wskazany w art. 92 ust. 3 CRR).

Drugim rodzajem bufora kapitałowego jest bufor antycykliczny (*institution specific counercyclical capital buffer*) specyficzny dla instytucji, zgodnie z którym instytucja ma obowiązek utrzymywania kwoty CET1 dodatkowej w stosunku do CET1 utrzymywanego zgodnie z art. 92 ust. 1 CRR, na poziomie łącznej kwoty ekspozycji na ryzyko, pomnożonej przez średnią ważoną wskaźników bufora antycyklicznego. Każdy kraj członkowski ma obowiązek określenia swojego wskaźnika bufora antycyklicznego[99].

Wskazać należy, że oba ww. bufory nie obejmują firm inwestycyjnych będących mikroprzedsiębiorcami, małymi albo średnimi przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności

[96] *Vide* art. 171a Pb i art. 110zb uoif.

[97] Wykaz Prac Legislacyjnych Rady Ministrów, numer UC102, http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/216475 (31.01.2016).

[98] Wykaz Prac Legislacyjnych Rady Ministrów, numer UC128, http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/170282 (31.01.2016).

[99] Art. 24 unm.

gospodarczej[100]. Ponadto zaznaczenia wymaga fakt, że sposób ustalenia bufora antycyklicznego opiera się na ekspozycjach kredytowych danej instytucji, tymczasem ryzyko kredytowe w przypadku działalności prowadzonej przez domy maklerskie nie ma tak dużego znaczenia, jak w przypadku banków.

Trzecia kategoria buforów obejmuje dwa bufory dotyczące instytucji o znaczeniu systemowym (*systemically important financial institutions buffer*), bufor globalnej instytucji o znaczeniu systemowym oraz bufor innej instytucji o znaczeniu systemowym. Bufor globalnej instytucji o znaczeniu systemowym zgodnie z art. 33 unm dotyczy zasadniczo globalnych instytucji o znaczeniu systemowym (unijna instytucja dominująca, unijna dominująca finansowa spółka holdingowa, unijna dominująca finansowa spółka holdingowa o działalności mieszanej lub instytucja). Globalna instytucja o znaczeniu systemowym ma obowiązek utrzymywania kwoty CET1 dodatkowej w stosunku do CET1 utrzymywanego zgodnie z art. 92 CRR, na poziomie 1–3,5% łącznej kwoty ekspozycji na ryzyko, zgodnie z jedną z sześciu kategorii, do której została przyporządkowana[101]. Na podstawie kryteriów określonych w art. 36 omawianej ustawy KNF, po zasięgnięciu opinii Komitetu Stabilności Finansowej, w drodze decyzji, identyfikuje globalne instytucje o znaczeniu systemowym oraz przyporządkowuje je do jednej z kategorii[102].

W odróżnieniu od dwóch wcześniejszych buforów utrzymywanych na zasadzie indywidualnej i skonsolidowanej, globalna instytucja o znaczeniu systemowym jest obowiązana utrzymywać ww. bufor wyłącznie na zasadzie skonsolidowanej.

W ramach buforów instytucji o znaczeniu systemowym wyróżnia się również, jak wskazano powyżej, bufor innej instytucji o znaczeniu systemowym inna (niż globalna) instytucja o znaczeniu systemowym (unijna instytucja dominująca, unijna dominująca finansowa spółka holdingowa, unijna dominująca finansowa spółka holdingowa o działalności mieszanej lub instytucja) ma obowiązek utrzymywania kwoty CET1 dodatkowej w stosunku do CET1 utrzymywanego zgodnie z art. 92 CRR, w wysokości określonej w decyzji KNF (o której mowa poniżej) nie większej niż 2% łącznej kwoty ekspozycji na ryzyko i na podstawie kryteriów określonych w tym przepisie[103]. KNF, w drodze decyzji, po zasięgnięciu opinii Komitetu Stabilności Finansowej, identyfikuje inną instytucję o znaczeniu systemowym i nakłada na nią przedmiotowy bufor[104]. Inna instytucja o znaczeniu systemowym jest obowiązana utrzymywać ww. bufor na zasadzie indywidualnej, subskonsolidowanej lub skonsolidowanej.

Co do zasady oba ww. bufory są stosowane niezależnie od bufora zabezpieczającego i antycyklicznego[105], co oznacza, że w przypadku gdy są spełnione przesłanki, należy stosować wszystkie ww. bufory jednocześnie. Wyjątki w odniesieniu do zbiegu buforów instytucji o znaczeniu systemowym i bufora ryzyka systemowego (o którym będzie mowa poniżej) przewiduje art. 43 unm, zgodnie z którym zasadniczo w tym wypadku ma zastosowanie bufor najwyższy. Wyjątki od tej reguły w przypadku zbiegu buforów instytucji o znaczeniu systemowym i bufora ryzyka systemowego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej określa art. 49 unm.

[100] Art. 20 i 22 unm.

[101] Art. 34 unm.

[102] Art. 35 unm.

[103] Art. 37 i 38 unm.

[104] Art. 39 unm.

[105] Art. 42 unm.

Ostatnim z czterech buforów kapitałowych jest bufor ryzyka systemowego (*systemic buffer*) stosowany, w przypadku gdy instytucja stwarza niecykliczne ryzyko systemowe lub jest na nie narażona. W takiej sytuacji instytucja jest obowiązana utrzymywać dodatkową kwotę CET1 w stosunku do CET1 utrzymywanego zgodnie z art. 92 CRR, w celu zapobiegania długoterminowemu niecyklicznemu ryzyku systemowemu nieobjętemu CRR[106]. Bufor ryzyka systemowego jest określany na poziomie co najmniej 1% i może być zmieniony o 0,5 punktu procentowego lub wielokrotność 0,5 punktu procentowego[107]. Wskaźnik bufora ryzyka systemowego określa minister właściwy do spraw instytucji finansowych w drodze rozporządzenia[108]. Również bufor ryzyka systemowego jest stosowany niezależnie od bufora zabezpieczającego i antycyklicznego[109]. Bufor ryzyka systemowego jest obliczany zgodnie z art. 92 CRR w odniesieniu do kwoty ekspozycji na ryzyko instytucji, wobec których bufor ten ma mieć zastosowanie na zasadzie indywidualnej, skonsolidowanej lub subskonsolidowanej[110].

Kolejne przepisy wprowadzają ograniczenia wypłat związanych z kapitałem podstawowym Tier 1 (tj. głównie wypłat z zysków), w przypadku gdy instytucja nie spełnia tzw. wymogu połączonego bufora (*combined buffer raquirement*), który stanowi łączny CET1 (kapitał podstawowy Tier 1) wymagany do pokrycia bufora zabezpieczającego, powiększonego o bufor antycykliczny specyficzny dla instytucji, bufor globalnych instytucji o znaczeniu systemowym, bufor innych instytucji o znaczeniu systemowym lub bufor ryzyka systemowego[111].

Instytucja, która nie spełnia wymogu połączonego bufora, nie może dokonywać ww. wypłat z zysków w wysokości przekraczającej maksymalną kwotę podlegającą wypłacie (*Maximum Distributable Amount*) (dalej: MDA) ustalaną wyłącznie w odniesieniu do zobowiązań, które powodują obniżenie CET1, jeżeli ograniczenie to nie skutkuje niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem jej zobowiązań[112]. Instytucja, która nie spełnia wymogu połączonego bufora przygotowuje również plan ochrony kapitału (*Capital Conservation Plan*), który przedstawia KNF w terminie 5 dni roboczych od dnia, w którym stwierdziła, że nie spełnia tego wymogu, KNF ocenia i zatwierdza plan ochrony kapitału[113].

V. Inne istotne zmiany w ustawie o obrocie, w ustawie – Prawo bankowe oraz w ustawie o nadzorze nad rynkiem kapitałowym

Zmiana art. 70 ust. 2 uoif w kontekście wcześniejszych prac nad tzw. jednolitą licencją bankową zasługuje na szczególną uwagę przede wszystkim ze względu na fakt, że w konsekwencji rozszerzenia katalogu instrumentów w art. 70 ust. 2 uoif poprzez dodanie pkt 3, bank może, bez zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej, nabywać lub zbywać na własny rachunek dopuszczone do obrotu zorganizowanego obligacje, listy zastawne oraz inne zbywalne papiery wartościowe inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z zaciągniętego

106 Art. 47 unm.
107 Art. 50 ust. 2 unm.
108 Art. 50 ust. 8 unm.
109 Art. 48 unm.
110 Art. 50 unm.
111 Art. 55 unm.
112 Art. 56 unm.
113 Art. 60 i 61 unm.

długu, inne niż określone w art. 70 ust. 2 pkt 1 uoif lub instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym są ww. instrumenty, stopa procentowa lub waluta. Jednocześnie z powyższą zmianą nie wprowadzono przewidzianych w projekcie zakładającym wprowadzenie „jednolitej licencji bankowej" szeregu istotnych regulacji związanych z tą zmianą i przewidzianych w ww. projekcie w szczególności brak obowiązku wydzielenia działalności inwestycyjnej przez bank[114]. Z przedstawioną zmianą powiązana jest treść art. 90 unm – przepisu przejściowego wskazującego, że banki uprawnione do wykonywania w dniu wejścia w życie tej ustawy czynności, o których mowa w art. 69 ust. 2 pkt 3 uoif zgodnie z art. 70 ust. 2 uoif w brzmieniu dotychczasowym, są uprawnione od dnia wejścia w życie ustawy o nadzorze makroostrożnościowym do wykonywania czynności, o których mowa w art. 70 ust. 2 pkt 3 uoif w nowym brzmieniu.

Inną ważną zmianą jest wprowadzenie do ustawy o obrocie, wzorowanych na art. 142–146 Pb, przepisów odnoszących się do postępowania naprawczego we wszystkich (nie tylko tych podlegających przepisom CRDIV i CRR) domach maklerskich. Regulacje oddziału 2b stanowią istotne *novum* w ustawie o obrocie. W związku z wprowadzeniem tych przepisów do ustawy o obrocie dokonano również koniecznych korekt w obowiązujących dotychczas przepisach art. 142–146 Pb.

Ważna jest również zmiana w art. 171 ust. 2 Pb, w przepisie tym poprzez dodanie wyrazów „Prawo bankowe" doprecyzowano, że karze podlega ten, kto prowadzi działalność zarobkową wbrew warunkom określonym w ustawie – Prawo bankowe, zatem przepis ten nie sankcjonuje naruszenia przepisów jakiejkolwiek ustawy, ale wyłącznie naruszenie ustawy – Prawo bankowe poprzez używanie nazwy „bank" lub „kasa".

Zwrócić należy również uwagę na wprowadzenie w ustawie – Prawo bankowe możliwości wystąpienia do właściwego organu o odwołanie członka rady nadzorczej banku. Jednocześnie pozostawiono możliwość wnioskowania do rady nadzorczej o odwołanie członka zarządu banku w art. 138 Pb. Rozwiązanie przewidujące możliwość wnioskowania przez KNF o odwołanie członków organów banku zostało przyjęte w nowododanym art. 22d Pb i jednocześnie powielone w odniesieniu do członków zarządu w art. 62 ust. 1 pkt 1 unm. Wskazać w tym miejscu należy, że obowiązujący od lat przepis przewidujący możliwość wnioskowania do rady nadzorczej o odwołanie członka zarządu, z uwagi na brak możliwości odwołania członka zarządu bezpośrednio przez KNF, w praktyce nadzorczej nie sprawdza się, ponieważ wnioski KNF nie są częstokroć realizowane. Wprowadzenie możliwości odwołania członka zarządu bezpośrednio przez KNF było jednym z postulatów nadzorcy zaproponowanym w wersji ustawy przesłanej do Sejmu, gdzie legislatorzy przywrócili dotychczas obowiązujący nieefektywny system wnioskowania przez KNF o odwołanie członka zarządu zarówno w art. 138, jak i w art. 22d ww. ustawy, argumentując, że odwołać członka zarządu może tylko ten sam organ, który go uprzednio powołał. Zauważyć należy, że zgodnie z art. 138 ust. 5 Pb od początku obowiązywania tej ustawy w przypadku popełnienia przestępstwa przez członka organu, może go odwołać KNF bezpośrednio, nie zaś organ, który go powołał. Ponadto w związku z wprowadzeniem możliwości wnioskowania do właściwego organu o odwołanie członka rady nadzorczej banku wskazać należy, że organem właściwym do odwołania członka rady nadzorczej jest walne zgromadzenie. Nie jest zatem jasne, w jaki sposób KNF ma swoją kompetencję realizować, konieczne będzie bowiem w takim wypadku wystąpienie do walnego zgromadzenia o podjęcie uchwały określonej przez KNF treści. Powstaje pytanie: czy

[114] http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/19/pdf/54.pdf (31.01.2016).

na podstawie powołanego przepisu art. 22d Pb KNF ma się zwrócić z prośbą do poszczególnych akcjonariuszy o podjęcie określonej uchwały i w ten sposób starać się wpływać na ich decyzje w zakresie realizowania praw wynikających z akcji.

Zauważyć należy, że ustawa o nadzorze makroostrożnościwym wprowadziła również liczne zmiany w ustawie o nadzorze nad rynkiem kapitałowym w zakresie przepisów odnoszących się do procedury kontroli[115]. W ustawie tej dodano również nowy rozdział 3b dotyczący współpracy w zakresie nadzoru nad podmiotami prowadzącymi systemy rozrachunku papierów wartościowych oraz nadzoru nad tymi systemami.

Nadmienić na koniec trzeba również, że na etapie prac sejmowych nad ww. ustawą na skutek zgłaszanych przez GWP w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie uwag do ustawy, Minister Finansów zgłosił poprawkę, w wyniku której po art. 74b uoif dodano art. 74c mający na celu eliminację wątpliwości interpretacyjnych, jakie narosły wokół czynności pożyczania papierów wartościowych, ponieważ czynność ta występuje w praktyce często jako element innej usługi maklerskiej, zwłaszcza działalności na rachunek własny. Przepis ten mówi, że nie stanowi działalności maklerskiej (polegającej na nabywaniu i zbywaniu na własny rachunek instrumentów finansowych) przeniesienie przez firmę inwestycyjną instrumentów finansowych: na rzecz pożyczkobiorcy (w wykonaniu umowy pożyczki instrumentów finansowych zawartej w imieniu własnym przez firmę inwestycyjną działającą na rachunek pożyczkobiorcy lub pożyczkodawcy), na rzecz pożyczkodawcy (w wyniku zwrotu instrumentów finansowych będących przedmiotem pożyczki instrumentów finansowych lub w wyniku ustanowienia zabezpieczenia pożyczki instrumentów finansowych przez pożyczkobiorcę) oraz na rzecz pożyczkobiorcy (w wyniku zwrotu instrumentów finansowych będących przedmiotem zabezpieczenia pożyczki instrumentów finansowych).

VI. Wnioski końcowe

Należy stwierdzić, że przedstawione powyżej przepisy ustawy o nadzorze makroostrożnościowym, ustawy o obrocie, ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym oraz ustawy – Prawo bankowe stanowią pełną transpozycję CRDIV oraz wdrażają jednocześnie w koniecznym zakresie regulacje CRR. Dopełnienie wspomnianej transpozycji CRDIV i wzmiankowanego wdrożenia CRR stanowić będą stosowne rozporządzenia wykonawcze, które zostały powyżej wskazane. Szereg nowych regulacji odnoszących się do *whistleblowingu*, *corporate governance*, traktowania ryzyka, w tym ryzyka nadmiernej dźwigni, polityki wynagrodzeń, BION, sankcji za naruszenie przepisów pakietu CRDIV/CRR, nadzoru skonsolidowanego, funduszy własnych, płynności, wskaźnika dźwigni, ujawnień i wymiany informacji oraz określających bufory kapitałowe ma na celu zasadniczo wzmocnienie stabilności instytucji oraz zwiększenie gwarancji bezpieczeństwa klientów tych instytucji.

[115] Art. 26–37a.

Magdalena Knapp*

Nowe rozporządzenie dotyczące wyłączeń grupowych dla porozumień transferu technologii – jakie porozumienia z niego skorzystają?

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Unijne wyłączenie grupowe dotyczące porozumień transferu technologii
III. Wyłączenie grupowe dla porozumień transferu technologii w prawie polskim
IV. Co, jeśli porozumienie wykracza poza zakres wyłączenia grupowego w prawie polskim? Potencjalne pułapki czekające na nieostrożnych
V. Uwagi końcowe

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest przedstawienie najważniejszych zmian wprowadzonych przez rozporządzenie dotyczące wyłączeń grupowych dla porozumień transferu technologii z 17 kwietnia 2015 r. Omówienie rozporządzenia poprzedza analiza unijnego wyłączenia grupowego, które stanowi wzór dla polskiej regulacji oraz towarzyszących mu Wytycznych. Artykuł wskazuje zagadnienia, na które strony zawierające porozumienia transferu technologii powinny zwrócić szczególną uwagę ze względu na specyfikę rynku nowych technologii. Nowe rozporządzenie wymaga szczegółowej analizy, stąd opisane zagadnienia mogą pomóc uniknąć potencjalnych przeszkód czekających na nieostrożnych.

Słowa kluczowe: porozumienia transferu technologii; wyłączenia grupowe; umowy licencyjne.

JEL: K21

I. Wprowadzenie

Wyłączenia grupowe są charakterystyczną instytucją występującą na gruncie prawa konkurencji. Stanowią legalne wyjątki od zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Jednocześnie zgodnie z koncepcją relatywizacji oraz racjonalizacji zakazu praktyk ograniczających konkurencję (Jurkowska i Skoczny, 2008, s. 28–30; Skoczny, 2004, s. 249 i n.) wyłączenia grupowe zaliczymy do instrumentów relatywizacji, czyli wyłączenia sankcjonowania zakazu (Jurkowska i Skoczny, 2008, s. 38–41). Podstawą dla wyłączeń grupowych jest art. 101 ust. 3 TFUE na poziomie unijnym oraz art. 8 uokik[1] w Polsce. Wskazane przepisy określają ogólne przesłanki wyłączenia spod zakazu

* Doktorantka w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; e-mail: knapp.magdalena@gmail.com.

[1] Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.); dalej: uokik.

porozumień ograniczających konkurencję oraz zawierają delegację do wydania aktu prawnego przez odpowiedni organ.

Wyłączenia grupowe oparte są na domniemaniu, że porozumienia, które mają być objęte wyłączeniem, spełniają wszystkie przesłanki z art. 101 ust. 3 TFUE oraz art. 8 ust. 1 uokik. Przepisy te nie precyzują, jakie kategorie porozumień powinny zostać wyłączone spod zakazu, zostawiając swobodę ustawodawcy w zakresie kształtowania przedmiotu wyłączeń (Jurkowska i Skoczny, 2008, s. 39).

Konsekwencją ustanowienia wyłączeń grupowych jest brak sankcji publiczno- oraz prywatnoprawnych. Tworzą one obszar „bezpiecznej przystani" (*safe harbour*) dla porozumień, które w innych okolicznościach naruszałyby zakaz praktyk ograniczających konkurencję. Wyłączenia grupowe chronią strony porozumienia przed działaniami organów publicznych oraz sankcjami prywatnoprawnymi. Podkreślenia wymaga fakt, że są to instrumenty prawne skuteczne zarówno wobec podmiotów publicznych, jak i prywatnych (Jurkowska i Skoczny, 2008, s. 40–41).

Przedmiotem wyłączeń grupowych są kwestie istotne dla systemu gospodarczego. Wyłączenie może obejmować kategorie porozumień, które mają zasadnicze znaczenie dla wybranych sektorów gospodarki, pobudzają rozwój gospodarczy lub wspierają konkurencyjność. Ustawodawca zakłada, że wyłączone kategorie porozumień przyniosą więcej korzyści gospodarczych niż szkód (Piszcz, 2014, s. 334), przeważą w nich skutki prokonkurencyjne nad skutkami ograniczającymi. Jedną z istotnych dziedzin dla gospodarki jest transfer technologii.

Porozumienia transferu technologii zostały wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję przez wyłączenie grupowe. Komisja Europejska wydała w tej materii rozporządzenie nr 316/2014[2]. Analogiczne rozporządzenie zostało przyjęte w Polsce, jest to rozporządzenie z 17 kwietnia 2015 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[3].

Dlaczego umowy transferu technologii zostały tak wyróżnione? Przyczyn należy szukać w skutkach prokonkurencyjnych, jakie mogą przynieść oraz w roli, jaką odgrywają w gospodarce. Porozumienia dotyczące transferu technologii mogą prowadzić do poprawy efektywności gospodarczej. Wspierają konkurencyjność, ponieważ są w stanie ograniczyć powielanie prac badawczo-rozwojowych[4]. Przedsiębiorca, który przeznaczył duże nakłady finansowe na powstanie danej technologii chciałby mieć pewność, że nie zostanie ona bezkarnie skopiowana przez konkurenta, który nie poniósł żadnych kosztów. Ograniczając zjawisko kopiowania lub „kradzieży" wyników badań, wzmacnia się motywację przedsiębiorców do podejmowania nowych prac badawczo-rozwojowych. Posiadanie wyłącznych praw do wyników badań naukowych lub określonej technologii i możliwość swobodnego zarządzania nimi pozwala na osiągnięcie przychodu i ewentualnego zysku, który jest głównym celem każdego przedsiębiorcy. Przyjrzyjmy się bliżej strategiom biznesowym współczesnych przedsiębiorców, którzy odnieśli komercyjny sukces, a ich produkty cieszą się dużą i niesłabnącą popularnością wśród konsumentów. Zobaczymy, że ich plan biznesowy opiera się w ogromnej mierze na rozwoju posiadanej technologii, prawach własności

[2] Rozporządzenie Komisji (UE) nr 316/2014 z 21.03.2014 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii (Dz. Urz. z 2014 r., L 93); dalej: rozporządzenie nr 316/2014.

[3] Rozporządzenie Rady Ministrów z 17.04.2015 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. poz. 585); dalej: rozporządzenie 2015.

[4] Pkt 4 preambuły do rozporządzenia nr 316/2014.

intelektualnej, takich jak patenty, znaki towarowe, wzory przemysłowe i właściwej ochronie innowacji. Stąd też porozumienia transferu technologii nabierają coraz większego znaczenia oraz są coraz powszechniejsze w obrocie prawnym. Z jednej strony wymaga to uchwalenia właściwych regulacji prawnych porządkujących daną materię, z drugiej zaś – zmiany postępowania przedsiębiorców, którzy muszą uważniej analizować umowy licencyjne pod kątem potencjalnych naruszeń prawa konkurencji.

Transfer technologii pobudza innowacje przyrostowe, ułatwia upowszechnianie technologii, ale w kontrolowany sposób, oraz tworzy konkurencję na rynku produktowym[5]. Brak wyłączenia w tym zakresie może skutkować powstaniem barier prawnych dla transferu technologii i innowacji. Dotychczasowe wyliczenie korzyści, jakie może nieść transfer technologii, pokazało, że powstanie przeszkód w tej materii negatywnie odbije się na wzroście gospodarczym. Przedsiębiorcy niechętnie będą inwestować w nowe rozwiązania, mając w perspektywie nikłe szanse zwrotu poniesionych kosztów.

II. Unijne wyłączenie grupowe dotyczące porozumień transferu technologii

Ważnym elementem niniejszego tekstu jest analiza rozporządzenia unijnego, ponieważ polityka konkurencji należy do kompetencji wyłącznych UE[6]. W tym wypadku ustawodawstwo unijne jest wyznacznikiem nowych trendów i kierunków rozwoju tej dziedziny prawa dla państw członkowskich. Polska od przystąpienia do UE uczestniczy w procesie ujednolicania prawa krajowego z unijnym (Adam i in., 2014, s. 441–442). Nie powinno to jednak oznaczać biernego przyjmowania regulacji w niezmienionej formie do krajowego porządku prawnego. Państwa członkowskie mogą dodawać istotne postanowienia, uwzględniając specyficzne warunki i potrzeby danego państwa. Regulacje unijne wyznaczają minimum prawne (Adam i in., 2014, s. 136–137).

Z dniem 1 maja 2014 r. weszło w życie rozporządzenie Komisji nr 316/2014. Zastąpiło ono poprzednie rozporządzenie[7], które obowiązywało od 2004 r. Polityka, jaką KE prowadziła w stosunku do umów transferu technologii, przeszła wiele zmian. Podejście ewoluowało od swobodnego i liberalnego, zmieniając charakter na bardziej interwencyjny i restrykcyjny (Miąsik, 2008, s. 373), aż do obecnego, które przykłada dużą wagę do kryteriów ekonomicznych (*economic approach*). Odzwierciedla to nowe rozporządzenie nr 316/2014 oraz towarzyszące mu wytyczne[8].

Unijne rozporządzenie stawia sobie za cel pobudzenie konkurencji w UE oraz podniesienie poziomu pewności prawa[9] poprzez następujące mechanizmy: zachęcenie przedsiębiorców do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych oraz rozpowszechnianie innowacji. Zakłada uproszczenie nadzoru administracyjnego i ogólnych ram legislacyjnych[10].

[5] Ibidem.

[6] Wynika to z art. 3 ust. 1 lit. c TFUE.

[7] Rozporządzenie Komisji (WE) nr 772/2004 z 7.04.2004 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii (Dz. Urz. UE z 2004 r., L 123); dalej: rozporządzenie nr 772/2004.

[8] Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do porozumień o transferze technologii (Dz. Urz. UE z 2014 r., C 89/03); dalej: Wytyczne.

[9] Pkt 3 preambuły do rozporządzenia nr 316/2014.

[10] Ibidem.

Rozporządzenie nr 316/2014 znajduje zastosowanie wyłącznie do porozumień bilateralnych[11], zawieranych między dwoma przedsiębiorcami, podczas gdy Wytyczne obejmują swym zakresem zarówno porozumienia bilateralne, jak i wielostronne[12]. Porozumienia wielostronne, np. dotyczące zasobów patentowych, z założenia nie podlegają wyłączeniu. Przedsiębiorcy, którzy je zawarli mogą być pewni, że rozporządzenie nie znajdzie do nich zastosowania, ale nie jest to równoznaczne z tym, że wspomniane porozumienia będą od razu naruszały zakaz z art. 101 ust. 1 TFUE. Oznacza to, że do tego typu porozumień stosowane są surowsze wymagania niż do porozumień bilateralnych, które spełniają kryteria wymienione w rozporządzeniu nr 316/2014. Wynika stąd, że porozumienia wielostronne mogą zawierać tylko postanowienia, które nie naruszają reguł ochrony konkurencji lub takie, co do których można wykazać, że zakaz nie będzie miał zastosowania, dlatego że spełniają przesłanki określone w art. 101 ust. 3 TFUE. Zawarcie postanowienia o takiej samej treści w porozumieniu bilateralnym i wielostronnym będzie miało różne skutki. Dla pierwszego rodzaju porozumienia może wiązać się brakiem konsekwencji, jeśli dane postanowienie nie wykracza poza kryteria ustanowione przez rozporządzenie nr 316/2014. Podczas gdy dla drugiego porozumienia, zawarcie tego samego postanowienia będzie skutkowało naruszeniem zakazu ograniczania konkurencji i ewentualnymi sankcjami ze strony organu ochrony konkurencji. Ustawodawca, tworząc powyższe ograniczenie, musiał wyjść z założenia, że porozumienia bilateralne w mniejszym stopniu naruszą wolną konkurencję, a skutki, które wywołają, przyniosą więcej korzyści niż szkód dla gospodarki.

Porozumienia transferu technologii, zgodnie z ramami wyznaczonymi przez rozporządzenie, obejmują umowy licencyjne na korzystanie z określonych technologii w celu wytwarzania produktów. Przede wszystkim będą to licencje patentowe i know-how. Poza „prawami do technologii" wymienionymi w art. 1 rozporządzenia nr 316/2014, przedmiotem regulacji będą również licencje dotyczące znaków towarowych i praw autorskich, innych niż prawa autorskie do oprogramowania. Jednak prawa te muszą być bezpośrednio i wyłącznie powiązane z wytwarzaniem lub sprzedażą produktów objętych umową. Warunek ten zapewnia, że podlegają one wyłączeniu grupowemu w stopniu, w jakim umożliwiają licencjobiorcy lepsze wykorzystanie licencjonowanych praw do technologii[13].

Rozporządzenie nr 316/2014 tworzy obszar „bezpiecznej przystani" dla porozumień o transferze technologii pomiędzy stronami, których udziały w rynku nie przekraczają progów określonych w akcie oraz nie zawierają żadnych najpoważniejszych ograniczeń konkurencji (*hardcore restriction*). Ponadto wyznacza ogólne zasady stosowania i interpretacji art. 101 ust. 3 TFUE w stosunku do praw własności intelektualnej.

Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych z 2014 r. ma na celu wprowadzenie uproszczonego systemu automatycznych wyłączeń dla określonych porozumień o transferze technologii. Dotyczy to porozumień, w przypadku których można założyć, że spełniają warunki określone w art. 101 ust. 3 TFUE[14]. Wprowadzenie przytoczonego systemu przyśpiesza i ułatwia uzyskanie wyłączenia, ponieważ omija konieczność badania korzystnych i niekorzystnych efektów danej umowy dla konkurencji. Wystarczy, że spełnia ona warunki określone w rozporządzeniu, które zgodnie z Wytycznymi opiera się na założeniu, że porozumienia – w stopniu, w jakim objęte są

[11] Wynika to z art. 1 ust. 1 lit. c rozporządzenia nr 316/2014. Tak samo porozumienia definiuje rozporządzenie 2015 w § 1 ust. 5.

[12] Wytyczne, pkt 54–57 oraz 244–247.

[13] Wytyczne, pkt 47.

[14] Pkt 9 preambuły do rozporządzenia nr 316/2014.

zakresem art. 101 ust. 1 TFUE – spełniają cztery warunki zapisane w art. 101 ust. 3 TFUE. Zatem przyjmuje się, że porozumienia objęte wyłączeniem grupowym przynoszą korzyści ekonomiczne, a ograniczenia dla konkurencji w nich zawarte są niezbędne do osiągnięcia tych korzyści. Przy tym wskazuje się, że konsumenci mają łatwiejszy i lepszy dostęp do powstałych korzyści, w ramach rynków, na które wpływ mają wspomniane porozumienia[15].

Rozporządzenie z 2014 r. nie zawiera wielkich zmian w porównaniu z poprzednią regulacją. Zachowano w nim te same mechanizmy i zasady ukształtowane przez akt z 2004 r., który przeszedł duże zmiany w stosunku do poprzednika z 1996 r.[16]. Komisja wprowadziła nieliczne zmiany do wybranych przepisów, aby dopasować rozporządzenie do zmieniających się czasów i postępującego rozwoju technicznego. Progi udziałów w rynku, od których tworzona jest „bezpieczna przystań" pozostały niezmienione. W dużym stopniu pozostawiono również bez zmian kategorie najpoważniejszych ograniczeń (np. swoboda ustalania cen) oraz wykluczonych ograniczeń (np. zastrzeżenia dotyczące niekwestionowana ważności praw własności intelektualnej).

Jednak niektóre zmiany sprawiły, że wybrane postanowienia nowego rozporządzenia są bardziej restrykcyjne. Co się za tym kryje? Oznacza to, że poszczególne postanowienia zawarte w umowach licencyjnych nie korzystają już automatycznie z tzw. bezpiecznej przystani. Zamiast tego, wymagają każdorazowo dokonania indywidualnej oceny zapewniającej, że konkurencja i innowacyjność nie są zagrożone. Poniżej przedstawiono cztery, moim zdaniem, najistotniejsze zmiany wprowadzone przez rozporządzenie nr 316/2014.

Pierwsza kluczowa zmiana w rozporządzeniu nr 316/2014 wiąże się ze sprzedażą bierną. Poprzednia wersja rozporządzenia zawierała wyjątek, który umożliwiał wprowadzenie do umowy licencyjnej (zawartej między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami) klauzuli zakazującej licencjobiorcy sprzedaży biernej na terytorium innego licencjobiorcy lub przydzielonej mu grupy klientów w ciągu pierwszych dwóch lat, podczas których inny licencjobiorca sprzedaje produkty objęte umową na danym terytorium lub danej grupie klientów[17]. Wyjątek ten został usunięty z nowej regulacji i nie korzysta już z automatycznego wyłączenia. Jednak, co ciekawe, Wytyczne wskazują na możliwość zawarcia takiej klauzuli w porozumieniu, jeśli byłoby to niezbędne dla umożliwienia licencjobiorcy wejścia na nowy rynek[18]. Wprowadzenie tej zmiany zbliża stanowisko rozporządzenia nr 316/2014 do unijnego wyłączenia dotyczącego porozumień wertykalnych (Batchelor i Sheraton, 2014, s. 2)[19].

Druga zmiana dotyczy wyłącznych licencji zwrotnych. Rozporządzenie nr 316/2014 wyłącza z obszaru „bezpiecznej przystani" wszelkie wyłączne licencje zwrotne, niezależnie od tego czy zawierają usprawnienia dające się wydzielić z licencjonowanej technologii, czy też nie, co miało istotne znaczenie przy poprzednim rozporządzeniu. Różnica między usprawnieniami dającymi i nie dającymi się wydzielić z licencjonowanej technologii była nieostra, co mogło powodować pewne trudności interpretacyjne. Obecnie wszystkie wyłączne licencje zwrotne posiadają status wykluczonych ograniczeń z art. 5 rozporządzenia nr 3016/2014 i są poddawane indywidualnej ocenie.

[15] Wytyczne, pkt 41.

[16] Rozporządzenie Komisji (WE) nr 240/96 z 31.01.1996 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień o transferze technologii (Dz. Urz. UE z 1996 r., L 31).

[17] Rozporządzenie nr 772/2004, art. 4 ust. 2 lit. b ppkt ii.

[18] Wytyczne, pkt 126.

[19] Zob. rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. z 2010 r., L 102/1).

Trzecia zmiana odnosi się do klauzul dotyczących rozwiązania porozumienia i niekwestionowania ważności praw[20]. Zastrzeżenia przyznające licencjodawcy prawo do rozwiązania licencji niewyłącznej w wypadku, gdy druga strona kwestionuje ważność licencjonowanej technologii, zostały wyłączone z zakresu nowego rozporządzenia. Obie klauzule, o niekwestionowaniu ważności praw oraz dotycząca rozwiązania porozumienia, traktowane są jako wywołujące negatywne skutki, zwłaszcza gdy dojdzie do sytuacji, w której licencjobiorca dokonał znaczących inwestycji w licencjonowaną technologię. W konsekwencji takie klauzule w licencjach wyłącznych nie są objęte zakresem „bezpiecznej przystani" rozporządzenia nr 316/2014.

Ostatnia zmiana dotyczy poszerzenia obszaru automatycznego wyłączenia. Wyłączenie ma zastosowanie do porozumień, które dotyczą zakupu produktów przez licencjobiorcę oraz udzielenia licencji na inne prawa własności intelektualnej, takie jak znak towarowy lub know-how, jeśli spełniają jeden warunek – są bezpośrednio związane z wytwarzaniem lub sprzedażą produktów objętych umową[21].

III. Wyłączenie grupowe dla porozumień transferu technologii w prawie polskim

Punktem odniesienia dla twórców projektu rozporządzenia 2015 był sposób, w jaki uregulowano zagadnienia w rozporządzeniu Komisji (UE) nr 316/2014. Polskie rozporządzenie odzwierciedla rozwiązania przyjęte w unijnej regulacji. W związku z tym wymogi stawiane przez polskie rozporządzenie nie odbiegają od norm unijnych. Ze strony przedsiębiorców wydaje się to być korzystnym rozwiązaniem, gdyż nie muszą oni oceniać zawieranych porozumień według znacząco różniących się kryteriów. Rozporządzenie 2015 ma zastosowanie do porozumień zarówno mających wpływ na rynek wewnętrzny UE, jak i do tych, które wywołują skutki tylko na terytorium RP.

Rozporządzenie 2015 zostało wydane, aby zapobiec sytuacji, w której obowiązują dwa różne stany prawne. Jeden wprowadzony przez rozporządzenie nr 316/2014 i drugi zgodny ze starym porządkiem prawnym wyznaczanym przez poprzednie rozporządzenie 2007[22]. Polska, jak każde państwo członkowskie UE, dąży do podporządkowania reguł dotyczących wyłączeń grupowych w zakresie transferu technologii do standardów unijnych. Wynika to z postulatów pewności prawa, pierwszeństwa prawa UE (Lenaerts i van Nuffel, 2011, s. 753 i n.; Adam i in., 2014, s. 41) oraz wiążącego charakteru wydawanych rozporządzeń unijnych (Lenaerts i van Nuffel, 2011, s. 893–896). Nie powinno dochodzić do sytuacji, w których zachowanie danego przedsiębiorcy zostanie różnie ocenione, zależnie od tego, który akt prawny zostanie wzięty za podstawę dokonywanej oceny. Przykładem sprzeczności w ocenie zachowania przedsiębiorcy zależnie od przyjętej podstawy prawnej może być § 7 pkt 3 rozporządzenia 2007, który wskazywał, że zawarcie w porozumieniu między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami, postanowienia ograniczającego sprzedaż odbiorcom końcowym przez licencjobiorcę działającego na poziomie sprzedaży hurtowej, wyklucza zastosowanie wyłączenia do całego porozumienia. Unijne rozporządzenie nr 316/2014, z kolei, wskazuje w art. 4 ust. 2 lit. b ppkt iv, że to samo ograniczenie zawarte w porozumieniu stanowi wyjątek od najpoważniejszych ograniczeń, umożliwiający zastosowanie wyłączenia.

[20] Rozporządzenie nr 316/2014, art. 5 ust. 1 lit. b.

[21] Rozporządzenie nr 316/2014, art. 2 ust. 3.

[22] Rozporządzenie Rady Ministrów z 30.07.2007 w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 137, poz. 963); dalej: rozporządzenie 2007.

W celu zapewnienia ciągłości wyłączenia kategorii porozumień transferu technologii (Piszcz, 2014, s. 406), obecnie obowiązujące rozporządzenie weszło w życie 1 maja 2015 r., czyli bezpośrednio po utracie mocy prawnej przez poprzednie rozporządzenie.

Jeśli porównamy kształt rozporządzenia z 2015 r. z tym z 2007 r., zauważymy liczne różnice. Do najważniejszych należy wprowadzenie nowych pojęć do katalogu definicji z § 3. Obniżono próg udziałów rynkowych dla stron porozumienia będących konkurentami z 30 do 20%. Jest to podniesienie wymogów dla stron porozumień mające zapobiec ograniczeniu konkurencji przez zdobycie zbyt silnej pozycji rynkowej przez strony. Próg dla stron niebędących konkurentami pozostał bez zmian na poziomie 30%. Jednocześnie wprowadzono dodatkowy okres obowiązywania wyłączenia, w przypadku przekroczenia wyżej wymienionych progów. Porozumienie podlega wyłączeniu jeszcze przez dwa lata, licząc od przekroczenia progów po raz pierwszy (§ 5 ust. 2 rozporządzenia 2015). Należy to uznać za rozsądne rozwiązanie, biorąc pod uwagę dynamiczny rozwój rynku nowych technologii oraz to, jak łatwo przedsiębiorca może zyskać przewagę rynkową dzięki nowemu produktowi. Granica udziałów w rynku jest w tym wypadku bardzo płynna i nietrudno o drobne, kilkuprocentowe wahania.

Rozporządzenie 2015 ogranicza w większym stopniu uprawnienia stron porozumień transferu technologii. Wyłączona została możliwość umieszczania w umowach licencyjnych klauzul dotyczących sprzedaży pasywnej, w których licencjodawca zastrzega ograniczenia sprzedaży pasywnej na rzecz innego licencjobiorcy w ciągu pierwszych czterech lat od zawarcia porozumienia z innym licencjobiorcą[23]. Umieszczenie w porozumieniu klauzul dotyczących wyłącznych licencji zwrotnych będzie skutkowało wyłączeniem ich z zakresu rozporządzenia 2015. W poprzednim rozporządzeniu zależało to od tego czy usprawnienia licencjonowanej technologii dały się wydzielić z licencjonowanej technologii lub nowych jej zastosowań[24]. Rozszerzona została klauzula rozwiązania licencji niewyłącznej w wypadku kwestionowania ważności licencjonowanej technologii z terytorium RP na obszar Unii Europejskiej. Zrezygnowano z umieszczenia w rozporządzeniu katalogu porozumień, do których nie stosuje się wyłączenia grupowego, w przeciwieństwie do rozporządzenia 2007, które wymieniało takie kategorie porozumień w § 10.

Nowe rozporządzenie wydłuża w stosunku do poprzedniego okres obowiązywania wyłączenia dla porozumień transferu technologii dotyczących korzystania z know-how. W rozporządzeniu 2007 okres ten wynosił maksymalnie 10 lat, licząc od dnia wprowadzenia na rynek właściwy towarów objętych porozumieniem, pod warunkiem, że licencjonowane know-how pozostawało niejawne. Rozporządzenie 2015 nie wyznacza granic okresu obowiązywania wyłączenia dla licencji know-how, stwierdzając jedynie, że know-how musi pozostawać niejawne. Jednak w przypadku upublicznienia know-how przez licencjobiorcę, wyłączenie stosuje się przez okres ważności porozumienia. Know-how jako jedno z praw własności intelektualnej wyróżnia się specyficznym charakterem, ponieważ zachowuje wartość gospodarczą nawet po upływie wielu lat. Ochrona tego prawa jest nierozerwalnie związana z obowiązkiem niejawności (Piszcz, 2014, s. 409). Nie można na nie uzyskać ochrony w postaci patentu, prawa ochronnego lub innego ograniczonego czasowo prawa wyłącznego (Barta i Markiewicz, 2014, s. 30). W związku z tym uważam, że jest to pozytywna zmiana.

[23] Rozporządzenie 2007, § 7 ust. 2 lit. b.

[24] Ibidem, § 8 ust. 1 i 2.

IV. Co, jeśli porozumienie wykracza poza zakres wyłączenia grupowego w prawie polskim? Potencjalne pułapki czekające na nieostrożnych

Zmiany wprowadzone przez rozporządzenie 2015 skutkują tym, że porozumienia transferu technologii, które do tej pory z dużą dozą pewności były traktowane przez strony jako podlegające wyłączeniu na podstawie rozporządzenia 2007, mogą już nie być objęte zakresem wyłączenia. Strony porozumień transferu technologii powinny przejrzeć je pod kątem zgodności z nowym rozporządzeniem. Do porozumień, które nie spełniają warunków wyłączenia w nim określonych zastosowanie będzie miało rozporządzenie 2007, jednak nie dłużej niż do 30 kwietnia 2016 r. Po tym terminie porozumienia będą oceniane według kryteriów wyznaczonych przez rozporządzenie 2015.

Pomimo że zmiany nie były wielkie, specyfika rynku nowych technologii wymaga systematycznego przeprowadzania oceny bieżącej sytuacji. Analizując czy dane porozumienie skorzysta z „bezpiecznej przystani" rozporządzenia 2015, należy zwrócić szczególną uwagę na niektóre zagadnienia stanowiące potencjalne pułapki dla nieuważnych.

Po pierwsze, istotna jest definicja rynku właściwego. Ustalenie granic rynku nowych technologii jest niezwykle trudnym zadaniem. Dynamika zmian na nim zachodzących nie zawsze pozwala na precyzyjne jego zdefiniowanie. Technologia, której dotyczy umowa może być na tyle przełomowa, że samodzielnie będzie tworzyła nowy rynek właściwy, przynajmniej na początku, do powstania konkurencyjnych rozwiązań. Z tym zagadnieniem łączy się również kwestia określenia udziałów w rynku. Po raz kolejny szybkie zmiany na rynku będą miały na to niemały wpływ. Wprowadzenie nowego produktu, który zyska na rynku w krótkim czasie silną pozycję, może spowodować, że umowa nie skorzysta z wyłączenia zawartego w rozporządzeniu, ponieważ przekroczy ustalone progi rynkowe. Należy przy tym pamiętać o różnicy między łącznym a indywidualnym udziałem stron w rynku. Dla stron porozumienia będących konkurentami przewidziano 20% próg łącznych udziałów rynku, dla stron niebędących konkurentami wynosi on 30% dla którejkolwiek strony.

Drugim zagadnieniem, na które strony powinny zwrócić szczególną uwagę, jest przedmiot zawartego porozumienia. Przedmiotem porozumienia mogą być tylko prawa własności intelektualnej wymienione w rozporządzeniu 2015. Tym samym, np. licencja know-how obejmująca informacje, które nie są istotne z punktu widzenia wytwarzania towarów objętych porozumieniem, nie będzie stanowiła porozumienia o transferze technologii w rozumieniu § 3 ust. 5 rozporządzenia 2015 i nie będzie mogła być objęta wyłączeniem.

Trzecią kwestią wartą poruszenia jest liczba stron porozumienia. Tylko porozumienia bilateralne mogą zostać poddane wyłączeniu grupowemu. Istotne jest również rozróżnienie między przedsiębiorcami konkurującymi i niebędącymi konkurentami. Definicję konkurentów zawiera § 3 pkt 10 rozporządzenia, który stanowi, że konkurentami są: (1) przedsiębiorcy, którzy udzielają licencji na prawa do konkurencyjnych technologii na rynku właściwym; (2) przedsiębiorcy działający na rynku właściwym obejmującym sprzedaż towarów stanowiących przedmiot porozumienia; (3) w tym przedsiębiorcy, którzy w przypadku braku porozumienia o transferze technologii, wobec wzrostu cen względnych, prawdopodobnie dokonaliby w krótkim czasie dodatkowych inwestycji lub ponieśli inne koszty dostosowawcze konieczne do wejścia na rynek właściwy. Jest to definicja szersza niż pojęcie konkurentów w rozumieniu art. 4 pkt 11 uokik.

V. Uwagi końcowe

Z praktycznego punktu widzenia istotne jest, że jeśli porozumienie spełnia warunki rozporządzenia 2015, to można bezpiecznie założyć, że nie narusza ono zakazu porozumień ograniczających konkurencję z art. 6 ust. 1 uokik (Kohutek, 2014, s. 327). Co jednak w sytuacji, gdy porozumienie nie może bądź są wątpliwości czy może skorzystać z wyłączenia grupowego oferowanego przez rozporządzenie? Przede wszystkim, jeśli rozporządzenie 2015 nie znajdzie zastosowania do danego porozumienia, nie oznacza to, że automatycznie narusza ono zakaz porozumień ograniczających konkurencję. Jednak gdyby organ ochrony konkurencji wszczął postępowanie w stosunku do takiego porozumienia, to jego strony mogą powołać się na przesłanki z art. 8 ust. 1 uokik. Na stronach spoczywa ciężar dokonania samooceny zawartego porozumienia. Na jej podstawie mogą skutecznie bronić się przed zarzutami organu ochrony konkurencji (Jurkowska i Skoczny, 2008, s. 33–34).

Na tle prawa unijnego praktyczne wskazówki co do tego, jakie porozumienia nie naruszają prawa ochrony konkurencji zawierają również Wytyczne. Należy jednak pamiętać o tym, że Wytyczne stanowią miękkie prawo (*soft law*) i jako takie nie są aktem prawnie wiążącym. Wytyczne pozostają w cieniu rozporządzenia nr 316/2014 i stanowią uzupełnienie jego postanowień.

Powodami, dla których porozumienie może nie znaleźć się w „bezpiecznej przystani" rozporządzenia 2015, są: przekroczenie progów udziału stron we właściwych rynkach lub zawarcie porozumienia, które będzie miało więcej niż dwie strony. Inne klauzule, których umieszczenie w porozumieniu uniemożliwia skorzystanie z wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu, zawarte są w § 7 i 8. Ustawodawca stoi na stanowisku, że porozumienia zawierające powyższe ograniczenia z założenia naruszają konkurencję i jest mało prawdopodobne, aby nawet w przypadku indywidualnej oceny spełniały warunki niezbędne do wyłączenia z zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Rozporządzenie 2015 wymienia odmienne ograniczenia w zależności od tego czy przedsiębiorcy konkurują między sobą (§ 7), czy też nie (§ 8). Stronom, które nie konkurują ze sobą pozostawiono większe pole manewru w zakresie kształtowania treści porozumienia. Porozumienie zawierające najpoważniejsze ograniczenia, aby nie naruszać zakazu praktyk ograniczających konkurencję, będzie wymagało konkretnego i merytorycznego uzasadnienia dla zawarcia w nim tego typu klauzul. Strony porozumienia będą musiały wykazać, że spełnia ono przesłanki z art. 8 ust. 1 uokik. W przypadku wykluczonych ograniczeń (§ 10 rozporządzenia 2015), sytuacja jest dużo prostsza, ponieważ są to ograniczenia, które nie podlegają wyłączeniu grupowemu, ale nie wykluczają zastosowania rozporządzenia do innych postanowień porozumienia, o ile mogą być one oddzielone od pozostałych części umowy. Ograniczenia te mogą, ale nie muszą naruszać zakazu ograniczania konkurencji. Jednak, aby to ustalić, wymagane jest przeprowadzenie indywidualnej oceny poszczególnych postanowień pod względem pozytywnych i negatywnych skutków, jakie mogą one mieć dla konkurencji.

Wydanie rozporządzenia 2015 można ocenić jako niecelowe, ponieważ nie wykazuje ono żadnych istotnych różnic w stosunku do rozporządzenia nr 316/2014. Przychylam się do poglądu niektórych autorów (du Vall, 2008, s. 342–343; Piszcz, 2014, s. 60), że rezygnacja z wydawania w Polsce rozporządzenia dotyczącego wyłączeń grupowych dla porozumień transferu technologii oraz wprowadzenie w uokik odpowiedniego odesłania do stosowania unijnego rozporządzenia w tym przedmiocie jest lepszym rozwiązaniem.

Bibliografia

Adam, R., Safjan, M. i Tizzano, A. (2014). *Zarys prawa Unii Europejskiej*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Barta, J. i Markiewicz, R. (2014). *Prawo autorskie i prawa pokrewne*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Batchelor, B. i Sheraton, H. (2014). EU tightens antitrust rules for licensing agreements.(Technology Transfer Block Exemption Regulation & Guidelines). *The Licensing Journal*, *34*(6).

Jurkowska, A. i Skoczny, T. (2008). Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we wspólnotowym i polskim prawie ochrony konkurencji. W: A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Kohutek, K. (2014). W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów: komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Lenaerts, K. i van Nuffel, P. (2011). *European Union Law*. Londyn: Sweet & Maxwell.

Miąsik, D. (2008). Wyłączenia grupowe dla porozumień transferu technologii. W: A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Piszcz, A. (2014). Art. 8. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów: komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Skoczny, T. (2004). Instrumenty relatywizacji i racjonalizacji zakazów praktyk ograniczających konkurencję. W: *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej – księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr hab. Jana Grabowskiego*. Katowice: Górnośląska Wyższa Szkoła Handlowa im. Wojciecha Korfantego.

du Vall, M. (2008). *Prawo patentowe*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Aleksandra Kłoczko*

Zasada proporcjonalności przy wymierzaniu kar pieniężnych za naruszenie przepisów prawa konkurencji. Analiza metody obliczania wysokości kar pieniężnych nakładanych na przedsiębiorstwa na przykładzie Unii Europejskiej, Turcji oraz Polski

Spis treści

I. Wstęp
II. Metoda obliczania wysokości nakładanej kary pieniężnej przyjęta przez Komisję Europejską
III. Zmiana metody obliczania wysokości nakładanej kary pieniężnej w Turcji
IV. Metoda obliczania wysokości nakładanej kary pieniężnej w Polsce
1. Dotychczasowa praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK a zasada proporcjonalności
2. Wpływ zasady proporcjonalności na orzecznictwo polskich sądów
V. Zasadność zmiany metody obliczania wysokości nakładanej przez Prezesa UOKiK kary na gruncie przyjętych wyjaśnień
VI. Wnioski

Streszczenie

Artykuł przedstawia problematykę związku zasady proporcjonalności i indywidualizacji kary z metodą obliczania wysokości nakładanych na przedsiębiorców kar pieniężnych za naruszenie przepisów prawa konkurencji, na podstawie artykułu 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z przyjętym ugruntowanym orzecznictwem TSUE, przy określaniu kwoty bazowej do obliczenia wysokości nałożonej kary, możliwe jest przyjęcie rozwiązania, które uwzględnia zarówno całkowity obrót osiągany przez przedsiębiorstwo wskazujący na jego siłę rynkową, jak i część danego obrotu, pochodzącą ze sprzedaży produktów objętych naruszeniem, która wskazuje na zakres naruszenia. Zgodnie z orzecznictwem TSUE, chociaż art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 pozostawia Komisji szeroki zakres uznania, to jednak ogranicza on możliwość korzystania z niego, określając obiektywne kryteria, które Komisja jest zobowiązana stosować. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w swojej dotychczasowej praktyce decyzyjnej przy obliczaniu wartości nakładanej na przedsiębiorstwo kary brał pod uwagę cały obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w roku poprzedzającym rok nałożenia kary, niemiej jednak metoda ta wiązała się w wielu przypadkach z niezasadną wielkością nałożonej kary, która w postępowaniu odwoławczym przed sądem powszechnym była wielokrotnie zmniejszana. W tym zakresie Sądy niejednokrotnie wskazywały na potrzebę respektowania zasady proporcjonalności i indywidualizacji kary poprzez

* Studentka studiów doktoranckich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; e-mail: kloczko.aleksandra@gmail.com.

odniesienie kwoty bazowej nakładanej na przedsiębiorstwo kary do wielkości przychodu przedsiębiorcy uzyskanego ze sprzedaży dóbr lub usług z segmentu rynku objętego zakazaną praktyką.

Słowa kluczowe: metoda; kara pieniężna; Polska; Unia Europejska; Turcja; obrót; proporcjonalność; indywidualizacja kary.

JEL: K21

I. Wstęp

Sankcje w polityce ochrony konkurencji i konsumentów są niewątpliwie jednym z dostępnych instrumentów egzekwowania zakładanych celów ustanowionych przez prawodawców w przepisach prawa. Kara pieniężna przewidziana w art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)[1] nie powinna być większa niż 10% obrotu przedsiębiorcy osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Kara pieniężna nakładana przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) w drodze decyzji powinna być nie tylko skuteczna i odstraszająca, lecz także proporcjonalna. Proporcjonalność wymierzonej kary powinna odnosić się do zamiaru osiągnięcia zakładanego celu, jakim jest zapewnienie, że przedsiębiorca nie dopuści się w przyszłości praktyki naruszającej konkurencję. Metoda obliczania wysokości kary pieniężnej przyjęta przez Prezesa UOKiK różni się od tej przyjętej przez Komisję Europejską (dalej: Komisja), a także niektóre inne kraje członkowskie UE lub niekiedy kraje ościenne. Co więcej, metoda preferowana przez Prezesa UOKiK czasami nie znajduje odzwierciedlenia również w orzecznictwie polskich sądów; a zatem należałoby zadać sobie pytanie: czy nadszedł czas na zmiany w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK?

II. Metoda obliczania wysokości nakładanej kary pieniężnej przyjęta przez Komisję Europejską

Podobnie jak art. 106 ust. 1 uokik, art. 23 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia nr 1/2003[2] przewiduje, że kara pieniężna nałożona na przedsiębiorstwo uczestniczące w naruszeniu nie może przekroczyć 10% całkowitego obrotu uzyskanego przez to przedsiębiorstwo w roku poprzedzającym rok nałożenia kary. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej: TSUE), przy określaniu kwoty bazowej do obliczenia wysokości nałożonej kary, możliwe jest przyjęcie rozwiązania, które uwzględnia zarówno całkowity obrót osiągany przez przedsiębiorstwo wskazujący na jego siłę rynkową, jak i część danego obrotu, pochodzącą ze sprzedaży produktów objętych naruszeniem, która wskazuje na zakres naruszenia[3]. Chociaż art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 pozostawia Komisji szeroki zakres uznania, to jednak ogranicza on możliwość korzystania z niego, określając obiektywne kryteria, które Komisja jest zobowiązana stosować przy obliczaniu wysokości nakładanej kary. Po pierwsze, kwota grzywny, jaka może

[1] T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.

[2] Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. z 4.01.2003 r., L 1/1, s. 205.

[3] Zob. wyr. z 7.06.1983 r. w sprawach od 100/80 do 103/80 *Musique Diffusion française i in. v. Komisja*, pkt 121; z 12.11.2014 r. w sprawie C-580/12 P *Guardian Industries i Guardian Europe v. Komisja*, pkt 54; a także z 23.04.2015 r. w sprawie C-227/14 P *LG Display i LG Display Taiwan v. Komisja*, pkt 50.

zostać wymierzona, ma górną granicę, tak że maksymalna kwota grzywny, którą można nałożyć na dane przedsiębiorstwo może być z góry przewidziana. Po drugie, korzystanie z uprawnień dyskrecjonalnych jest również ograniczone normami postępowania, które Komisja narzuciła sobie w wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a rozporządzenia 1/2003[4]. Zgodnie z pkt 13 wytycznych, w celu ustalenia kwoty podstawowej nakładanej przez Komisję kary, Komisja powinna wziąć pod uwagę wartość sprzedaży dóbr lub usług zrealizowanych przez przedsiębiorstwo, mających bezpośredni lub pośredni związek z naruszeniem, w danym sektorze geograficznym na terytorium EOG. Dlatego, w świetle pkt 13 wytycznych kluczowym przy określaniu „kwoty bazowej" jest określenie gospodarczego znaczenia naruszenia oraz stopnia zaangażowania przedsiębiorstwa w to naruszenie[5]. Formułę odzwierciedlającą zarówno gospodarcze znaczenie naruszenia, jak i stopień zaangażowania każdego z uczestniczących w nim przedsiębiorstw stanowi zgodnie z pkt 6 omawianych wytycznych – wartość sprzedaży dóbr lub usług mających związek z naruszeniem przepisów, połączona z okresem jego trwania. Wartość sprzedaży zatem, którą zgodnie z pkt 13 wytycznych Komisja powinna uwzględnić, stanowi wartość sprzedaży zrealizowanej na rynku, którego dotyczy naruszenie w obrębie EOG[6].

Należy jednak pamiętać, że cel art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 nie zostałby osiągnięty, gdyby obrót uzyskany przez zintegrowanych wertykalnie przedsiębiorców – ze sprzedaży produktów gotowych z wmontowanymi częściami objętymi nielegalnym porozumieniem – nie został uwzględniony przy określaniu wysokości nałożonej na przedsiębiorców kary[7]. Tego typu interpretacja mogłaby doprowadzić do sytuacji, w której zintegrowani wertykalnie przedsiębiorcy mogliby uniknąć odpowiedzialności za czerpanie korzyści z porozumienia poprzez sprzedaż produktów gotowych, w skład których wchodzą części objęte porozumieniem na rynku niższego szczebla. Należy zatem przyjąć, iż w metodzie stosowanej przez Komisję, przy nakładaniu kary pieniężnej na zintegrowane wertykalnie przedsiębiorstwo, brany pod uwagę obrót powinien obejmować wszelką sprzedaż związaną z produktem, którego dotyczy naruszenie, w tym sprzedaż wewnątrzgrupową[8].

Niemniej jednak na gruncie rozporządzenia nr 1/2003 oraz wytycznych Komisja w celu obliczenia kary pieniężnej nakładanej na przedsiębiorstwo za dopuszczenie się praktyk antykonkurencyjnych, przy ustalaniu kwoty bazowej, powinna wziąć pod uwagę wartość sprzedaży dóbr lub usług zrealizowanych przez to przedsiębiorstwo, mających bezpośredni lub pośredni związek z naruszeniem, w danym sektorze geograficznym na terytorium EOG.

Interpretacja przepisów rozporządzenia nr 1/2003 oraz wytycznych poprzez przyjęcie, że przy ustalaniu wysokości nakładanej na przedsiębiorstwo kary należy uwzględnić całkowity obrót osiągany przez przedsiębiorstwo wskazujący na jego siłę rynkową, wychodząc przy tym z przewidzianego rozporządzeniem 10% „maksimum" osiągniętych przez przedsiębiorstwo obrotów,

[4] Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a rozporządzenia 1/2003 (z zastosowaniem dla Europejskiego Obszaru Gospodarczego), Dz. Urz. z 1.09.2006 r., C 210/2.

[5] Zob. wyr. z 11.07.2013 r. w sprawie C-444/11 P *Team Relocations i in. v. Komisja*, pkt 76; z 12.11.2014 r. w sprawie C-580/12 P *Guardian Industries i Guardian Europe v. Komisja*, pkt 57; a także z 23.04.2015 r. w sprawie C-227/14 P *LG Display i LG Display Taiwan v. Komisja*, pkt 53.

[6] Zgodnie z pkt. 18 wytycznych, jeżeli obszar geograficzny danego naruszenia wykracza poza terytorium EOG, Komisja może oszacować całkowitą wartość sprzedaży dóbr lub usług mających związek z naruszeniem, ustalić rynkową część sprzedaży przypadającą na każde z przedsiębiorstw uczestniczących w naruszeniu i zastosować wartość tej części w stosunku do skumulowanej wartości sprzedaży tych przedsiębiorstw na terytorium EOG.

[7] Wyr. TSUE z 9.07.2015 r. w sprawie C-231/14 *P InnoLux Corp. v. Komisja*, pkt 55.

[8] Ibidem, pkt 69.

pomimo wzięcia pod uwagę wszelkich okoliczności łagodzących, może zostać uznana jako niezgodną z zasadą proporcjonalności oraz z zasadą indywidualizacji kary, co potwierdzi lub wykluczy orzeczenie wydane w trybie prejudycjalnym przez TSUE[9].

III. Zmiana metody obliczania wysokości nakładanej kary pieniężnej w Turcji

Metoda obliczania „kwoty bazowej" nakładanej na przedsiębiorcę kary pieniężnej poprzez identyfikację osiągniętych przez tych przedsiębiorców obrotów z segmentu rynku objętego kwestionowaną praktyką przyjęła się nie tylko w państwach członkowskich Unii Europejskiej[10], lecz także została uznana za słuszną w innych krajach, np. w Turcji.

Tureckie rozporządzenie w sprawie nakładania kar pieniężnych w przypadku umów, praktyk i decyzji ograniczających konkurencję i nadużywających pozycji dominującej[11] zostanie zastąpione nowym rozporządzeniem w sprawie stosowania administracyjnych kar pieniężnych[12] w przypadku naruszenia ustawy o ochronie konkurencji[13]. Projekt nowego rozporządzenia został przekazany do konsultacji społecznych na początku 2014 r.[14], dokładna data wejścia w życie nowego rozporządzenia nie jest jednak jeszcze znana (Gürkaynak, Korhan Yıldırım, 2015, s. 331).

Nowe rozporządzenie wprowadzi istotną zmianę w metodzie kalkulacji kar pieniężnych, przyjmując zgodnie z nowym brzmieniem art. 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie stosowania administracyjnych kar pieniężnych za podstawę obliczania wysokości nakładanej kary obrót uzyskany ze sprzedaży produktów na rynku właściwym, objętym porozumieniem w roku poprzedzającym rok nałożenia kary, zastępując tym samym obecną metodę, gdzie podstawę do obliczania wysokości nakładanej kary stanowi całkowity przychód przedsiębiorstwa[15]. Zgodnie z art. 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie stosowania administracyjnych kar pieniężnych kara dla przedsiębiorcy, który dopuścił się zakazanej praktyki, obliczana będzie poprzez pomnożenie 30% obrotu uzyskanego przez przedsiębiorstwo na rynku właściwym przez liczbę lat trwania porozumienia. Należy zaznaczyć, iż wartość 30% stanowi próg maksymalny, zatem ostatecznie przyjęta wartość procentowa ustalana jest przez Rekabet Kurumu – turecki organ antymonopolowy, który przy podejmowaniu decyzji bierze pod uwagę różne czynniki, takie jak siła rynkowa przedsiębiorstwa czy też wyrządzone przez naruszenie szkody. Kwota ostatecznie nałożonej na przedsiębiorstwo kary, zgodnie z art. 16 ustawy o ochronie konkurencji, nie powinna przekroczyć 10% wartości całkowitego przychodu przedsiębiorstwa, osiągniętego w roku poprzedzającym rok nałożenia kary. Co ciekawe, w sytuacji, gdy przedsiębiorca większą część swojego przychodu generuje z działalności na innych

[9] Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez *Consiglio di Stato* (Włochy) w dniu 11.09.2015 r. – *Autorità Garante della Concorrenza e del mercato/Albini & Pitigliani SpA* w sprawie C-483/15, dostępny pod adresem: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CN0483&from=EN (4.12.2015).

[10] Podobna metoda została przyjęta w Niemczech czy też w Wielkiej Brytanii.

[11] Rekabetđ Sinirlayici Anlasma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar Dle Hakđm Durumun Kötüye Kullanilmasi Halđnde Verđlecek Para Cezalarina Dlđskđn Yönetmelđk, Dz. U. nr 27142 z 15.02.2009 r., angielskie tłumaczenie dostępne pod adresem: http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fRegulation%2fyonetmelik11.pdf (16.02.2016).

[12] Rekabetin Korunmasi Hakkinda Kanunun Ihlali Halinde Verilecek Idari Para Cezalarina Ilişkin Yönetmelik Taslağı, dostępna pod adresem: http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FG%C3%BCncel%2Fk%C4%B1lavuzlar%2Fcezaaa.pdf (16.02.2016).

[13] Rekabetin Korunmasi Hakkinda Kanun, Dz. U. nr 4054 z 7.12.1994 r., angielskie tłumaczenie dostępne pod adresem: http://www.rekabet.gov.tr/en-US/Pages/Act-No-4054 (15.02.2016).

[14] Komunikat dostępny pod adresem: http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Guncel/Rekabetin-Korunmasi-Hakkinda-Kanunun-Ihlali-Halinde-Verilecek-Idari-Para-Cezalarina-Iliskin-Yonetmelik-Taslagi-kamuoyu-gorusune-acildi (16.02.2016).

[15] Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 5 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie nakładania kar pieniężnych w przypadku umów, praktyk i decyzji ograniczających konkurencję i nadużywających pozycję dominującą.

rynkach niż rynek objęty przedmiotową praktyką, rozporządzenie przewiduje możliwość podwyższenia wysokości nałożonej ostatecznie kary pieniężnej (Turan i Ozkan, 2014). Zgodnie z art. 7 rozporządzenia w sprawie stosowania administracyjnych kar pieniężnych, kwota bazowa kary pieniężnej może zostać również podwyższona, jeżeli przedsiębiorca był inicjatorem lub liderem zakazanego porozumienia oraz w przypadku, gdy dopuścił się naruszenia prawa konkurencji ponownie w przeciągu ośmiu lat po doręczeniu uprzednio wydanej decyzji. Pozostawienie w rękach organu antymonopolowego narzędzia umożliwiającego podwyższenie kwoty bazowej nakładanej kary ma zatem pełnić funkcję „odstraszającą" wobec przedsiębiorców (Gurkaynak, 2014, s. 7–8).

Opisana powyżej metoda obliczania wysokości kar pieniężnych przewiduje ustalenie w pierwszej kolejności kwoty bazowej, która będzie stanowiła obrót osiągnięty przez dane przedsiębiorstwo ze sprzedaży dóbr i usług na rynku objętym zakazaną praktyką, przy czym pozostawia w rękach urzędu antymonopolowego możliwość zwiększenia kwoty bazowej w szczególnych okolicznościach. Wydaje się jednak, że przy takiej metodzie konieczne jest ustalenie jednoznacznych kryteriów co do kalkulacji i motywów podwyższania kwoty bazowej nakładanych kar pieniężnych, aby nie doprowadzić do zbytniej dowolności urzędów antymonopolowych w tym zakresie, a co za tym idzie, do zwiększonej liczby odwołań od decyzji nakładających na przedsiębiorstwa kary pieniężne.

IV. Metoda obliczania wysokości nakładanej kary pieniężnej w Polsce

1. Dotychczasowa praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK a zasada proporcjonalności

W swojej dotychczasowej praktyce decyzyjnej Prezes UOKiK przy obliczaniu wysokości nakładanej na przedsiębiorstwo kary pieniężnej brał pod uwagę cały obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w roku poprzedzającym rok nałożenia kary[16]. Zasadność stosowania przez Prezesa UOKiK powyższej metody potwierdził Sąd Apelacyjny w Warszawie w wydanym niedawno wyroku, w którym to Sąd stwierdził, że przy wymiarze kary pieniężnej, jak wynika z przepisu, powinien być brany pod uwagę cały przychód przedsiębiorcy, a nie tylko przychód osiągnięty z działalności, której dotyczy decyzja[17]. Podobny pogląd pojawiał się dotychczas wielokrotnie[18], między innymi w wyroku Sądu Apelacyjnego z 3 grudnia 2014 r., gdzie Sąd zaznaczył, że przy określaniu wysokości kary pieniężnej należy wziąć pod uwagę wyłącznie procent całego przychodu karanego przedsiębiorcy i nie ma przy tym znaczenia, jaki procent przychodu pochodzi z działalności, w zakresie której doszło do zakazanego porozumienia[19].

Niemniej jednak w doktrynie oraz w wydanym w ostatnim czasie orzecznictwie pojawia się pogląd, zgodnie z którym dotychczasowa preferowana przez Prezesa UOKiK praktyka wymierzania kar pieniężnych uczestnikom porozumienia nie tylko może być postrzegana jako praktyka niezgodna z wymogami zasady proporcjonalności, lecz także obliczone i nałożone za pomocą preferowanej metody kary mogą niekoniecznie realizować represyjną i prewencyjną funkcję, jaką kary powinny spełniać. Co więcej różna przychodowość stron postępowania może doprowadzić do wątpliwego, niekiedy niesłusznego zróżnicowania nałożonych kar pieniężnych w szczególności,

[16] Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 23.06.2010 r., RBG-8/2010.

[17] Wyr. SA w Warszawie z 18.03.2015 r., VI ACa 842/14.

[18] Zob. wyr. SOKiK z 15.12.2009 r., XVII AmA 36/09; wyr. SOKiK z 26.08.2009 r., XVII AmA 7/09.

[19] Wyr. SA w Warszawie z 3.12.2014 r., VI ACa 1671/13.

gdy nie uwzględni się niekiedy niewielkiego przychodu uzyskanego przez przedsiębiorcę na rynku właściwym objętym zakazana praktyką (Piszcz, 2012, s. 15).

Kara za praktyki antykonkurencyjne musi być proporcjonalna do popełnionego naruszenia również w sytuacji, w której aktywność gospodarcza przedsiębiorców prowadzona jest w wielu obszarach. Coraz częściej zdarza się bowiem, że przedsiębiorcy równolegle prowadzą działalność polegającą na sprzedaży różnych dóbr lub usług. W tej sytuacji uwzględnienie na potrzeby obliczenia kwoty bazowej części obrotu z działalności niezwiązanej z naruszeniem nie jest proporcjonalne i adekwatne do zaistniałego naruszenia interesu publicznego. Zgodnie z metodą przyjętą przez Komisję oraz inne państwa, a także zgodnie z postulatami pojawiającymi się w doktrynie, obrót uzyskany ze sprzedaży produktów lub usług, których dotyczy naruszenie, powinien stanowić podstawę przy wymierzaniu kary pieniężnej za praktyki antykonkurencyjne[20].

2. Wpływ zasady proporcjonalności na orzecznictwo polskich sądów

W wydanym 29 maja 2015 r. wyroku[21] Sąd Apelacyjny w Warszawie stanął na stanowisku, iż zasada proporcjonalności uwzględnia kryterium, jakim jest wielkość przychodu z działalności prowadzonej w „segmencie rynkowym", na którym dopuszczono się stosowania praktyki naruszającej konkurencję. Sąd Apelacyjny w wydanym wyroku zmienił konsekwentnie wysokość zaskarżonej kary, przyjmując jako kwotę bazową do jej obliczenia wysokość przychodów spółki osiągniętych w segmencie rynkowym, na którym dopuszczono się stosowania praktyki naruszającej konkurencję. Przyjęcie innej metody przy obliczaniu kwoty bazowej pozwoliło zmniejszyć horrendalnie wysoką karę pieniężną (ponad 60 mln zł) z tytułu nadużycia pozycji dominującej dwunastokrotnie – do kwoty 5.500.581 zł.

Zdaniem Sądu Najwyższego, ocena proporcjonalności kary pieniężnej nie oznacza, że każda nałożona na przedsiębiorcę kara o wysokości wyższej niż poziom przychodów osiągnięty przez tego przedsiębiorcę z zakazanej praktyki będzie uznawana za nieproporcjonalną[22]. Jednakowoż, mając powyższe na względzie, można uznać, że ryzyko nałożenia kary, która nie będzie spełniała przesłanki proporcjonalności jest wyższe, jeżeli kwota bazowa jest obliczona z całości przychodów osiągniętych przez dane przedsiębiorstwo, szczególnie w sytuacji, gdy skala przychodów ze sprzedaży towarów, których dotyczyła kwestionowana praktyka, była nieznaczna. Jak wskazał Sąd Najwyższy w kolejnym wyroku, istnieje zatem potrzeba odpowiedniego uwzględnienia czynnika rzutującego na ocenę adekwatności stopnia dolegliwości kary pieniężnej, jakim niewątpliwie jest poziom przychodów uzyskany ze sprzedaży towarów objętych porozumieniem[23]. Kwestię tę poruszył także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 marca 2014 r., w którym stwierdził, że zasada proporcjonalności sugeruje zrelatywizowanie wymierzonej kary pieniężnej do wysokości przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży produktu, którego sprzedaż była źródłem praktyki niezgodnej z zasadami prawa konkurencji[24].

Podobny pogląd pojawia się również w praktyce orzeczniczej dotyczącej ochrony zbiorowych interesów konsumentów. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie kara pieniężna sprawiedliwa

[20] Postulat zawarty przez Stowarzyszenie Prawa Konkurencji w piśmie do Prezesa UOKiK z 21.08.2015 r, w ramach konsultacji społecznych.

[21] Wyr. SA w Warszawie z 29.05.2015 r., VI ACa 1018/14.

[22] Wyr. SN z 15.05.2014 r., III SK 54/13.

[23] Tak wyr. SN z 15.05.2014 r., III SK 44/13.

[24] Wyr. SN z 4.03.2014 r., III SK 34/13.

i adekwatna do charakteru popełnionego czynu oraz okoliczności jego popełnienia powinna być bardziej zbliżona do takiego udziału we wszystkich przychodach, jaki udział w tych przychodach stanowił przychód osiągnięty dzięki zakwestionowanej praktyce[25]. Również SOKiK w rozpatrywanej sprawie uznał, że kara, która ma pozostać w odpowiedniej proporcji do naruszenia reguł prawa musi także uwzględniać aspekt więzi między karą a bezprawnym działaniem, a zatem niszowy nieprzynoszący wymiernych korzyści finansowych produkt nie może skutkować nałożeniem kary relatywnie nieuwzględniającej tak marginalnego aspektu działalności[26].

Niewątpliwie, powyższe orzecznictwo można uznać za precedensowe, jak również bardzo znaczące z punktu widzenia potrzebnych zmian w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK.

V. Zasadność zmiany metody obliczania wysokości nakładanej przez Prezesa UOKiK kary na gruncie przyjętych wyjaśnień

Zgodnie z „Wyjaśnieniami dotyczącymi ustalania wysokości kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję" z grudnia 2015 r.[27], kwota bazowa do dalszego ustalania wysokości kar pieniężnych powinna zostać określona z uwzględnieniem poszczególnych, wskazanych w pkt 2, kryteriów. Podstawowym kryterium do określenia kwoty bazowej jest natura naruszenia, niemniej jednak Prezes UOKiK może zmniejszyć lub zwiększyć kwotę ustaloną na podstawie pkt 2.1 maksymalnie o 80%, biorąc pod uwagę specyfikę rynku, specyfikę działalności przedsiębiorców oraz skutki rynkowe naruszenia (pkt 2.2). Jednym z czynników, które Prezes UOKiK powinien zatem wziąć pod uwagę, ustalając wysokość kwoty bazowej, jest niewielki udział przychodów ze sprzedaży towarów należących do rynku właściwego w obrocie przedsiębiorcy (pkt 2.2 lit. e). Pomimo iż wyjaśnienia Prezesa UOKiK nie stanowią aktu prawa powszechnie obowiązującego, przy obliczaniu kwoty bazowej zgodnie z przedstawionymi w wyjaśnieniach kryteriami może dojść do sytuacji, w której kwota bazowa, choć powinna uwzględniać niewielki udział przychodów przedsiębiorcy z towarów należących do rynku właściwego, będzie wyższa niż obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę z działalności objętej zakazaną praktyką. W takiej sytuacji kwota bazowa nie tylko nie uwzględniałaby specyfiki rynku i specyfiki działalności przedsiębiorcy, co byłoby niezgodne z podstawowymi założeniami Wyjaśnień, lecz także nie byłaby zgodna z zasadą proporcjonalności. Dyskrecja Prezesa UOKiK w zakresie ustalenia wysokości dopuszczalnej kwoty bazowej jest na tyle duża, że można stwierdzić, że jest ona wręcz ustalana w sposób dowolny (Semeniuk, 2013). Zmiana praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK nie powinna zatem ograniczyć się wyłącznie do zmiany w kwestii interpretacji przepisów uokik, ale powinna również pociągnąć za sobą zmianę stosowanych obecnie wyjaśnień dotyczących ustalania wysokości kar pieniężnych, gdzie kwota bazowa do dalszego ustalania wysokości kar pieniężnych określona zostałaby na podstawie obrotu osiągniętego przez przedsiębiorcę na rynku właściwym objętym zakazaną praktyką.

Zasadność zmiany metody obliczania wysokości nakładanej przez Prezesa UOKiK kary, wynika również z podstawowych założeń opublikowanych 1 września 2015 r. „Wyjaśnień dotyczących przedstawiania *Szczegółowego uzasadnienia zarzutów* w postępowaniach w sprawach:

[25] Wyr. SA w Warszawie z 16.04.2014 r., VI ACa 1262/13.

[26] Tak wyr. SOKiK z 3.12.2014 r., XVII AmA 89/13.

[27] Opublikowane 28.12.2015 r., https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php (15.02.2015).

1) praktyk ograniczających konkurencję, 2) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz 3) nakładania kar pieniężnych za naruszenie przepisów ustawy”[28], z których wyraźnie wynika konieczność respektowania sprawiedliwości proceduralnej w toku prowadzonych przez Prezesa UOKiK postępowań. Z całą pewnością konstytucyjna zasada proporcjonalności należy do podstawowych sprawiedliwości proceduralnych, powinna być zatem ze wszech miar respektowana (Sendrowicz, Piekarczyk, 2015). Jak ponadto wynika z opublikowanych wyjaśnień, Prezes UOKiK w wystosunkowanym do przedsiębiorstwa szczegółowym uzasadnieniu zarzutów, musi wskazać czy zamierza nałożyć na stronę postępowania karę oraz przedstawić okoliczności, które miały wpływ na jej wysokość. Kluczowym zadaniem wyjaśnień jest zatem dążenie do zmniejszenia niepewności prawnej, a co za tym idzie – uzupełnienie istniejących i powszechnie obowiązujących przepisów o bardziej szczegółowe i jasne reguły postępowania (Błachucki, 2015, s. 46).

Zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 1 uokik Prezes UOKiK powinien, ustalając wysokość nakładanej kary, wziąć pod uwagę okoliczności dotyczące działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia, a także specyfikę rynku, na którym doszło do naruszenia, a więc specyfikę rynku właściwego (Piszcz, 2013, s. 38). Nałożony na Prezesa UOKiK ustawowy obowiązek uwzględnienia okoliczności dotyczących działalności przedsiębiorcy na rynku dotkniętym zakazaną praktyką oraz wymóg wskazania tych okoliczności w szczegółowym uzasadnieniu zarzutów, tym bardziej potwierdza prawidłowość twierdzenia, że obrót osiągnięty ze sprzedaży produktów objętych naruszeniem powinien stanowić wartość „wyjściową” przy ustalaniu wysokości nakładanej na przedsiębiorstwo kary (Modzelewska de Raad, 2015, s. 100). Powyższe podejście spełni ustawowy obowiązek, ale również będzie w pełni respektować zasadę proporcjonalności, co zapewni sprawiedliwość proceduralną zgodnie z opublikowanymi przez Prezesa UOKiK wyjaśnieniami dotyczącymi przedstawienia szczegółowego uzasadnienia zarzutów.

VI. Wnioski

Zasada proporcjonalności przy obliczaniu wysokości nakładanej w toku postępowania antymonopolowego kary pieniężnej jest gwarantem zachowania sprawiedliwości proceduralnej, która powinna przyświecać wszelkim działaniom podejmowanym przez Prezesa UOKiK, co zostało również potwierdzone w wyjaśnieniach dotyczących przedstawiania szczegółowego uzasadnienia zarzutów.

Przy obliczaniu wysokości nakładanej na przedsiębiorcę kary, Komisja na gruncie rozporządzenia nr 1/2003 jako kwotę bazową przyjmuje wartość sprzedaży dóbr i usług zrealizowanych przez to przedsiębiorstwo na rynku, którego dotyczy naruszenie w obrębie EOG. Należy przy tym zaznaczyć, że w metodzie stosowanej przez Komisję, przy nakładaniu kary pieniężnej na zintegrowane wertykalnie przedsiębiorstwo, w niektórych przypadkach brana jest także pod uwagę sprzedaż wewnątrzgrupowa.

Tożsamą metodę przyjęło wiele państw członkowskich UE, jak i niebawem Turcja w drodze nowego rozporządzenia w sprawie stosowania administracyjnych kar pieniężnych w przypadku naruszenia ustawy o ochronie konkurencji. Turecki ustawodawca poszedł niejako krok dalej, pozostawiając w rękach organu antymonopolowego możliwość podwyższenia ostatecznie nałożonej kary w przypadku, gdy przedsiębiorca uwikłany w praktykę niezgodną z prawem antymonopolowym

[28] Opublikowane 1.09.2015 r., https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php (15.02.2015).

osiąga jedynie nieznaczną część swojego obrotu z przedmiotowej zakazanej praktyki lub gdy zostaną spełnione inne okoliczności przewidziane w rozporządzeniu.

Polska uokik nie precyzuje, jaka kwota powinna stanowić wartość kwoty bazowej przy obliczaniu wysokości nakładanej na przedsiębiorstwo kary pieniężnej. Dyskrecjonalność UOKiK w tym zakresie może w rezultacie doprowadzić do sytuacji, w której kwota bazowa będzie znacznie przewyższała obrót przedsiębiorcy osiągnięty z kwestionowanej w postępowaniu antymonopolowym praktyki, co w dotychczasowej praktyce decyzyjnej niejednokrotnie miało miejsce. Z uwagi na powyższe, pojawia się swojego rodzaju niekonsekwencja oraz niespójność pomiędzy orzecznictwem Prezesa UOKiK oraz orzecznictwem sądowym, jak również w samym orzecznictwie sądów. Konsekwencją tej dowolności może być również tendencja do znacznego obniżania przez sądy kar pieniężnych nakładanych przez Prezes UOKiK[29]. Zatem, doprecyzowanie metody obliczania kar pieniężnych tak, aby Prezes UOKiK w pierwszej kolejności przyjmował jako kwotę bazową obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę ze sprzedaży dóbr lub usług na rynku właściwym objętym zakazaną praktyką, pozwoliłoby nie tylko zagwarantować sprawiedliwość proceduralną poprzez respektowanie przesłanki proporcjonalności i indywidualizacji kary, ale również zmniejszyłoby liczbę odwołań z tytułu niezasadnej wysokości nałożonej w decyzji kary pieniężnej.

Proporcjonalność wymierzonej kary powinna odnosić się do zamiaru osiągnięcia zakładanego celu, jakim jest zapewnienie, że przedsiębiorca nie dopuści się w przyszłości praktyki ograniczającej konkurencję. Opisana w niniejszym artykule alternatywna metoda obliczania wysokości nakładanej kary stanowi krok w kierunku zapewnienia zgodności metody obliczania wysokości kar pieniężnych z zasadą proporcjonalności i indywidualizacji kary, przy czym wysokość tak obliczonej kary w pełni powinna spełnić swój ustawowy represyjny i prewencyjny cel. W tym względzie niewątpliwie istotną rolę będzie odgrywał TSUE, który wydając orzeczenie w trybie prejudycjalnym, rozwiąże problem interpretacji ustawodawstwa unijnego.

Bibliografia

Błachucki, M. (2015). Wytyczne w sprawie nakładania administracyjnych kar pieniężnych (na przykładzie wytycznych wydawanych przez Prezesa UOKiK). W: M. Błachucki (red.), *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.

Gürkaynak, G. (2014). The Turkish Competition Authority Opens Public Consultation on the Draft Regulation on Administrative Fines. *Legal Insights Quarterly*, *March– May*.

Gürkaynak, G. i Korhan Yıldırım, K. (2015). Turkey. W: *The Handbook of Competition Enforcement Agencies*. Global Competition Review.

Modzelewska de Raad, M. (2015). System kar pieniężnych w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów – potrzeba i kierunek dalszych zmian. *iKAR*, *2*(4).

Piszcz, A. (2012). Kilka uwag do projektu założeń ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. *iKAR*, *2*(1).

Piszcz, A. (2013). Zasady ustalania wysokości kar pieniężnych według projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. *iKAR*, *1*(2).

29 Zob. np. wyr. SA w Warszawie z 29.05.2015 r., VI ACa 1018/14, gdzie kara pieniężna z ponad 60 mln zł została obniżona do kwoty 5.500.581 zł.

Semeniuk, P. (2013). *Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję – realizacja zasady określoności kary, czy administracyjne szalbierstwo?*. Pozyskano z: http://www.korporacyjnie.pl/wyjasnienia-w-sprawie-ustalania-wysokosci-kar-pienieznych-za-stosowanie-praktyk-ograniczajacych-konkurencje-realizacja-zasady-okreslonosci-kary-czy-administracyjne-szalbierstwo/ (16.02.2016)

Sendrowicz, M. i Piekarczyk, Z. (2015). *Jaka sankcja za naruszenie prawa konkurencji*, Rzeczpospolita, Wydanie – 10245. Pozyskano z: http://archiwum.rp.pl/artykul/1286400-Jaka-sankcja-za-naruszenie-prawa-konkurencji.html (14.03.2016).

Turan, T. i Ozkan, D. (2014). *Turkish draft regulation on administrative fines for breach competition law*. Pozyskano z: http://uk.practicallaw.com/8-556-4325?q=turnover+base+for+fine+calculation (15.09.2015).

Mariusz Motyka-Mojkowski*

Private enforcement w Niemczech – przegląd orzecznictwa

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Podstawa prawna
III. Krąg uprawnionych
IV. Powstanie i wysokość szkody
V. Zarzut *passing-on*
VI. Wiążący charakter decyzji stwierdzającej naruszenie prawa
VII. Dostęp do akt postępowania antymonopolowego
VIII. Roszczenia odszkodowawcze przeciwko pracownikom
IX. Modele zbiorowego dochodzenia roszczeń
    1. Cartel Damage Claims – model działalności
    2. Przebieg postępowania w tzw. drugiej sprawie cementowej
    3. Barnsdale Cartel Damage Solutions AG
X. Dyrektywa 2014/104/UE – zakres implementacji do niemieckiego prawa
XI. Podsumowanie

Streszczenie

Niemcy są, oprócz m.in. Anglii i Holandii, jednym z niewielu krajów w Unii Europejskiej, w których praktyczne znaczenie *private enforcement* stale rośnie. Przejawem tej tendencji jest wzrastająca liczba postępowań sądowych w sprawach typu zarówno *follow-on*, jak i *stand alone*. Celem niniejszego opracowania jest zaprezentowanie najnowszego dorobku orzeczniczego sądów niemieckich w sprawach dotyczących prywatnoprawnego wdrażania reguł konkurencji ze szczególnym uwzględnieniem alternatywnych modeli grupowego dochodzenia roszczeń. Omówione zostaną również zmiany wynikające z konieczności implementacji Dyrektywy 2014/104.

Słowa kluczowe: *private enforcement*; *passing-on*; dochodzenie roszczeń odszkodowawczych; naruszenie prawa konkurencji; ujawnianie dowodów; skutek rozstrzygnięć krajowych; postępowania grupowe; Niemcy.

JEL: K21

* Radca prawny i niemiecki adwokat, członek praktyki prawa ochrony konkurencji w kancelarii Freshfields Bruckhaus Deringer LLP w Berlinie; e-mail: Mariusz.MOTYKA-MOJKOWSKI@freshfields.com.

I. Wprowadzenie

Wejście w życie tzw. siódmej noweli kartelowej w 2005 r. w znaczący sposób wpłynęło na rozwój prywatnoprawnego wdrażania prawa ochrony konkurencji w Niemczech (szerzej Będkowski-Kozioł, 2007, s. 10 i n.). W efekcie RFN dołączyła do Anglii i Walii oraz Holandii, czyli krajów, w których prowadzona jest większość postępowań odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł ochrony konkurencji w UE[1]. Zgodnie z danymi Federalnego Urzędu Antymonopolowego (*Bundeskartellamt*, BKartA) tylko w latach 2011–2012 wszczęto w Niemczech 311 nowych postępowań cywilnych, w ramach których pozwani dochodzili roszczeń z naruszeń prawa konkurencji[2], natomiast w latach 2013–2014 liczba ta zwiększyła się do 322[3]. Znaczącą rolę w rozwoju *private enforcement* w Niemczech odegrały sądy powszechne, których wyroki przyczyniły się do wyjaśnienia szeregu niejasności wynikających z treści przepisów niemieckiego prawa dotyczącego prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji.

Celem niniejszego opracowania jest analiza stanu cywilnoprawnego wdrażania prawa antymonopolowego w Niemczech ze szczególnym uwzględnieniem aktualnego orzecznictwa sądów powszechnych. Ze względu na szereg podobieństw pomiędzy polskim i niemieckim systemem prawa analiza taka może się okazać przydatna w perspektywie dyskusji o kształcie prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji i implementacji postanowień Dyrektywy 2014/104[4] w Polsce. Punkt wyjścia dla poniższych rozważań stanowi treść § 33 niemieckiej ustawy antymonopolowej (dalej: GWB)[5] oraz określone tam przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej (pkt III–V). Ponadto omówione zostaną alternatywne modele „grupowego" dochodzenia roszczeń (pkt IX) oraz zakres niezbędnych zmian w prawie niemieckim w związku z implementacją dyrektywy 2014/104 (pkt X).

II. Podstawa prawna

Podstawą dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych w Niemczech z tytułu naruszenia przepisów GWB lub art. 101/102 TFUE jest co do zasady § 33 GWB[6]. Reguluje on przesłanki roszczeń o podjęcie dostaw i zaprzestanie naruszenia (ust. 1) oraz roszczeń odszkodowawczych (ust. 3). W orzecznictwie przyjmuje się również, że funkcjonowanie nielegalnego kartelu, który doprowadził do podwyżki cen, może stanowić podstawę do uchylenia się od skutków oświadczenia woli, a tym samym otworzyć drogę do dochodzenia roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia[7]. § 33 GWB nie stanowi natomiast podstawy dochodzenia roszczeń regresowych przez jednego z dłużników solidarnych w stosunku do pozostałych dłużników solidarnych w przypadku, gdy odpowiedzialność solidarna wynika z decyzji Komisji Europejskiej nakładającej karę pieniężną z tytułu naruszenia prawa konkurencji[8].

[1] Komisja Europejska, *Impact Assessment Report. Damages actions for breach of the EU antitrust rules*, SWD(2013) 203 final, pkt 52.

[2] Bundeskartellamt, *Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2011/2012 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung*, Bundestag-Drucksachen (BT-Drucks.) nr 17/13675 z 29.05.2013 r., s. 42.

[3] Bundeskartellamt, *Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2013/2014 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung*, BT-Drucks. nr 18/5210 z 15.06.2014 r., s. 34.

[4] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z 26.11.2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (Dz. Urz. UE z 2014 r., L 349/1); dalej: dyrektywa 2014/104.

[5] Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, tekst jednolity z 26.06.2013 r. (Bundesgesetzblatt [BGBl.] 2013, cz. I, s. 1750), ostatnia zmiana z 15.04.2015 r. (BGBl. 2015, cz. I., s. 578). Angielskie tłumaczenie dostępne pod adresem: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html (31.01.2016).

[6] Dotyczy to jedynie naruszeń po 1.07.2005 r. W przypadku wcześniejszych deliktów podstawę roszczenia stanowi § 823 ust. 2 BGB (niemieckiego kodeksu cywilnego).

[7] Bundesgerichtshof (BGH) [Federalny Trybunał Sprawiedliwości], post. z 28.01.2010 r. w sprawie VII ZR 50/09, pkt 12, wraz z glosą Palzer i Preisendanz, 2010, s. 215-222.

[8] BGH, wyr. z 18.11.2014 r. w sprawie KZR 15/12 (Neue Juristische Wochenschrift 2015, s. 1763 i n.).

III. Krąg uprawnionych

Krąg uprawnionych do wnoszenia roszczeń cywilnoprawnych opartych na naruszeniu prawa ochrony konkurencji określa przede wszystkim § 33 ust. 1 i 3 GWB. Zgodnie z tą regulacją roszczenia mogą być dochodzone przez podmioty dotknięte naruszeniem, tzn. konkurentów oraz innych uczestników rynku poszkodowanych na skutek niezgodnej z prawem praktyki rynkowej. O ile od samego wejścia w życie siódmej noweli GWB bezdyskusyjne było uprawnienie bezpośrednich odbiorców towarów i usług od podmiotów biorących udział w naruszeniu, o tyle przez długi czas istniały poważne rozbieżności interpretacyjne czy uprawnienie wynikające z § 33 GWB przysługuje także odbiorcom drugiego (i dalszego) stopnia oraz konsumentom końcowym (szerzej Będkowski-Kozioł, 2007, s. 15).

Wątpliwości te rozwiał ostatecznie Federalny Trybunał Sprawiedliwości (BGH) w wyroku z 2011 r.[9]. Opierając się na orzecznictwie ETS w sprawach *Courage* i *Manfredi*, zgodnie z którym roszczenie o naprawienie szkody powstałej na skutek umowy lub zachowania mogącego ograniczyć lub zakłócić konkurencję powinno przysługiwać „każdej osobie”[10], BGH potwierdził legitymację czynną kontrahentów drugiego stopnia[11]. *Obiter dictum* BGH uznał także legitymację czynną konsumentów[12]. Ponadto na podstawie § 33 ust. 2 pkt 1 i 2 GWB roszczenia cywilnoprawne mogą podnosić organizacje reprezentujące interesy przedsiębiorców oraz przedstawicieli wolnych zawodów, a także, od wejścia w życie ostatniej nowelizacji GWB w 2013 r., określone organizacje reprezentujące interesy konsumentów[13]. W obliczu faktu, że prawo niemieckie nie zna instytucji pozwu grupowego, jak również faktycznych trudności dowodowych po stronie konsumentów to ostatnie rozwiązanie ma na celu ułatwienie dochodzenia roszczeń przez tę konkretną grupę odbiorców.

IV. Powstanie i wysokość szkody

Zgodnie z ogólnymi zasadami niemieckiego prawa cywilnego na powodzie spoczywa ciężar dowodu na okoliczność wysokości wyrządzonej szkody oraz kauzalność niezgodnego z prawem ochrony konkurencji działania pozwanego prowadzącego do jej powstania. W orzecznictwie wykształcił się jednak pogląd, że w przypadku naruszeń horyzontalnych typu *hard-core* fakt powstania szkody należy domniemywać, a powód musi udowodnić jedynie wysokość szkody[14]. W praktyce obalenie tego domniemania jest tym trudniejsze, im dłużej funkcjonował kartel i im większe terytorium obejmował swoim działaniem[15]. Domniemanie powyższe nie obejmuje natomiast sytuacji, w których powód domaga się zwrotu utraconych korzyści. Musi on bowiem wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy naruszeniem prawa a utratą zysku. Nie jest wystarczające do tego celu przedstawienie ogólnych prognoz finansowych, które uzasadniałyby zasądzenie *lucrum cessans.* Konieczne jest przedłożenie dowodów potwierdzających przyjęcie przez powoda kon-

[9] BGH, wyr. z 28.06.2011 r. w sprawie KZR 75/10 (BGHZ 190, 145), częściowo omówiony w: Wieczorek, 2013, s. 48.

[10] Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS), wyr. z 20.09.2001 r. w sprawie C-453/99 *Courage* (ECR 2001, I-6297), pkt 26; wyr. z 13.07.2006 r. w sprawie C-295⁄04 *Manfredi* (ECR 2006, I-6619), pkt 60.

[11] BGH, wyr. z 28.06.2011 r…, pkt 23.

[12] BGH, wyr. z 28.06.2011 r…, pkt 26 i 74.

[13] Chodzi tu o organizacje będące podmiotami upoważnionymi w rozumieniu art. 4 Dyrektywy 2009/22/WE w sprawie nakazów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów (Dz. Urz. UE z 2009 r., L 110/30).

[14] BGH, post. z 28.06.2005 r. w sprawie KRB 2/05 *Berliner Transportbeton I* (Neue Juristische Wochenschrift 2006, s. 163 i n.); Kammergericht (KG) [Wyższy Sąd Okręgowy w Berlinie], wyr. z 01.10.2009 r. w sprawie 2 U 17/03 *Zementkartell* (Neue Juristische Online Zeitschrift 2010, s. 536 i n.).

[15] BGH, post. *Berliner Transportbeton I*…, s. 165.

kretnej strategii biznesowej, której realizacja okazała się niemożliwa w wyniku naruszenia prawa konkurencji. Na tej właśnie podstawie Landgericht (LG) w Kolonii oddalił powództwo o zwrot utraconych korzyści z tytułu nadużycia pozycji dominującej[16]. Oddalenie powództwa uzasadnił tym, że nie została w stopniu dostatecznym udowodniona argumentacja powoda, że w wyniku niezgodnego z prawem konkurencji zachowania pozwanego powiększyły się koszty jego działalności, przez co utrudnione zostały inwestycje mające zwiększyć jego zyski w przyszłości.

Szkoda poniesiona w wyniku naruszenia prawa konkurencji obejmuje zarówno faktyczną stratę, jak i utracone korzyści. Jako punkt wyjścia do jej obliczenia sądy niemieckie stosują tzw. metodę porównawczą polegającą na porównaniu rzeczywistego stanu majątkowego powoda ze stanem, który istniałby, gdyby nie doszło do naruszenia prawa konkurencji. W przypadku zmowy kartelowej obliczenie faktycznej straty polega więc na porównaniu ceny za produkty i usługi płaconej w trakcie działania kartelu z teoretyczną ceną, którą powód musiałby zapłacić za te same towary i usługi w sytuacji pełnej i nieograniczonej konkurencji na rynku. W orzecznictwie przyjmuje się, że owa teoretyczna cena nie musi być wykazana ponad wszelką wątpliwość, a jedynie z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa[17]. Metoda ta znajduje również zastosowanie w przypadku szkody wynikłej z nadużycia pozycji dominującej, które polegało na bezzasadnej podwyżce cen. W sytuacji takiej faktycznie poniesiona strata wynika z porównania uiszczonej ceny z cenami, które z dużą dozą prawdopodobieństwa obowiązywałyby w warunkach niezakłóconej konkurencji[18]. Przy ich obliczeniu można odwołać się do poziomu cen sprzed bezzasadnej podwyżki lub do analizy cen na porównywalnych rynkach. Dopuszczalne jest również szacowanie szkody przez sąd na podstawie § 287 niemieckiego kodeksu postępowania cywilnego[19]. W przypadku procesów odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji jest to raczej normą aniżeli wyjątkiem. Jednym z kryteriów, które sąd może uwzględnić w ramach szacowania szkody jest zysk uzyskany przez sprawcę naruszenia prawa, co wynika wprost z treści § 33 ust. 3 zd. 3 GWB. W praktyce sądy jednak rzadko odwołują się do tego kryterium, opierając się przede wszystkim na metodzie porównawczej, która znajduje również pełną akceptację w doktrynie (Lübbig, 2015, § 33 pkt 99; Bornkamm, 2014, § 33 pkt 132).

Zebranie i przetworzenie danych niezbędnych do obliczenia szkody jest w praktyce zadaniem niezwykle trudnym i pracochłonnym. Częstokroć wymaga ono prześledzenia setek transakcji powoda z podmiotami zaangażowanymi w nielegalne praktyki i opracowanie odpowiednich modeli ekonomicznych umożliwiających obliczenie (lub najczęściej określenie w sposób przybliżony) powstałej szkody. I tak na przykład w zakończonym w styczniu 2015 r. procesie o odszkodowanie w wysokości 130 milionów euro przeciwko członkom kartelu producentów cementu w celu udokumentowania szkody powód przedstawił analizę danych z około 300 000 transakcji zawartych przez pozwanych w okresie objętym pozwem, tj. 10 lat (Classen, 2011, s. 60). W obliczu tych trudności dowodowych coraz częstszą praktyką, stosowaną w szczególności w przypadku zamówień publicznych, jest włączanie do umów (najczęściej jako ogólne postanowienie umowne) klauzul określających w sposób ryczałtowy wysokość odszkodowania przysługującego z tytułu

[16] Landgericht (LG) Kolonia [Sąd Okręgowy], wyr. z 28.05.2013 r. w sprawie 87 O (Kart) 7/06 (BeckRS 2013, 09404) oraz w sprawie 87 O (Kart) 8/06 (BeckRS 2013, 09405).

[17] KG, wyr. *Zementkartell*…, pkt 48.

[18] Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt nad Menem [Wyższy Sąd Okręgowy], wyr. z 21.12.2010 r., w sprawie 11 U 52/07(Multimedia und Recht 2011, s. 420 i n.).

[19] Zivilprozessordnung, tekst jednolity z 5.12.2005 r. (BGBl. 2007, cz. I, s. 1781), ostatnia zmiana z 8.07.2014 r. (BGBl. 2014, cz. I., s. 890).

naruszenia przepisów konkurencji[20]. Orzecznictwo niemieckie nie wypracowało jeszcze jednolitego stanowiska w kwestii legalności takich klauzul i ich zgodności z § 309 pkt 5 a) BGB[21], który uznaje za nieskuteczne ogólne postanowienia umowne określające wartość odszkodowania, jeśli ta wartość przewyższa szkodę, która co do zasady może wystąpić w podobnych przypadkach. LG w Poczdamie właśnie na tej podstawie oddalił pozew przeciwko członkom kartelu, argumentując, że ryczałtowe określenie wysokości odszkodowania na poziomie 15% wartości zamówienia za każde naruszenie prawa konkurencji jest zbyt ogólne i nie uwzględnia faktu, że w przypadku naruszenia przepisów GWB lub art. 101 TFUE wysokość faktycznie poniesionej szkody może się różnić w zależności od rodzaju naruszenia (np. porozumienia horyzontalne są co do zasady dużo bardziej „szkodliwe" niż porozumienia wertykalne)[22]. Odmiennie w tej kwestii wypowiedział się natomiast OLG w Karlsruhe, który uznał legalność podobnej klauzuli[23].

V. Zarzut *passing-on*

Jedną z najistotniejszych kwestii dotyczących prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji, która nie została uregulowana w ramach siódmej noweli GWB, była dopuszczalność zarzutu *passing-on*. Decyzję tę ustawodawca niemiecki świadomie pozostawił orzecznictwu, które do roku 2011 było w tej kwestii niejednolite (Będkowski-Kozioł, 2007, s. 18; Wieczorek, 2013, s. 47 i n.). Kwestia ta została wyjaśniona przez BGH w czerwcu 2011 r. we wspomnianym powyżej wyroku w sprawie *ORWI*[24].

Analizując dopuszczalność *passing-on*, BGH zauważył już na wstępie, że uznanie legitymacji czynnej odbiorców pośrednich do wnoszenia powództw odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji może teoretycznie doprowadzić do sytuacji, w której pozwane przedsiębiorstwa mogą ponieść odpowiedzialność przekraczającą wysokość faktycznie wyrządzonej szkody. W związku z tym konieczne jest zastosowanie mechanizmów korekcyjnych, mających na celu zmniejszenie tego ryzyka. Jednym z nich jest dopuszczalność zarzutu przerzucenia obciążeń. Uznanie jego dopuszczalności wynikało także z konieczności zapobiegania sytuacjom, w których powód będący odbiorcą bezpośrednim mógłby uzyskać niesłuszne korzyści w wyniku niezastosowania *passing-on*. BGH stwierdził, że pomniejszenie odszkodowania o korzyści uzyskane przez powoda w związku z przerzuceniem dodatkowych kosztów na odbiorców jest możliwe tylko wtedy, gdy korzyści wynikające z podwyżki cen towarów sprzedawanych przez powoda stoją w związku przyczynowym z deliktem antymonopolowym popełnionym przez pozwanego. Ciężar dowodu co do faktu przerzucenia ciężaru przez powoda spoczywa na pozwanym. W tym celu jest on zobowiązany w sposób przekonujący uprawdopodobnić na podstawie analizy struktury rynku uwzględniającej m.in. elastyczność popytu i podaży, czas trwania naruszenia, intensywność konkurencji na danym szczeblu dystrybucji, zmiany cen i właściwości produktów, że powód obciążył swoich odbiorców kosztami wynikłymi z naruszenia prawa konkurencji[25]. Poważnym utrudnieniem pro-

[20] W praktyce najczęściej przyjmuje się 15% wartości zamówienia jako zryczałtowaną wysokość odszkodowania.

[21] Bürgerliches Gesetzbuch (niemiecki kodeks cywilny), tekst jednolity z 2.01.2002 r. (BGBl. cz. I, s. 42, 2909), ostatnia zmiana z 21.04.2015 r. (BGBl. cz. I, s. 610).

[22] LG Poczdam, wyr. z 22.10.2014 r. w sprawie 2 O 29/14, (Wirtschaft und Wettbewerb 2015, s. 287) z glosą Wilde i Anders, w: Wirtschaft und Wettbewerb 2015, s. 246, 251.

[23] OLG Karlsruhe, wyr. z 31.07.2013 r. w sprawie 6 U 51/12 (Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2014, s. 366 i n.).

[24] BGH, wyr. z 28.06.2011 r. w sprawie KZR 75/10 (BGHZ 190, s. 145 i n.).

[25] BGH, wyr. z 28.06.2011 r…., pkt 47 i 69.

cesowym będzie dla pozwanego dodatkowy wymóg wykazania, że przerzucenie obciążeń przez powoda na jego kontrahentów nie spowodowało negatywnych skutków dla powoda, np. poprzez zmniejszenie popytu na jego towary. W wyjątkowych sytuacjach BGH dopuszcza przerzucenie ciężaru dowodu w powyższym zakresie na pozwanego, jeżeli wykaże on, że nie ma dostępu do informacji koniecznych do wykazania *passing-on* i że informacje te są dostępne dla strony przeciwnej[26]. Możliwość taka jest wykluczona w sytuacjach, kiedy pozwany może przypozwać odbiorców dalszego stopnia niż powód, chyba że uda mu się wykazać, że ze względu na sytuację rynkową (np. konieczność przypozwania odbiorców trzeciego i dalszego stopnia, o których pozwany posiada ograniczone informacje) lub liczbę (odbiorcy końcowi włączając konsumentów) nie jest w stanie ustalić ich tożsamości[27].

Wyrok BGH usunął stan niepewności prawnej co do legitymacji czynnej odbiorców pośrednich i końcowych oraz kwestii dopuszczalności i kształtu zarzutu *passing-on.* W efekcie zniknęły dwie poważne przeszkody, które negatywnie wpływały na rozwój prywatnoprawnego wdrażania prawa ochrony konkurencji w Niemczech, co znalazło również przełożenie na wzrost liczby powództw wnoszonych w ostatnich latach.

VI. Wiążący charakter decyzji stwierdzającej naruszenie prawa

Większość toczących się przed sądami niemieckimi postępowań odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa ochrony konkurencji ma charakter *follow-on*. Zostały one wszczęte w następstwie stwierdzenia przez *Bundeskartellamt* lub Komisję naruszenia przepisów GWB lub art. 101/102 TFUE, a powodowie korzystają z ułatwienia w postaci wiążącego skutku owych decyzji w procesach cywilnych. Zakres związania sądów cywilnych decyzjami Komisji i *Bundeskartellamt* określony został w art. 16 rozporządzenia 1/2003[28] oraz w § 33 ust. 4 GWB. Zauważyć należy, iż przepis niemiecki sformułowany jest szerzej, ponieważ uznaje związanie sądów niemieckich nie tylko decyzjami administracyjnymi wydanymi przez *Bundeskartellamt,* lecz także przez organy antymonopolowe innych państw członkowskich UE.

Zgodnie z uzasadnieniem do § 33 ust. 4 GWB moc wiążąca decyzji administracyjnej odnosi się jedynie do faktu naruszenia prawa ochrony konkurencji[29]. W efekcie sąd cywilny, rozstrzygający o roszczeniu odszkodowawczym w postępowaniu *follow-on*, nie może zaprzeczyć naruszeniu prawa konkurencji, jeśli naruszenie takie zostało stwierdzone ostateczną decyzją organu antymonopolowego[30]. Związanie sądu nie rozciąga się natomiast na zawarte w decyzji stwierdzenia co do związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem prawa a dochodzoną szkodą oraz ewentualnymi rozmiarami szkody[31]. W szczególności sąd nie jest związany rozważaniami organu antymonopolowego co do wymiaru grzywny, nawet jeśli zawarte w decyzji informacje mogłyby

[26] Ibidem, pkt 71.

[27] Ibidem, pkt 73 i 74. Jednocześnie BGH wskazał na fakt, że pozwany, decydując się na przypozwanie, może skutecznie zmniejszyć ryzyko dodatkowych procesów o odszkodowania wynikające z tego samego naruszenia prawa konkurencji.

[28] Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE z 2003 r., L 1/1).

[29] Referentenentwurf zum Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Uzasadnienie do ósmej nowelizacji GWB), s. 51. Pobrano z: http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gwb-8-aenderung-referentenentwurf,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf (31.01.2016).

[30] OLG Düsseldorf, wyr. z 30.09.2009 r. w sprawie VI-U (Kart) 17/08 *Post-Konsolidierer* (BeckRS 2009, 27940).

[31] LG Berlin, wyr. z 6.08.2013 r. w sprawie 16 O 193/11 Kart *Fahrtreppen* (Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2014, s. 37 i n.).

zostać wykorzystane przy obliczaniu lub szacowaniu szkody[32]. W powyższym świetle za dyskusyjny należy uznać wyrok OLG Monachium, w którym sąd odrzucił definicję rynku właściwego przyjętą przez *Bundeskartellamt* i dokonał własnej analizy tego zagadnienia[33]. W efekcie powództwo o odszkodowanie (zapłatę utraconych korzyści) wniesione przez konkurenta uczestników nielegalnego porozumienia zostało oddalone z uzasadnieniem, że działał on na innym rynku niż pozwani, w związku z czym nie był bezpośrednio dotknięty skutkami naruszenia stwierdzonego przez *Bundeskartellamt*.

Prejudycjalność decyzji organów antymonopolowych nie obejmuje natomiast decyzji stwierdzających, że konkretne zachowanie nie stanowi naruszenia prawa ochrony konkurencji (Bornkamm, 2014, § 33 pkt 170; Emmerich, 2014, § 33 pkt 95). Wydanie takiej decyzji nie zamyka drogi do dochodzenia ewentualnych roszczeń deliktowych, powód musi jednak udowodnić naruszenie, co w praktyce może się okazać niezwykle trudnym zadaniem. W doktrynie uznaje się ponadto, że związanie sądu cywilnego na podstawie § 33 ust. 4 GWB nie ma charakteru absolutnego i w uzasadnionych przypadkach dopuszczalne są odstępstwa od tej reguły (Bornkamm, 2014, § 33 pkt 171). Jako przykłady wymienia się sytuacje, w których decyzja organu wydana została z rażącym naruszeniem prawa, polegającym np. na ograniczeniu prawa do obrony. Takie ograniczenie zakresu zastosowania § 33 ust. 4 GWB ma służyć przede wszystkim jako „wentyl bezpieczeństwa" w ewentualnych procesach opartych na decyzjach organów antymonopolowych z innych państw członkowskich (Będkowski-Kozioł, 2007, s. 18 i n.).

VII. Dostęp do akt postępowania antymonopolowego

Postępowania cywilnoprawne z zakresu ochrony konkurencji charakteryzują się asymetrią w dostępie do informacji, która w znaczący sposób utrudnia dochodzenie roszczeń odszkodowawczych. Częstokroć informacje niezbędne do wniesienia powództwa tudzież określenia szkody przez powoda znajdują się w aktach postępowania administracyjnego prowadzonego przez organ antymonopolowy. Istotne znaczenie może mieć w tym zakresie materiał dowodowy dostarczony przez uczestników niedozwolonego porozumienia współpracujących z organem w ramach programu łagodzenia kar, tzw. *leniency* (szerzej Błachucki, 2015, s. 10). Dostępność tych informacji dla podmiotów trzecich, nie będących stronami postępowania antymonopolowego, jest przedmiotem rozważań zarówno w judykaturze[34], jak i w doktrynie niemieckiej (Heinichen, 2014, s. 83, 88; Wessing i Hiéramente, 2015, s. 220). W praktyce najczęściej spotykana jest sytuacja, w której poszkodowani przez kartel wnioskują o wgląd do akt organu antymonopolowego jeszcze przed złożeniem powództwa w sądzie po to, by zebrać informacje konieczne do opracowania pozwu. Alternatywnie dostępu do akt można żądać również po rozpoczęciu procesu.

Podstawę prawną wniosku o dostęp do akt postępowania administracyjnego jeszcze przed wniesieniem powództwa cywilnego stanowi § 406e ust. 1 i 2 StPO[35]. Na jego podstawie złożono

[32] OLG Monachium, wyr. 21.02.2013 r. w sprawie U 5006/11 Kart *Fernsehvermarktung* (Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2013, s. 162 i n.), pkt 90.

[33] OLG Monachium, wyr. *Fernsehvermarktung*... pkt 92.

[34] AG [Sąd Rejonowy] Bonn, post. z 18.01.2012 r. w sprawie 51 Gs 53/09 *Pfleiderer* (Neue Juristische Wochenschrift 2012, s. 947); OLG Düsseldorf, post. z 22.08.2012 r. w sprawie V-4 Kart 5/11 (OWi) i inne (Betriebs-Berater 2012, s. 2459 i n.); OLG Frankfurt nad Menem, post. z 4.09.2014 r. w sprawie 11 W 3/14 (Kart) (Wirtschaft und Wettbewerb 2015, s. 494 i n.).

[35] Strafprozessordnung (niemiecki kodeks postępowania karnego), tekst jednolity z 7.04.1987 r. (BGBl. 1987 cz. I, s. 1074, 1319), ostatnia zmiana z 12.06.2015 r. (BGBl. 2015 cz. I s. 926).

do *Bundeskartellamt* w 2014 r. prawie 150 wniosków o wgląd do akt[36]. Przepis ten określa przesłanki udzielenia zgody na wgląd do akt przez właściwy sąd oraz definiuje przyczyny, z których sąd dostępu takiego może odmówić: jeżeli przemawiają za tym godne ochrony interesy pozwanego bądź innych osób lub gdy udostępnienie dokumentów mogłoby zagrozić celowi innych postępowań. Na tę drugą przesłankę powołał się LG w Bonn, który w postępowaniu w sprawie *Pfleiderer* odmówił potencjalnym powodom wglądu we wnioski *leniency*, argumentując, że ich udostępnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na atrakcyjność niemieckiego programu łagodzenia kar, a tym samym uniemożliwić lub co najmniej utrudnić skuteczne prowadzenie postępowań antymonopolowych prowadzonych przez *Bundeskartellamt*[37]. W efekcie poszkodowani otrzymali jedynie dostęp do dowodów zgromadzonych w ramach inspekcji przeprowadzonej przez organ antymonopolowy. Powyższą wykładnię § 406e ust. 2 StPO potwierdził OLG w Düsseldorfie w postanowieniu z 22 sierpnia 2012 r., którym oddalił wniosek poszkodowanych o wgląd do wniosków *leniency* złożonych przez członków kartelu producentów kawy[38]. Oprócz argumentów przytoczonych przez AG w Bonn, sąd w Düsseldorfie powołał się także na potrzebę ochrony zaufania uczestników programu *leniency*, którzy przekazali organowi antymonopolowemu szereg informacji i dokumentów w przekonaniu, że nie zostaną one udostępnione stronom trzecim. W wyniku tych rozważań poszkodowani otrzymali jedynie kopie decyzji administracyjnych niezawierające tajemnic handlowych oraz spis dowodów zajętych w trakcie przeszukania[39]. Opisane powyżej restrykcyjne podejście sądów niemieckich spotkało się z krytyką w doktrynie, a głównym zarzutem podnoszonym w dyskusji była niezgodność obu orzeczeń z wyrokami Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach *Pfleiderer* oraz *Donau Chemie*[40], polegająca na braku postulowanego przez ETS indywidualnego rozpatrzenia wszelkich okoliczności sprawy i oparciu rozstrzygnięcia na abstrakcyjnych kryteriach (Dworschak i Maritzen, 2013, s. 829, 834).

Alternatywą dla wniosku o dostęp do akt w stadium przedprocesowym jest złożenie podobnego wniosku po rozpoczęciu procesu cywilnego, którego przedmiotem jest dokonanie wglądu do akt toczącego się lub zamkniętego postępowania karnego przez sąd właściwy do rozpoznania sprawy cywilnej. Zgodnie z treścią § 474 ust. 1 StPO sądy i organy wymiaru sprawiedliwości mogą uzyskać wgląd do akt postępowania karnego, jeżeli służyć to może celom wymiaru sprawiedliwości. Na regulację tę powołali się powodowie w toczącym się przed LG w Berlinie procesie odszkodowawczym przeciwko członkom kartelu producentów wind i schodów ruchomych wykrytego przez Komisję w 2007 r. Jego działalność na terytorium Niemiec była także przedmiotem śledztwa prowadzonego przez prokuraturę na podstawie przepisów kodeksu karnego o karalności zmów w przetargach publicznych. W ramach tego postępowania prokuratura uzyskała dostęp do wniosków *leniency* złożonych przez członków kartelu z ostrożności procesowej także w *Bundeskartellamt*. Właśnie te dokumenty stały się przedmiotem wniosku skierowanego przez LG w Berlinie do prokuratury, która uznała się tym wnioskiem związana i dokumenty udostępniła. Zażalenie pozwanych na

[36] Bundeskartellamt, *Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2013/2014*, s. 27.

[37] AG Bonn, post. *Pfleiderer*…, pkt 20 i n.

[38] OLG Düsseldorf, post. z 22.08.2012 r. w sprawie 4 Kart5, 6/11 (OWi) (Wirtschaft und Wettbewerb 2012, s. 962).

[39] Na marginesie warto zauważyć, że nie wszystkie decyzje w sprawach antymonopolowych są upubliczniane przez *Bundeskartellamt*, a Urząd częstokroć publikuje jedynie ich streszczenia.

[40] ETS, wyr. z 14.06.2011 r. w sprawie C-360/09 *Pfleiderer* (ECR 2011, I-5161-5202) oraz wyr. z 6.06.2013 r. w sprawie C-536/11 *Donau Chemie* (ECLI:EU:C:2013:366).

decyzję prokuratury zostało odrzucone przez OLG w Hamm[41], a jego orzeczenie potwierdził także Federalny Sąd Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG)[42]. W ten sposób powodowie uzyskali okrężną drogą dostęp do dokumentów, które w świetle dotychczasowego orzecznictwa powinny zostać niejawne. Poważnym ograniczeniem praktycznym tej metody jest fakt, że może być zastosowana jedynie w przypadkach, gdy toczyło się postępowanie karne i zebrane zostały w nim materiały dowodowe przydatne dla powodów cywilnych. To, czy wykładnia § 474 StPO przyjęta przez OLG Hamm stanie się skutecznym sposobem na zniwelowanie wspomnianej już asymetrii informacyjnej w cywilnoprawnych procesach o odszkodowania z tytułu naruszenia prawa konkurencji, zależy w dużej mierze od dalszego rozwoju orzecznictwa w tej kwestii. W kontekście tym należy wskazać na restrykcyjne postanowienia dyrektywy 2014/104 w sprawie roszczeń odszkodowawczych[43] oraz krytyczne stanowisko w doktrynie, w której wskazuje się na fakt, że ani sąd w Berlinie, ani sąd w Hamm nie uwzględniły § 475 StPO, który to reguluje ograniczenia w dostępie do akt przez osoby prywatne (Heinichen, 2014, s. 86 i n.; Harms i Petrasincu, 2014, s. 304, 307 i n.; odmiennie Makatsch i Mir, 2015, s. 7, 10).

VIII. Roszczenia odszkodowawcze przeciwko pracownikom

Niezwykle interesujący z praktycznego punktu widzenia jest zakres odpowiedzialności odszkodowawczej pracowników przedsiębiorstw biorących udział w nielegalnych porozumieniach antykonkurencyjnych za szkody wynikłe z tych bezprawnych działań. Kwestia ta była przedmiotem rozważań niemieckich sądów pracy w dwóch postępowaniach.

W pierwszym z nich pracodawca ukarany grzywną przez *Bundeskartellamt* domagał się zapłaty odszkodowania w wysokości 191 milionów euro od członka zarządu, który sprawował swą funkcję w okresie działania wykrytego kartelu. Wyrokiem częściowym z 20 stycznia 2015 r. Landesarbeitsgericht Düsseldorf oddalił apelację powódki o zapłatę odszkodowania jako bezzasadną[44]. Co prawda powódka poprzez zapłatę grzywny poniosła szkodę w rozumieniu § 249 ust. 1 BGB. Sąd uznał także, że pozwany ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą za popełnioną szkodę jako członek zarządu spółki z o.o. w stosunku wewnętrznym na podstawie § 43 ust. 2 GmbHG. Jednakże w przypadku grzywny wymierzonej na podstawie GWB za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu i skierowanej do osoby prawnej, ciężar sankcji nie może zostać w stosunku wewnętrznym przerzucony na inne podmioty, w szczególności jej pracowników. Z dogmatycznego punktu widzenia nie chodzi tutaj o ograniczenie odpowiedzialności organów osoby prawnej, lecz o całkowite wyłączenie ich odpowiedzialności odszkodowawczej. Grzywny wymierzane na podstawie GWB skierowane są przede wszystkim do przedsiębiorstw, które są adresatami przepisów antymonopolowych. Stąd przerzucenie ciężaru odpowiedzialności wynikającej z uregulowań GWB byłoby sprzeczne z restytucyjno-prewencyjną funkcją grzywny w prawie ochrony konkurencji.

Na podstawie nieco innego uzasadnienia Landesarbeitsgericht Düsseldorf[45] oddalił także w II instancji jako bezzasadne powództwo regresowe przeciwko byłemu pracownikowi pełniące-

[41] OLG Hamm, post. z 26.11.2013 r. w sprawie III-1 VAs 116 - 120/13 i inne (Betriebs-Berater 2014, s. 526 i n.).

[42] BVerfG, post. z 6.03.2014 r. w sprawie 1 BvR 3541/13 i inne (Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2014, s. 191 i n.).

[43] Por. omówienie regulacji dotyczącej dostępu do akt w dyrektywie 2014/104: Błachucki, 2015, s. 19 i n.

[44] Landesarbeitsgericht Düsseldorf (LAG) [Okręgowy Sąd Pracy w Düsseldorfie], wyr. z 20.01.2015 r. w sprawie 16 Sa 459/14 (opubl. w juris) – nieprawomocny.

[45] Wyr. z 27.11.2015, sygn. 14 Sa 800/15, cyt. za juris.de (31.01.2016).

mu funkcje kierownicze o rekompensatę zapłaconego przez przedsiębiorstwo odszkodowania wypłaconego poszkodowanym przez działalność kartelu, którego członkiem było owo przedsiębiorstwo. Wobec braku dostatecznych dowodów, że pozwany współdziałał w zmowach kartelowych sąd uznał, że nie zostały spełnione przesłanki popełnienia przez pozwanego czynu zabronionego. Ponadto odpowiedzialność odszkodowawcza pozwanego wykluczona jest z powodu przeważającej współodpowiedzialności organów przedsiębiorstwa. Zarząd koncernu wywierał presję, aby realizować system niedozwolonych zmów kartelowych. Zakładając nawet, że powód współdziałał w powstaniu szkody kartelowej, jego udział w czynie zabronionym ma mniejszą wagę niż zawinienie organizacyjne pracodawcy.

IX. Modele zbiorowego dochodzenia roszczeń

1. Cartel Damage Claims – model działalności

Prawo niemieckie nie przewiduje instrumentów grupowego dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w postępowaniach cywilnych. Niemniej jednak w praktyce wykształciły się modele biznesowe i prawne pozwalające na „zbiorowe" dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia prawa ochrony konkurencji. Opierają się one na instytucji cesji roszczeń, a ich dopuszczalność procesowa była już przedmiotem analizy niemieckich sądów cywilnych.

Prekursorem w zakresie sądowego oraz pozasądowego dochodzenia odszkodowań wynikających z naruszenia przepisów prawa ochrony konkurencji jest spółka akcyjna prawa belgijskiego Cartel Damage Claims S.A. (CDC)[46]. CDC prowadziło w ostatnich latach we własnym imieniu i na własny rachunek postępowania *follow-on* przeciwko członkom karteli cementu, nadtlenku wodoru, chloranu sodu i parafiny[47]. W tym celu spółka nabywała deliktowe i umowne roszczenia odszkodowawcze od podmiotów poszkodowanych przez kartele za cenę, która składała się z części stałej (100 EUR) oraz zmiennej (65–85% wartości roszczenia), uzależnionej od wysokości odszkodowania faktycznie wyegzekwowanego w wyniku procesu sądowego (Langen i Teigelack, 2015, s. 12). Działalność CDC nie koncentruje się na dochodzeniu roszczeń o niskiej wartości, np. nabytych od konsumentów, lecz na łączeniu roszczeń o znacznej wartości nabywanych np. od średnich przedsiębiorstw poszkodowanych przez porozumienia kartelowe.

2. Przebieg postępowania w tzw. drugiej sprawie cementowej

Dopuszczalność modelu „zbiorowego" dochodzenia roszczeń zaproponowanego przez CDC była jedną z centralnych kwestii w tzw. drugiej sprawie cementowej. W postępowaniu przed OLG w Düsseldorfie CDC pozwała w sierpniu 2005 r. kilku producentów cementu jako dłużników solidarnych o odszkodowanie z tytułu naruszenia przepisów prawa ochrony konkurencji. Powódka dochodziła roszczeń odszkodowawczych nabytych od łącznie 36 przedsiębiorstw poszkodowanych przez kartel producentów cementu, który działał w latach 1988–2002 i na którego członków *Bundeskartellamt* nałożył kary pieniężne w 2003 r. LG w Düsseldorfie oddalił powództwo z powodu braku legitymacji procesowej CDC[48]. Zdaniem sądu cesja roszczeń odszkodowawczych na rzecz CDC była nieskuteczna. Rozpatrując dopuszczalność powództwa, sąd dokonał rozróżnienia

[46] Więcej informacji na stronie http://www.carteldamageclaims.com/ (31.01.2016).

[47] Lista postępowań prowadzonych przez CDC na http://www.carteldamageclaims.com/cdc-competition-law-cases/ (31.01.2016).

[48] LG Düsseldorf, wyr. z 17.12.2013 r. w sprawie 37 O 200/09 (Kart) U (Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2014, s. 75 i n.), pkt 31.

pomiędzy roszczeniami powstałymi przed 30 czerwca 2008 r. oraz tymi, które nastąpiły po tej dacie[49]. Cesje praw z pierwszej grupy okazały się nieskuteczne ze względu na przepis § 134 BGB w zw. z § 1 ust. 1 zd. 1 ustawy o świadczeniu porad prawnych (*Rechtsberatungsgesetz*, RBerG) w jej brzmieniu do dnia 30 czerwca 2008 r. Za nieskuteczne ze względu na sprzeczność z dobrymi obyczajami na podstawie § 138 BGB sąd uznał również ponowne przeniesienie roszczeń odszkodowawczych przez poszkodowanych na CDC, które miało miejsce z ostrożności procesowej po tej dacie. Zgodnie z uzasadnieniem sądu, powód nie dysponował środkami finansowymi wystarczającymi do pokrycia kosztów sądowych oraz kosztów zastępstwa procesowego w przypadku przegrania sprawy. Orzecznictwo niemieckie stoi bowiem na stanowisku, że jako powód w procesie cywilnym nie może występować podmiot „wydmuszka", czyli taki, który jest niewypłacalny i na który dokonano cesji dochodzonych roszczeń po to, by zmniejszyć ryzyko związane z ewentualną zapłatą kosztów procesowych[50]. W przypadku oddalenia powództwa nie będzie on bowiem w stanie pokryć zasądzonych na rzecz pozwanego kosztów sądowych i kosztów zastępstwa procesowego, co jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Sąd w Düsseldorfie po przeprowadzeniu postępowania dowodowego ustalił, że CDC, która wytoczyła powództwo, rzeczywiście dysponowała ograniczonymi środkami finansowymi, które nie wystarczyłyby na pokrycie kosztów procesu w przypadku jej przegranej. W konsekwencji sąd uznał, że model działalności CDC jest co prawda atrakcyjny dla powoda i cedenta, jednak dla strony pozwanej niesie niewspółmierne ryzyko procesowe, które jest nie do zaakceptowania w świetle § 138 BGB. W konsekwencji sąd stwierdził sprzeczność cesji roszczeń odszkodowawczych na CDC i na tej podstawie oddalił powództwo z powodu braku legitymacji procesowej powoda[51]. Wyrok ten potwierdził OLG w Düsseldorfie, który przychylił się do dokonanej przez sąd pierwszej instancji oceny prawnej[52].

Oddalenie powództwa w tzw. drugiej sprawie cementowej zmniejszyło atrakcyjność modelu „postępowania grupowego" opartego na cesji roszczeń przy jednoczesnym małym zaangażowaniu finansowym cesjonariusza. Warto jednak podkreślić, że omawiane wyroki nie przekreśliły modelu zaproponowanego przez CDC, a jedynie podniosły jego koszty. Można oczekiwać, że implementacja dyrektywy 2014/104, która w art. 2 pkt 4 co do zasady dopuszcza model CDC, i zawartych w niej ułatwień procesowych przyczyni się do wzrostu zainteresowania podobnymi modelami w Niemczech oraz innych krajach, w których nie przewidziano instytucji grupowego dochodzenia roszczeń.

3. Barnsdale Cartel Damage Solutions AG

Najlepszym przykładem na poparcie powyższej tezy jest działanie Deutsche Bahn AG, która jest szczególnie aktywna w zakresie dochodzenia odszkodowań z tytułu naruszenia prawa antymonopolowego w Niemczech i UE[53]. Koleje niemieckie są między innymi zaangażowane

[49] „Rechtsberatungsgesetz" została zastąpiona 1.07.2008 r. przez „Gesetz über außergerichtliche Dienstleistungen", tekst jednolity z 12.12.2007 r. (BGBl. cz. I, s. 2840), ostatnia zmiana z 1.10.2013 r. (BGBl. cz. I, s. 3714).

[50] Reichsgericht (RG) [Sąd Rzeszy], wyr. z 7.01.1913 r. w sprawie III 236/12 (RGZ 81, s. 175 i n.); BGH, wyr. z 24.10.1985 r. w sprawie VII ZR 337/84 (Neue Juristische Wochenschrift 1986, s. 850 i n.).

[51] Innego zdania jest sąd z Hagi w wyr. z 2014 r. Sędziowie uznali, że holenderski oddział spółki CDC nie ma kłopotów finansowych, ponadto sytuacja finansowa powoda nie może być jedyną okolicznością określającą stopień ryzyka poniesienia kosztów sądowych. Ostatecznie sędziowie uznali, że model działalności CDC nie jest sprzeczny z dobrymi obyczajami (Rechtbank Den Haag [Sąd Okręgowy w Hadze], wyr. z 17.12.2014 r. w sprawie C/09/414499/HA ZA 12-293, dostępny na stronie http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2014:15722).

[52] OLG Düsseldorf, wyr. z 18.02.2015 r. w sprawie VI-U (Kart) 3/14 (Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2015, s. 201 i n.).

[53] Według własnych szacunków DB jest zaangażowana obecnie w postępowania odszkodowawcze (zarówno w fazie procesu, jak i przedprocesowej) o łącznej wartości przedmiotu sporu 3 miliardów EUR.

w największe postępowanie odszkodowawcze z zakresu prawa ochrony konkurencji w historii Niemiec. Pozwanymi są Lufthansa AG oraz dziesięć innych linii lotniczych, na które Komisja nałożyła kary pieniężne w związku z ich udziałem w kartelu frachtu lotniczego[54]. Wartość przedmiotu sporu w postępowaniu toczącym się obecnie przed LG w Kolonii opiewa na kwotę 1,2 miliarda euro[55]. Specjalnie do celów tego postępowania Deutsche Bahn utworzyła spółkę córkę, Barnsdale Cartel Damage Solutions AG, działającą na podstawie podobnego modelu, jak CDC. Oprócz Deutsche Bahn swoje roszczenia odszkodowawcze na Barnsdale przelały także inne przedsiębiorstwa poszkodowane na skutek działalności kartelu: m.in. BMW, Bosch oraz Kühne + Nagel. W odróżnieniu od CDC, które nabywa roszczenia odbiorców tego samego stopnia, Barnsdale reprezentuje zarówno bezpośrednich klientów członków kartelu frachtu lotniczego (np. spedytorów), jak i ich pośrednich klientów, czyli przedsiębiorstwa zamawiające usługi spedycyjne. Celem takiego rozwiązania jest uniemożliwienie lub utrudnienie pozwanym liniom lotniczym powołania się na zarzut *passing-on*, a tym samym ograniczenie zakresu postępowania w pierwszej instancji. Wydaje się, że sukces Deutsche Bahn i zastosowanego w tym postępowaniu modelu może zadecydować o kierunku rozwoju *private enforcement* w Niemczech w najbliższych latach.

X. Dyrektywa 2014/104/UE – zakres implementacji do niemieckiego prawa

Implementacja dyrektywy 2014/104 wymagać będzie istotnych zmian w niemieckim prawie cywilnym oraz cywilnoprocesowym. Dotyczy to przede wszystkim regulacji obowiązku ujawnienia dowodów drugiej stronie postępowania oraz modyfikacji odpowiedzialności solidarnej członków nielegalnego porozumienia (Steinle, 2014, s. 481, 482).

Obecnie dostęp do dokumentów będących w posiadaniu przeciwnej strony postępowania reguluje § 142 ZPO. W praktyce przyjmuje się, że wniosek o ujawnienie dokumentu przez pozwanego lub osobę trzecią musi dokładnie określić dokument, który ma zostać wydany (Greger, 2014, § 142 pkt 6; Fiedler i Huttenlauch, 2013, s. 350, 351). Zgodnie z art. 5 ust. 2 dyrektywy 2014/104 nie będzie już konieczne dokładne zidentyfikowanie dokumentu przez stronę, a wystarczy, że „jak najdokładniej i jak najwęziej" określi ona dokument „w oparciu o racjonalnie dostępne fakty". Ponadto, w przeciwieństwie do dyrektywy 2014/104 niemieckie prawo nie przewiduje możliwości wymuszenia wydania całych kategorii dowodów. Oczekuje się także, że ustawodawca niemiecki ureguluje dostęp powodów i poszkodowanych do oświadczeń składanych w ramach programu łagodzenia kar oraz propozycji ugodowych, które zgodnie z art. 6 ust. 6 dyrektywy 2014/104 są wyjęte spod nakazu ujawnienia dowodów. Kwestia ta, dotychczas rozstrzygnięta jedynie na poziomie orzecznictwa, była już przedmiotem inicjatywy ustawodawczej w ramach tzw. ósmej noweli GWB, ale przepis wykreślono z projektu w ramach procesu ustawodawczego[56].

Implementacja dyrektywy 2014/104 wymagać będzie również istotnych zmian w zakresie regulacji odpowiedzialności solidarnej członków nielegalnego porozumienia antykonkurencyjnego. Dotychczas przedsiębiorstwa, które naruszyły prawo konkurencji w wyniku wspólnych działań

[54] Interesujące i być może decydujące dla wyniku postępowania jest, że już po wniesieniu powództwa decyzja Komisji została uchylona przez Sąd Pierwszej Instancji w sprawie T-9,28,36,38, 39,40,43,46,48,56,62,63 oraz 67/11 *Air Canada i inni*, wyr. z 16.12.2015 r.

[55] *Deutsche Bahn*, DB klagt gegen Fluggesellschaften im Luftfrachtkartell – Schäden in Milliardenhöhe, komunikat prasowy z 1.12.2014 r. Pobrano z: http://www.deutschebahn.com/de/hidden_rss/pi_rss/8563522/h20141201.html?hl=lufthansa (31.01.2016).

[56] Referentenentwurf zum Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen…, s. 17 i 30.

odpowiadają w pełni solidarnie na podstawie § 830 ust. 1 zd. 1 BGB. Art. 11 ust. 2 dyrektywy 2014/104 przewiduje ustępstwo od tej zasady dla małych i średnich przedsiębiorstw; regulacja ta spotkała się z jednoznaczną krytyką w niemieckim piśmiennictwie (Schweitzer, 2014, s. 335, 343 i n.; Makatsch i Mir, 2015, s. 11). Również podmioty zwolnione z kary w ramach *leniency* mają zgodnie z art. 11 ust. 4 Dyrektywy 2014/104 odpowiadać solidarnie wyłącznie wtedy, gdy nie można uzyskać pełnego odszkodowania od innych przedsiębiorstw, które brały udział w tym samym naruszeniu prawa konkurencji. Zmiany w niemieckim prawie muszą nastąpić również w zakresie terminu przedawnienia roszczeń o odszkodowanie. Art. 10 ust. 3 dyrektywy 2014/104 przewiduje, że terminy przedawnienia dla roszczenia o odszkodowanie muszą wynosić co najmniej 5 lat. Dotychczas w Niemczech przedawnienie roszczeń o odszkodowanie następuje po upływie 3 lat, co wynika z ogólnych zasad BGB (§ 195 BGB), do których odsyła § 33 ust. 3 GWB. Ponadto zawieszenie biegu terminu przedawnienia ustaje zgodnie z § 33 ust. 5 GWB najpóźniej sześć miesięcy po uprawomocnieniu się decyzji stwierdzającej naruszenie lub zakończeniu postępowania w inny sposób. W ramach implementacji dyrektywy 2014/104 termin ten będzie musiał być przedłużony do co najmniej roku po nabraniu przez rozstrzygnięcie stwierdzające naruszenie charakteru ostatecznego lub po zakończeniu postępowania w inny sposób.

Wiele wskazuje na to, że ustawodawca niemiecki zdecyduje się na ustawową regulację zarzutu *passing-on*, który w formie zbliżonej do art. 13 dyrektywy 2014/104 uregulowany został przez wspomniane powyżej orzecznictwo BGH. Implementacji do prawa niemieckiego wymagać będzie także domniemanie wyrządzenia szkody przez delikt kartelowy z art. 17 ust. 2 dyrektywy 2014/104.

Według wstępnych założeń implementacja przepisów dyrektywy w prawie niemieckim ma nastąpić poprzez zmianę GWB. Uregulowania materialnoprawne mają znaleźć miejsce w znacznie rozbudowanym przepisie § 33 GWB, natomiast normy proceduralne mają zostać zawarte w przepisach § 89a oraz nowym § 89b GWB.

XI. Podsumowanie

Prywatnoprawne wdrażanie prawa konkurencji w Niemczech znajduje się w fazie rozwoju, którego katalizatorem było wejście w życie tzw. siódmej noweli kartelowej nowelizującej treść § 33 GWB. Atrakcyjność Niemiec jako forum dla ewentualnych procesów odszkodowawczych wynika również z dostępności bogatego orzecznictwa, które w ostatnich latach przyczyniło się do wyjaśnienia najważniejszych aspektów warunkujących skuteczność *private enforcement*. Wydaje się, że implementacja dyrektywy 2014/104 wzmocni ten trend i umożliwi skuteczniejsze dochodzenie roszczeń odszkodowawczych podmiotom, które dotychczas z możliwości tej ze względu na koszty i problemy z dostępem do informacji umożliwiającej wniesienie powództwa skorzystać nie chciały lub nie mogły. Czy Niemcy będą w stanie utrzymać status kraju, w którym skutecznie i relatywnie niskim kosztem można dochodzić roszczeń z tytułu naruszenia prawa ochrony konkurencji w dłuższej perspektywie czasowej, zależy jednak w dużej mierze od dostępności skutecznych instrumentów grupowego dochodzenia roszczeń. W tym kontekście modele, takie jak *CDC* czy *Barnsdale* stanowią jedynie protezę, której atrakcyjność może zmaleć wraz z rozwojem instytucji pozwu zbiorowego w krajach, takich jak Holandia czy przede wszystkim Anglia[57].

[57] Pierwszorzędne znaczenie ma tutaj angielski Consumer Rights Act, który oprócz dodatkowych ułatwień procesowych dla skarg typu *follow-on* przewiduje także dopuszczalność pozwów grupowych typu *opt-out*.

Bibliografia

Będkowski-Kozioł, M. (2007). Prywatnoprawne wdrażanie prawa antymonopolowego w RFN – uwagi na tle regulacji siódmej noweli kartelowej. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, 12.

Błachucki, M. (2015). Dostęp do informacji przekazywanych Komisji Europejskiej i Prezesowi UOKiK w trakcie procedury łagodzenia kar pieniężnych. *Europejski Przegląd Sądowy*, 5.

Bornkamm, J. (2014). W: E. Langen, H.-J. Bunte, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*. Neuwied: Luchterhand.

Classen, U. (2011). Private Enforcement in der Praxis. W: *Sanktionen im Kartellrecht*, Köln: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.

Dworschak, S. i Maritzen, L. (2013). Einsicht – der erste Schritt zur Besserung? Zur Akteneinsicht in Kronzeugendokumente nach dem Donau Chemie-Urteil des EuGH. *Wirtschaft und Wettbewerb*.

Emmerich, V. (2014). W: U. Immenga, E. Mestmäcker, *Kommentar zum Deutschen Kartellrecht.* München: Beck.

Fiedler, L. i Huttenlauch, A. (2013). Der Schutz von Kronzeugen- und Settlementerklärungen vor der Einsichtnahme durch Dritte nach dem Richtlinienvorschlag der Kommission. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*.

Greger, R. (2014). W: R. Zöller, *Zivilprozessordnung*. Köln: Dr. Otto Schmidt.

Harms, R. i Petrasincu, A. (2014). Die Beiziehung von Ermittlungsakten im Kartellzivilprozess – Möglichkeit zur Umgehung des Schutzes von Kronzeugenanträgen? *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*.

Heinichen, C. (2014). Akteneinsicht durch Zivilgerichte in Kartellschadensersatzverfahren. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*.

Langen, M. i Teigelack, L. (2015). Abtretungsmodell vor dem Aus? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Kartellschadensersatzverfahren. *Dispute Resolution*.

Lübbig, T. (2015). W: J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, *Münchener Kommentar – Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht: Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle*, (2. wyd.). München: Beck.

Makatsch, T. i Mir, A. (2015). Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen - Angst vor der eigenen „Courage“? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*.

Palzer, Ch. i Preisendanz, D. (2010). Frischer Wind in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts? *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*.

Schweitzer, H. (2014). Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*.

Steinle, C. (2014). Kartellschadensersatzrichtlinie – Auf dem Weg zum Sanktions-Overkill? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*.

Wessing, J. i Hiéramente, M. (2015). Akteneinsicht im Kartellrecht – Der Aspekt des Vertrauens- und Geheimnisschutzes. *Wirtschaft und Wettbewerb*.

Wieczorek, Ł. (2013). Zarzut przerzucania obciążeń w kontekście prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji w Unii Europejskiej, *Przegląd Prawa Handlowego*, 4.

Klauzule antykonkurencyjne w umowach najmu lokali wielkopowierzchniowych w galeriach handlowych.

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 listopada 2015 r. w sprawie C-345/14 *SIA Maxima Latvija* przeciwko *Konkurences padome*

I. Wstęp

Przedmiotem glosy jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE lub Trybunał) wydany w dniu 26 listopada 2015 r. w trybie odpowiedzi na pytanie prejudycjalne, skierowane przez łotewski sąd rozpatrujący sprawę w wyniku wniesienia skargi kasacyjnej przez *SIA Maxima Latvija* (dalej: Maxima Latvija lub Spółka), łotewską spółkę prowadzącą sklepy wielkopowierzchniowe w sektorze handlu detalicznego. Inicjując postępowanie odwoławcze, Spółka zanegowała uznanie przez sąd administracyjny, że porozumienie podpisane przez nią jako stronę umów dzierżawy lokali handlowych[1], zawierające klauzulę uzależniającą zawarcie kolejnych umów dzierżawy z potencjalnym konkurentem Spółki (zajmującej największą czy też najbardziej strategiczną powierzchnię centrum handlowego) od jej uprzedniej zgody, należy zaklasyfikować jako porozumienie wertykalne pomiędzy przedsiębiorcami, którego celem jest uniemożliwienie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE (a odpowiednio art. 11 łotewskiej ustawy o ochronie konkurencji).

Problem, którym zajął się Trybunał, jest interesujący ze względów praktycznych. Powszechność występowania wielkopowierzchniowych sklepów handlowych w obecnej rzeczywistości gospodarczej, jak również masowość zawierania umów dzierżawy na potrzeby gospodarczego wykorzystania znajdujących się w nich lokali sprawia, że z wysokim prawdopodobieństwem rozstrzygnięcia zawarte w wyroku niechybnie oddziaływać będą na analogiczne relacje pomiędzy polskimi przedsiębiorcami.

Komentowane orzeczenie podaje w wątpliwość zgodność z regułami konkurencji umów zawierających klauzule wprowadzające bariery dostępu do powierzchni znajdujących się w centrach handlowych. O ile przez przedsiębiorców klauzule te rozumiane są jako forma dopuszczalnej ochrony interesów handlowych w pobliżu przestrzeni, w której prowadzą działalność komercyjną, o tyle organy antymonopolowe te same klauzule interpretują odmiennie – jako potencjalnie przyczyniające się do blokowania dostępu do rynku. Zdaniem Trybunału zaś ocena, w jakim stopniu każda z umów przyczynia się do wprowadzenia tych barier, powinna stać się przedmiotem zindywidualizowanej analizy.

Niezależnie jednak od perspektywy spojrzenia na problem, z uwagi na skalę zaangażowania przedsiębiorców w stosunki obligacyjne dotyczące najmu powierzchni handlowych, a także

[1] Pojęcia umowy dzierżawy oraz umowy najmu będą przez autorkę stosowane zamiennie, z uwagi na rozbieżności znaczeniowe angielskich terminów „*lease agreement*" oraz „*anchor tenant*", o których mowa w wyroku; zob. Ożga, 2006, s. 295 i 485.

złożoność kryteriów podlegających ocenie, na które w komentowanym wyroku zwrócił uwagę Trybunał, znajomość mierników ewentualnego naruszenia przez przedsiębiorców reguł prawnokonkurencyjnych wydaje się być konieczna zarówno dla przedsiębiorców aktywnych w sektorze handlu detalicznego, jak i prawników świadczących na ich rzecz obsługę prawną.

II. Stan faktyczny

Orzeczenie wydane zostało w ramach sporu, jaki zaistniał pomiędzy łotewskim organem ochrony konkurencji a spółką *Maxima Latvija* na skutek nałożenia na tę spółkę sankcji za zawarcie z centrami handlowymi umów dzierżawy zawierających postanowienia o celu antykonkurencyjnym. Artykuł 11 ust. 1 *Konkurences likums* (łotewskiej ustawy o ochronie konkurencji, dalej: kl) odpowiada brzmieniem treści zawartej w art. 101 ust. 1 TFUE, zakazując wszelkich porozumień pomiędzy podmiotami gospodarczymi, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na terytorium państwa łotewskiego, w tym porozumień dotyczących „(…) działań (lub zaniechań), w konsekwencji których inny podmiot gospodarczy zostaje zmuszony do opuszczenia danego rynku lub utrudnione zostaje wejście innego potencjalnego podmiotu gospodarczego na dany rynek”.

Ukarana Spółka, aktywna w sektorze detalicznego handlu artykułami spożywczymi, zawarła ze znajdującymi się na terenie Łotwy centrami handlowymi umowy dzierżawy znajdujących się w nich lokali. Po przeanalizowaniu umów, łotewski organ ochrony konkurencji stwierdził, że 12 z nich zawiera postanowienia o charakterze niedozwolonym, uzależniające dzierżawę niezajętych dotąd powierzchni w centrum handlowym potencjalnym konkurentom Spółki od uzyskania jej uprzedniej zgody. Wskutek uznania, że rozpatrywane postanowienia zawarte w umowach dzierżawy wpisują się w definicję porozumień wertykalnych zmierzających do zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji, łotewski organ ochrony konkurencji wydał decyzję, w której przyjął, że porozumienia te naruszają art. 11 ust. 1 pkt 7 kl. Organ uznał jednocześnie, iż wskutek uznania zawartych w umowach klauzul za antykonkurencyjne, a w konsekwencji porozumienia za mające na celu ograniczenie konkurencji, nie ma konieczności wykazywania, że w praktyce porozumienia te utrudniają poszczególnym podmiotom gospodarczym dostęp do rynku. Finalnie, decyzją łotewskiego organu antymonopolowego, na Spółkę nałożona została grzywna wynosząca 25.000 łatów łotewskich (odpowiadająca kwocie około 36 770 EUR).

Maxima Latvija wniosła do regionalnego sądu administracyjnego skargę o stwierdzenie nieważności tej decyzji, która to skarga została oddalona. Podobnie jak łotewski organ ochrony konkurencji, sąd uznał bowiem, że organ dokonał prawidłowej oceny prawnej, zwłaszcza z uwagi na siłę rynkową najemcy na rynku sprzedaży detalicznej produktów spożywczych. Od tego rozstrzygnięcia Spółka wniosła skargę kasacyjną do sądu odsyłającego, podnosząc, iż poprzez potwierdzenie dokonanej przez łotewski organ ochrony konkurencji analizy, zgodnie z którą porozumienia miały za cel ograniczenie konkurencji, regionalny sąd administracyjny dopuścił się naruszenia prawa.

Co istotne, wyjściowo sąd odsyłający podkreślił, iż choć bezsporny jest fakt, że porozumienia pozostawały bez wpływu na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, celowe jest skierowanie wniosku o wydanie pytania prejudycjalnego z uwagi na zgodność brzmienia art. 11 kl z brzmieniem art. 101 ust. 1 TFUE oraz potrzebę jednolitej wykładni pojęć wywodzących się

z prawa Unii Europejskiej. Pomocniczo sąd uznał również, iż na podstawie dotychczasowego orzecznictwa Trybunału dotyczącego art. 101 ust. 1 TFUE nie można z całą pewnością ustalić czy porozumienia rozpatrywane w postępowaniu głównym powinny zostać uznane za mające na celu ograniczenie gry rynkowej w rozumieniu tego postanowienia. W tych okolicznościach Sąd Najwyższy postanowił zawiesić postępowanie i przedłożyć Trybunałowi pytania prejudycjalne sprowadzające się do dwóch kluczowych kwestii: czy porozumienie, które ogranicza prawo wynajmującego do samodzielnego decydowania, bez konieczności uzyskiwania zgody któregoś z pozostałych najemców, o innych umowach najmu lokali handlowych na rzecz potencjalnych konkurentów najemcy referencyjnego, należy uznać za porozumienie mające za cel ograniczenie konkurencji? Czy przy dokonywanej na te potrzeby analizie uwzględniać należy strukturę rynku, siłę rynkową stron porozumienia oraz jego potencjalne skutki na tym rynku? A dodatkowo w zakresie skutków – czy okoliczność, że porozumienie ma wpływ na rynek może wystarczyć do uznania, iż porozumienie odpowiada pojęciu zakazanego porozumienia, a w konsekwencji dalszą ocenę czy niekorzystne skutki rzeczywiście zaistniały należy uznać za zbyteczną?

III. Ustalenia prawne Trybunału

Na wstępie Trybunał uznał się za właściwy do rozpoznania przedłożonych pytań. Podkreślił, kontynuując stanowisko przyjęte w wyroku *Allianz Hungaria*[2] oraz w sprawie *FNV Kunsten*[3], iż wielokrotnie uznawał swoją właściwość do orzekania w przedmiocie wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w zakresie przepisów unijnych w sytuacji, gdy stan faktyczny postępowania głównego sytuował się poza zakresem bezpośredniego stosowania tego prawa, lecz przepisy znajdowały zastosowanie do sprawy za pośrednictwem prawa krajowego, które dostosowuje się ze względu na rozwiązania sytuacji czysto krajowych do rozwiązań przyjętych w prawie Unii Europejskiej[4]. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE, w tych przypadkach prymat należy przyznać określonym interesom Unii Europejskiej zakładającym, by celem uniknięcia przyszłych rozbieżności w wykładni nadawać przepisom przejętym z prawa Unii jednolitą z tym prawem interpretację.

Odnosząc się do kwestii zawartych w pytaniach prejudycjalnych, Trybunał rozpoczął od przeniesienia na grunt niniejszej sprawy kluczowego rozróżnienia na porozumienia ograniczające konkurencję co do celu (*object*) oraz skutku (*effect*). Jeśli chodzi o pojęcie ograniczenia konkurencji „ze względu na cel", Trybunał przypomniał własne rozstrzygnięcie uznające, iż pojęcie to należy interpretować w sposób zawężający i można je stosować tylko do tych rodzajów współpracy między przedsiębiorstwami, które z uwagi na ich charakter są szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym do tego, aby można było uznać, iż nie ma konieczności badania ich skutków[5]. Dodatkowo Trybunał przywołał orzecznictwo wskazujące, iż pewne, mające znamiona zmowy zachowania, które prowadzą do horyzontalnego ustalania cen uznawać należy za mogące ze swej istoty wywoływać negatywne skutki w szczególności dla ceny, ilości czy jakości

[2] Wyr. TSUE (pierwsza izba) z 14.03.2013 r. w sprawie C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i inni* przeciwko *Gazdasági Versenyhivatal*, pkt 20.

[3] Wyr. TSUE z 4.12.2014 r. w sprawie C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media* przeciwko *Staat der Nederlanden*, pkt 18.

[4] Uwagi wstępne w przedmiocie pytań prejudycjalnych, pkt 11–12 wyr.

[5] Zob. pkt 16-18 wyr. oraz wyr. TSUE (trzecia izba) z 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P *Groupement des cartes bancares (CB)* przeciwko *Komisji*, pkt 50 i 58; wyr. TSUE (pierwsza izba) z 14.03.2013 r. w sprawie C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i inni* przeciwko *Gazdasági Versenyhivatal*, pkt 35; wyr. Trybunału (trzecia izba) z 20.11.2008 r. C-209/07 *Komisja* przeciwko *Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, pkt 17; wyr. Trybunału (trzecia izba) z 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV i in.* przeciwko *Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, pkt 29; oraz wyr. TSUE z 13.12.2012 r. w sprawie C-226/11 *Expedia Inc.* przeciwko *Autorité de la concurrence i in.*, pkt 36.

towarów czy usług[6]. Jeżeli więc dla celów zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE ustalono, że dane porozumienie ma antykonkurencyjny cel, nie ma potrzeby sprawdzać tego, jakie są jego skutki dla konkurencji. Z doświadczenia wynika bowiem, że tego rodzaju zachowania skutkują obniżeniem wielkości produkcji i zwyżką cen, pociągając za sobą ostatecznie nieprawidłowy podział zasobów, czego szkodliwe konsekwencje ponoszą w szczególności konsumenci[7]. Ostatecznie, Trybunał uznał, iż klauzula przyznająca dzierżawcy wielkopowierzchniowego lokalu handlowego prawo do sprzeciwienia się zawarciu kolejnych umów najmu z jego potencjalnymi konkurentami nie stanowi porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji w świetle art. 101 ust. 1 TFUE, co nie oznacza jednocześnie, iż nie może ona skutkować ograniczeniem konkurencji w rozumieniu tego przepisu[8]. Samo wprowadzenie tego rodzaju zapisu do umów dzierżawy nie powinno jednak w ocenie Trybunału skutkować twierdzeniem, że celem (czy też przedmiotem) umowy jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu tego postanowienia.

Pytania od drugiego do czwartego przeanalizowano łącznie, sprowadzając analizę do zakreślenia okoliczności, jakie musiałyby zaistnieć, aby umowy dzierżawy mogły zostać uznane za mające znamiona porozumień, których celem bądź skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji. Trybunał rozstrzygnął w tym względzie, że ocena skutku porozumienia dla konkurencji wymaga uwzględnienia kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki ono się wpisuje, w którym to kontekście wraz z innymi porozumieniami może mieć kumulatywny wpływ na konkurencję[9]. W analizowanym przypadku oceny wymagała okoliczność czy potencjalny konkurent ma rzeczywiste możliwości wejścia i stałego uczestnictwa w obszarze oddziaływania handlowego objętego tymi porozumieniami, w szczególności poprzez zajęcie przestrzeni handlowych w innych centrach handlowych, czy innych przestrzeni poza tymi centrami. Zdaniem Trybunału badaniu poddać należy ponadto dostępność i przystępność gruntów znajdujących się na obszarach oddziaływania handlowego, bariery ekonomiczne, administracyjne oraz prawne, z jakimi zmierzyć musiałby się konkurent przy wejściu w ten konkretny obszar działalności handlowej[10]. W kolejnym kroku wyczerpująca analiza wymaga oceny przesłanek warunkujących uznanie, iż mamy do czynienia ze swobodną grą podaży i popytu na rynku referencyjnym, do czego potrzebna jest wiedza o liczbie oraz wielkości aktualnie aktywnych na nim podmiotów gospodarczych, stopniu koncentracji tego rynku, przywiązaniu klientów do istniejących na nim marek oraz już funkcjonujących modelach konsumpcji[11]. Dopiero, gdy w wyniku tak pogłębionej analizy uwzględniającej wymienione konteksty, a także cechy szczególne rynku referencyjnego dojdziemy do przekonania, że dostęp do rynku został ograniczony z uwagi na funkcjonowanie podobnych umów, konieczne będzie przeprowadzenie analizy, w jakim zakresie te umowy przyczyniają się do ewentualnego wprowadzenia barier na rynku (pamiętając że, aby umowy te były zakazane, muszą przyczyniać się do tego w sposób „znaczący"). Bezwzględnie jednak kompleksowa ocena uwzględniać musi pozycję rynkową stron każdej z umów oraz czasu, na jaki są zawierane[12]. Co istotne, w zgodzie

[6] Wyr. Trybunału z 30.01.1985 r. w sprawie 123/83 *Bureau national interprofessionnel du cognac* przeciwko Guy Clair, pkt 22.

[7] Pkt 19 wyr.

[8] Pkt 24 wyr.

[9] Zob. pkt 26 wyr., a za nim wyr. Sądu z 28.02.1991 r., w sprawie C-234/89 *Stergios Delimitis* przeciwko *Henninger Bräu AG*, pkt 14 i przytoczone tam orzecznictwo; postanowienie Trybunału (szósta izba) z dnia 28 września 2006 r. *Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd* przeciwko *Komisji Wspólnot Europejskich* C-552/03 P, pkt 84.

[10] Pkt 27 wyr.

[11] Pkt 28 wyr.

[12] Pkt 29 wyr.

z ugruntowanym orzecznictwem Trybunału art. 101 ust. 1 nie ogranicza tej oceny wyłącznie do faktycznych skutków, wskazując na konieczność uwzględnienia również potencjalnych skutków praktyki czy porozumienia dla konkurencji. Dopiero po tak wszechstronnej ocenie całokształtu okoliczności wyliczonych przez Trybunał można stwierdzać czy dane porozumienie cechują znamiona, o których mowa w art. 101 ust. 1 TFUE, a jeśli tak, to w jakim stopniu przyczynia się ono do wprowadzania antykonkurencyjnych barier[13].

IV. Ocena prawna wyroku

Ocena porozumień na gruncie unijnego prawa konkurencji dokonana na przykładzie komentowanego orzeczenia podejmuje ważki i rozległy temat dychotomicznego podziału na porozumienia ograniczające konkurencję z uwagi na przedmiot (*object* czy też tzw. *hard-core restrictions*) oraz z uwagi na skutek, jaki porozumienia te wywołały lub mogły wywołać (*actual/potential effect on competition*). Orzeczenie jest niezwykle interesujące z perspektywy prawa ochrony konkurencji, ale i restrykcyjne z perspektywy przedsiębiorcy. Zasadne jest oczekiwanie, iż wywrze ono wpływ na kształtowanie warunków umów najmu powierzchni handlowych, ograniczając możliwość realizacji partykularnych interesów przedsiębiorców.

Rozpatrując zagadnienie z perspektywy doktrynalnej prawa ochrony konkurencji, należy uznać, że linia orzecznicza Trybunału potwierdza przyjęte dotychczas założenia stanowiące, iż w przypadku uznania porozumień za niezaliczane do kategorii *restrictions by object*, analiza wpływu (skutku) tychże porozumień na konkurencję wiąże się nie tylko z dokonaniem analizy ekonomicznej, lecz także badaniem szeregu pobocznych aspektów o charakterze podmiotowo-przedmiotowym, m.in. struktury konkurencji na danym rynku (Whish i Bailey, 2015, s. 125–127). Skoro zatem, zdaniem Trybunału, immanentną cechą porozumienia zawartego przez Spółkę nie był cel sprzeczny z unijnymi regułami prawa konkurencji, trafnie wskazano na konieczność przeprowadzenia rozbudowanej analizy ekonomiczno-prawnej dla oceny jego ewentualnych antykonkurencyjnych skutków.

Wyrok jest interesujący również z uwagi na okoliczność, iż treść odpowiedzi na pytanie prejudycjalne Trybunału nie wpisuje się w szeroko dyskutowaną tendencję do rozszerzania katalogu porozumień uznawanych za porozumienia ograniczające konkurencję co do celu, przy jednoczesnej rozbudowanej analizie skutku (Bailey, 2012, s. 585–586)[14]. Wielokrotnie komentowana zasadność podziału na porozumienia ograniczające konkurencję co do celu i skutku, wydaje się być obecnie zagadnieniem fundamentalnym w tym obszarze prawa konkurencji; jeśli nie na terytorium Polski, to z całą pewnością w szeroko rozumianej międzynarodowej doktrynie prawa konkurencji (Whish i Bailey, 2015, s. 123 i n.)[15]. Warto podkreślić, że Trybunał nie uległ pokusie schematycznego uznania analizowanych klauzul za stanowiące realizację nadrzędnego celu antykonkurencyjnego, wobec czego dalsza analiza skutków pozostałaby bezcelowa. Trybunał nie poczynił więc na swoją rzecz daleko idących ułatwień dowodowych. Nie uznał również, iż w braku jednoznacznej kwalifikacji „co do celu", dopiero ustalenie skutków porozumienia pozwoli na

[13] Pkt 30–31 wyr.

[14] Trafnie też uwagi zawarte w opinii Rzecznika Generalnego J. Kokott przedstawionej 19.02.2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV i in.* (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez *College van Beroep voor het bedrijfsleven*), pkt 45–47.

[15] Zob. też wyr. SPI (czwarta izba w składzie powiększonym) z 27.09.2006 r. w sprawie T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited* przeciwko *Komisji*, pkt 119–120.

ustalenie ewentualnej sprzeczności z prawem. Wręcz przeciwnie – podkreślona została rola „linii demarkacyjnej" pomiędzy dwoma rodzajami porozumień, a także znaczenie rozmaitych kryteriów okołoprawnych, które w trakcie analizy powinny zostać wzięte pod uwagę[16]. Ciężar gatunkowy podziału porozumień antykonkurencyjnych, zwłaszcza z perspektywy potrzeby pewności prawa przedsiębiorcy działającego na rynku detalicznym (a w praktyce – w każdej dziedzinie działalności gospodarczej), nie może być bowiem sprowadzany do „ostrożności procesowej" czy to na gruncie postępowania administracyjnego, czy też przenoszonej poziom wyżej – przed sąd unijny. W sprzeczności z postulatem przewidywalności prawa stoi przyjmowanie uproszczeń zakładających, iż jeśli nie ma pewności co do zasadności kwalifikacji porozumienia jako ograniczającego konkurencję co do celu, asekuracyjnie wskazuje się na możliwy równoległy antykonkurencyjny efekt. Dochodziłoby w tym względzie do niebezpiecznej dla podmiotów aktywnych na rynku pomocniczej roli „skutku" wobec niepewności „celu" w trakcie analizy zgodności z prawem podejmowanych przez nich działań, a także całkowitego zatarcia się granicy pomiędzy dwoma rodzajami porozumień (Gerard, 2013, s. 17–40). Technikę tę ilustruje krytykowane orzeczenie w sprawie *Allianz Hungaria*[17], wskazujące niejako na konieczność rozbudowanej analizy „celu" za pośrednictwem „skutku" (Harrison, 2013, s. 10–12). O ile w literaturze, ale i w orzecznictwie, nie ma zgody co do tego, które rodzaje porozumień bezwzględnie powinny zostać uznane za zakazane ze względu na cel, a wszelkie próby ich skatalogowania prędko ulegały dezaktualizacji (Bolecki, 2012, s. 7), o tyle za ugruntowane należy przyjąć założenie o konieczności zbadania kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki wpisuje się porozumienie o potencjalnie antykonkurencyjnym celu. W świetle dotychczasowej praktyki orzeczniczej zaskakujące było więc wskazanie przez Trybunał w sprawie *Allianz Hungaria*, aby w ramach uwzględnienia rzeczonych kontekstów wziąć pod uwagę również „charakter dóbr lub usług, których to dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury spornego rynku lub spornych rynków"[18], charakterystyczne dla oceny skutku. „Kontekstowe" uwarunkowania były wielokrotnie podnoszone przez strony z własnej inicjatywy dla wykazania braku antykonkurencyjnego celu, ale i – konsekwentnie odrzucane przez sądy unijne jako istotne w kontekście analizy skutku[19].

Pokusie tej nie uległ jednak Trybunał w rzeczonej sprawie spółki *Maxima Latvija*. Przeciwko tego rodzaju liniom orzeczniczym, zasadnie zmierzając ku ukształtowaniu rzeczywistości gospodarczej przedsiębiorców w oparciu o zasadę bezpieczeństwa prawnego, wpisało się uprzednio również orzeczenie w sprawie *Cartes Bancares*, w którym Trybunał wskazał na konieczność zawężającej interpretacji porozumień ograniczających konkurencję do co celu[20]. Trybunał ostrzegł ponadto przed nadmiernym „poleganiem" na koncepcie porozumień mających za cel naruszenie konkurencji i przypomniał, że istnieją pewne rodzaje współpracy między przedsiębiorcami, które szkodzą konkurencji, niezależnie od skutków tych działań[21]. Odmienne stanowisko oznaczałoby nadawanie zbyt szerokich ram katalogowi porozumień ograniczających konkurencję co do celu,

16 Pkt 23–29 wyr.

17 Wyr. TSUE (pierwsza izba) z 14.03.2013 r. w sprawie C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i inni* przeciwko *Gazdasági Versenyhivatal*.

18 Czy też „strukturę rynku, istnienie alternatywnych kanałów dystrybucyjnych oraz ich odnośnego znaczenia, a także władzę na rynku odnośnych zakładów"; wyr. wskazany w przypisie 2, pkt 36 i 48.

19 Wyr. SPI z 27 lipca 2005 r. w sprawach połączonych T-49/02 oraz T-51/02 *Brasserie Nationale, Brasserie Jules Simon i Brasserie Batin* przeciwko *Komisji*, pkt 105–109.

20 Wyr. TSUE (trzecia izba) z 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires (CB)* przeciwko *Komisji*, pkt 58.

21 Wyr. TSUE, *CB* przeciwko *Komisji*, pkt 49–50.

pozwalając na uproszczone kwalifikowanie szeregu porozumień w poczet tych mających za przedmiot ograniczenie konkurencji (tzw. *object box*) (Kohutek, 2014).

Dla właściwego zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE oraz prawidłowej subsumpcji prawnej kluczowa odpowiednia jest metodologia rozgraniczenia dwóch rodzajów porozumień. Metodologia ta, jak czytamy w uzasadnieniu komentowanego orzeczenia, w praktyce nie sprowadza się do przeprowadzenia prostego, „zero-jedynkowego" testu, a do dokonania opisowej analizy elementów definicyjnych oraz stanów faktycznych dla prawidłowej oceny skutków porozumienia. Przykładowo, zdaniem Trybunału, już po odrzuceniu założenia o ograniczeniu konkurencji co do celu, w pierwszej kolejności rekomendowane jest sprawdzenie czy najemca nie zawarł aby podobnych umów w sąsiadujących centrach handlowych bądź powierzchni handlowych położonych poza centrami (a więc niejako „empiryczne" sprawdzenie stanu rzeczy). Dopiero w sytuacji, w której weryfikacja ta wykaże istnienie zbliżonych umów, które mogą łącznie przyczynić się do ograniczenia konkurencji, należy podjąć próbę oceny skuteczności stworzenia w ten sposób barier dostępu do rynku, a więc podjąć się oceny bliższej gatunkowo analizie ekonomiczno-prawnej.

W komentowanym orzeczeniu Trybunał poszedł o krok dalej, podejmując próbę odpowiedzi na pytanie, jak zatem sprawdzić czy umowa ma antykonkurencyjny cel, czy może antykonkurencyjny skutek? Komentowane orzeczenie wpisuje się w tym względzie w obserwowaną przed kilkudziesięciu laty tendencję istniejąca w obszarze wspólnotowego prawa konkurencji, w której „normalna konkurencja" utożsamiana była z możnością samodzielnego i autonomicznego decydowania o sposobie funkcjonowania na rynku. O ile w wyroku *Beef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.* przeciwko *Komisji* uznano, iż naruszenie samodzielności funkcjonowania nastąpiło nie tyle przez brak autonomii przedsiębiorcy, ile przez uzgodnienie dalszych działań (Miąsik, 2009, s. 50–58), o tyle w komentowanym orzeczeniu ograniczenie samodzielności decyzyjnej kontrahenta Spółki nastąpiło niejako „na wypadek". Zgodnie z zasadą autonomii woli stanowiącą, iż kształtując stosunki obligacyjne pomiędzy niezależnymi podmiotami, tyle mamy praw, ile wolą stron kontrahenci nawzajem sobie przyznali (Machnikowski, 2006, s. 420), z czysto cywilistycznego punktu widzenia zarówno forma, jak i subiektywny zamiar stron mogłyby *prima facie* wydawać się prawnie dopuszczalne. Z perspektywy ochrony konkurencji wolnorynkowej jednak ograniczenie wprowadzone w relacji Spółki z właścicielem centrum nie dotyczyło kwestii irrelewantnych dla warunków na rynku sprzedaży detalicznej bądź rozwoju sytuacji rynkowej. Z całą pewnością nie było ono również bez wpływu na dobrobyt konsumentów z perspektywy cen ustalanych przez najemcę w tym konkretnym centrum handlowym. Niezależnie jednak od rozważań teoretycznych, w świetle komentowanego orzeczenia wydaje się, że z perspektywy przedsiębiorcy aktywnego w sektorze sprzedaży detalicznej w jednej z galerii handlowych stanowisko TSUE oznacza konieczność troski nie tylko o wynegocjowanie jak najlepszych warunków finansowych czy lokalizacyjnych oraz odpowiednio korzystne dla siebie ukształtowanie treści umowy o użytkowanie lokalu, lecz także powstrzymanie się od pokusy wpływu na zachowanie kontrahenta, nawet gdy druga strona daje ku temu sposobność.

Co więc w sytuacji, gdy nasz kontrahent z własnej inicjatywy, nieformalnie, składa obietnice udostępnienia najbardziej strategicznej powierzchni w galerii handlowej, ale i ograniczenia „w miarę możliwości" napływu konkurentów z tej samej branży? O ile przedsiębiorca powinien liczyć się z funkcjonowaniem w obliczu możliwości natychmiastowego pojawienia się rywali, zwłaszcza

w tak dużej przestrzeni handlowej, o tyle propozycja wydaje się być co najmniej kusząca (choć oderwana od stanu faktycznego i *stricte* hipotetyczna). W świetle komentowanego orzeczenia, pożądane zachowanie (a w istocie – zaniechanie) przedsiębiorcy wydaje się nie wymagać dodatkowych wskazówek. Tego rodzaju rozumienie pojęcia konkurencji, jak i oczekiwane od przedsiębiorcy modelowe zachowanie stanowi zwrot w stronę modelu konkurencji doskonałej, zbliżonej do konkurencji statycznej, w której żaden z konkurentów nie jest w stanie (a z całą pewnością nie powinien) wpływać na sytuację na rynku swoimi indywidualnymi działaniami (Molski, 2008, s. 123). W idealnym świecie zatem, nawet jeśli przedsiębiorca byłby w stanie na tę konkurencję wpłynąć, otrzymując ofertę zachowania swego rodzaju quasi-wyłączności, powinien powstrzymać się od tego rodzaju działań, konkurując z rywalami na innych polach (ceny, innowacyjności czy jakości).

Odnosząc problem do polskiej praktyki orzeczniczej, warto porównawczo wskazać na decyzję Prezesa UOKiK nakładającą karę na sieć restauracji Sphinx Polska S.A. (dalej: Sphinx), współpracującą z przedsiębiorcami na zasadzie franczyzy[22]. Za antykonkurencyjne uznane zostały porozumienia na lokalnych rynkach na terenie kraju, polegające na ustalaniu sztywnych i minimalnych cen sprzedaży zawartych w kartach menu restauracji działających pod wspólnym szyldem. W decyzji tej, tym razem rodzimy organ ochrony konkurencji wykazał relatywnie bezkompromisowe podejście do stosunków gospodarczych między przedsiębiorcami. Nie uwzględniono rozbudowanych argumentów Sphinx co do konieczności zachowania jednolitości standardów sieci dla dobra konsumentów. Analiza tła rynkowego przedstawiona przez Sphinx wskazywała bowiem, że unifikacja działalności gospodarczej przedsiębiorców jest cechą niejako przypisaną do umów franczyzy (choć nieskodyfikowanej, to jednak powszechnie przyjętej i stosowanej)[23]. Mimo że, analogicznie jak w przypadku *Maxima Latvija* i sieci centrów handlowych, kontraktowe ustalenia stron umowy franczyzy nie były dokonywane między konkurentami a podmiotami niekonkurencyjnymi wchodzącymi w stosunki obligacyjne dobrowolnie i ze świadomością ograniczeń (pomimo szeregu uprawnień), które mocą tych umów na siebie przyjmują, organ nie uznał argumentów ukaranej spółki.

Uwzględniając szerszy pryzmat problemu, wskazać należy na co do zasady względnie obowiązujący charakter stosunków umownych, a co za tym idzie możliwość wyłączania lub ograniczania ich stosowania przez strony (Panowicz-Lipska, 2011, s. 62). O ile umowy franczyzy nie mają własnego reżimu kodeksowego, o tyle w kontekście umów najmu pozwala na to (zasadniczo) semiimperatywny charakter przepisów art. 680–692 k.c.[24] W praktyce, umowy najmu niejednokrotnie zawierają ograniczenia, jak choćby co do rodzaju prowadzonej działalności przy wykorzystaniu danych lokali, niekiedy dodatkowo obostrzonej ograniczeniami o charakterze administracyjnym (koniecznością uzyskania zezwolenia). Co więcej, polski ustawodawca przewidział wprost uprawnienie o charakterze kontrolnym na rzecz wynajmującego w postaci prawa do nadzoru nad faktycznym korzystaniem z lokalu. Najemca „lokalu o innym przeznaczeniu" powinien więc skądinąd uzyskać zgodę wynajmującego (w tym również najemca powierzchni użytkowej[25]) na podnajem lokalu bądź jego części osobie trzeciej. Istnieje zatem szereg wynikających z natury umowy najmu możliwych form ochrony i wariantów ukształtowania relacji stron

[22] Decyzja Prezesa UOKiK z 25.06.2013 r., nr DOK-1/2013.

[23] Pkt 35 decyzji.

[24] Choć zasadniczo przewidziany na korzyść najemcy, w praktyce ukształtowanie stosunków doznaje szerokich modyfikacji.

[25] Wyr. SN z 19.10.2006 r., V CSK 230/06, Biuletyn SN 2007, nr 2.

tego stosunku umownego (Górecki i Matusik, 2013, s. 1329–1331), wzmocnionych dodatkowo względnie obowiązującym charakterem norm. Na ile więc uprawnienia wynajmującego do wskazywania sposobu zagospodarowania wynajętej przestrzeni przez podmiot na drugim poziomie stosunku umownego odbiegają znaczeniowo od chęci zadbania o interesy gospodarcze najemcy powierzchni handlowych w ramach norm semiimperatywnych zastrzeżonych na jego korzyść? A odpowiednio, na ile zawarcie w stosunku wertykalnym klauzul przyznających franczyzodawcy uprawnienie do kontroli franczyzobiorcy w ramach swobody umów odbiega od uprawnienia do wpływania na zagospodarowanie sąsiednich powierzchni przez *Maxima Latvija*, którego antykonkurencyjny skutek nie został przez Trybunał ostatecznie przesądzony? Czy umowa najmu zawierana w specyficznych przecież warunkach handlowych, w sklepach wielkopowierzchniowych, z natury nastawionych na szerokie spektrum produktowe, uprawni wynajmującego do ewentualnych argumentów o chęci kontraktowego zapewnienia „jedności i renomy sieci”[26] swemu kontrahentowi (podobnie jak próbował uczynić to Sphinx)? Wydaje się, że skoro polskie organy ochrony konkurencji krytycznie oceniły tego rodzaju argumentację w odniesieniu do umów franczyzy, będących niewątpliwie systemem dystrybucji bazującym na jednolitości przynajmniej w odniesieniu do promocji marki (opartej przecież na licencji znaków towarowych), tym bardziej przekonującym dla Prezesa UOKiK argumentem przemawiającym za legalnością wprowadzania „prawa weta” do umów najmu czy dzierżawy nie będzie chęć zapewnienia odpowiedniego sąsiedztwa sieciom hipermarketów.

V. Podsumowanie

Problem oceny (nie tylko antymonopolowej) klauzul umów najmu powierzchni w galeriach handlowych wpisuje się w bolączki będące codziennością dla przedsiębiorców z każdej branży. Jako spodziewany rezultat orzeczenia Trybunału można oczekiwać poddanie wzmożonej ocenie umów o udostępnienie powierzchni handlowych czy to najmu, czy dzierżawy, pod kątem potencjalnych uprawnień do wyrażenia sprzeciwu względem doboru podmiotów zajmujących nieodległe powierzchnie handlowe. Już dziś z całą pewnością można natomiast stwierdzić, że ta rozbudowana analiza zarówno w kontekście warunków swobodnej gry podaży i popytu na rynku właściwym, jak i w przypadku sporów z faktycznymi lub potencjalnymi najemcami, wymagać będzie znacznego nakładu pracy – zwłaszcza od prawników.

Bibliografia

Bailey, D. (2012). Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU. *Common Market Law Review*, *49*(2).

Bolecki, A. (2012). *Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek. Aktualne tendencje orzecznicze w Unii Europejskiej*, *3*(1).

Gerard, D.M.B. (2013). The effects-based approach under Article 101 TFEU and its paradoxes: Modernisation at war with itself. W: J. Bourgeois i D. Waelbroeck (red.), *Ten years of effects-based approach in EU Competition Law: State of play and perspectives*. Bruksela: Bruylant.

Górecki, J. i Matusik, G. (2013). W: K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania*, t. 2. Wyd. 13. Warszawa: C.H. Beck.

[26] Wyr. Trybunału z 28.01.1986 r. w sprawie 161/84 *Pronuptia de Paris*, ECR 1986, s. 353, przywołany w uzasadnieniu decyzji w sprawie Sphinx, s. 28.

Harisson, D. (2013). The Allianz Hungária case: The ECJ's judgment could have ugly consequences. *Competition Law Insight*, *12*(6).

Kohutek, K. (2014). Glosa do wyroku TS z dnia 11 września 2014 r., C-67/13 P. *LEX*.

Machnikowski, P. (2006). W: E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5. Warszawa: C.H. Beck.

Miąsik, D. (2009). Glosa do wyroku TS z dnia 20 listopada 2008 r., C-209/07. *Europejski Przegląd Sądowy*, 8.

Molski, R. (2008). *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji. Kierunki rozwoju*. Bydgoszcz-Szczecin: Oficyna Wydawnicza Branta.

Ożga, E. (2006). *Słownik terminologii prawniczej angielsko-polski.* Wyd. 3. Bydgoszcz: Oficyna Wydawnicza Branta.

Panowicz-Lipska, J. (2011). W: J. Panowicz-Lipska, *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, t. 8. Warszawa: C.H. Beck.

Whish, R. i Bailey, D. (2015). *Competition Law*. Wyd. 8. Oxford: Oxford University Press.

Olga Stefanowicz

aplikantka adwokacka w berlińskim biurze kancelarii Freshfields Bruckhaus Deringer LLP w praktyce prawa antymonopolowego i handlu zagranicznego[27]; e-mail: olgastefanowicz@yahoo.pl

[27] Poglądy wyrażone w artykule są poglądami osobistymi autora i nie wyrażają oficjalnego stanowiska instytucji, w której jest zatrudniony.

Standard prawny oceny wertykalnych porozumień cenowych polegających na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Glosa częściowo aprobująca do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11

I. Uwagi wprowadzające

W wyroku z dnia 23 listopada 2011 r. SN[1] przedstawił po raz pierwszy w tak wyczerpujący sposób stanowisko dotyczące niezwykle istotnego, zarówno z punktu widzenia przedsiębiorców, jak i Prezesa UOKiK, zagadnienia sposobu analizy na gruncie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[2] (dalej: uokik z 2007) porozumień wertykalnych polegających na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych[3]) cen odsprzedaży (*Resale Price Maintenance*) (dalej: RPM). Zagadnienie to jest przedmiotem intensywnej debaty toczącej się od wielu lat, w której ścierają się odmienne poglądy prawników i ekonomistów. Debata ta zyskała bez wątpienia na intensywności po wydaniu w 2007 r. przez SN USA wyroku w sprawie *Leegin*[4]. Jednak jeszcze do niedawna dyskusja ta w zasadzie omijała Polskę[5]. Wyrok SN stanowi zatem istotny głos, zwłaszcza że tego typu porozumienia były bardzo często przedmiotem postępowań antymonopolowych prowadzonych przez Prezesa UOKiK, co jest również skutkiem tego, że polski program łagodzenia kar pieniężnych dopuszcza ubieganie się przez członków wertykalnych porozumień w sprawach ustalania cen odsprzedaży o odstąpienie przez Prezesa UOKiK od nałożenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (krytycznie Turno, 2013, ss. 387–388, 457–466 oraz wskazana tam literatura). W glosowanym wyroku SN wypowiedział się również odnośnie do innych ważnych kwestii, takich jak: okoliczności, które zobowiązany jest wykazać Prezes UOKiK, aby stwierdzić zawarcie porozumienia wertykalnego; konieczność wyznaczenia rynku właściwego w każdej sprawie (krytycznie Turno, 2015) czy naruszenie interesu publicznego. Niemniej jednak **przedmiotem niniejszej glosy jest tylko ocena przyjętego i zastosowanego przez SN w tym wyroku standardu prawnego odnoszącego się do wertykalnych porozumień ustalających cenę sztywną (lub minimalną)**. Co prawda w nowszym wyroku z dnia 15 maja 2014 r. SN również orzekał w sprawie wertykalnego porozumienia cenowego ustalającego ceny odsprzedaży[6]. Jednakże standard prawny w zakresie oceny takich porozumień nie uległ zmianie. Sąd Najwyższy

[1] LEX nr 1108489, OSNP 2012/21-22/276.

[2] T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.

[3] Przedmiotowa sprawa dotyczyła ustalania tylko sztywnych cen odsprzedaży. Jednakże wszystkie zważenia SN dotyczące anty- i prokonkurencyjnych skutków oraz sposobu analizy tej praktyki można bezpośrednio odnieść również do ustalania minimalnych cen odsprzedaży.

[4] Wyr. z 28.06.2007 r. w sprawie *Leegin Creative Leather Prods. Inc. v. PSKS Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007).

[5] W ostatnich kilku latach pojawiło się jednak wiele publikacji na ten temat – zob. Misiejuk, 2004, ss. 83–93; Grzejdziak, 2009, ss. 115–-137; Zawłocka-Turno i Turno, 2011, ss. 71–87; Jurkowska-Gomułka, 2012, ss. 44–48; Fidala, 2012, ss. 26–42; Bolecki, 2012b, ss. 103–113; Kohutek, 2013; Aziewicz, 2013, ss. 8–22; Bolecki, 2013, ss. 67–71; Kohutek, 2015.

[6] III SK 44/13. Pozyskano z: http://sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/III%20SK%2044-13.pdf (31.01.2016).

w tym wyroku wyraźnie podtrzymał wielowątkową argumentację wyrażoną w glosowanym wyroku i generalną klasyfikację cenowych ograniczeń wertykalnych jako ograniczających konkurencję ze względu na cel. Dalsza część rozważań SN w tym wyroku odnosi się do kwestii kary pieniężnej nakładanej za tego typu naruszenia (szerzej Kohutek, 2014, ss. 119–123).

II. Omówienie wyroku

Wyrok SN zapadł w sprawie toczącej się z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK z 29 czerwca 2007 r.[7], w której organ uznał, że Röben Ceramika Budowlana Sp. z o.o. (dalej: Röben) zawarł z 20 dystrybutorami jego towarów porozumienie ograniczające konkurencję polegające na ustalaniu sztywnych cen odsprzedaży dachówki „Röben miedziana" odbiorcom końcowym, przez co naruszył art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[8] (dalej: uokik z 2000 r.), którego odpowiednikiem jest art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik z 2007 r. Sądy kolejnych instancji potwierdziły stanowisko Prezesa UOKiK, oddalając składane przez Röben odwołanie[9], a następnie apelację[10]. Sąd Najwyższy, oddalając skargę kasacyjną Röben, w obszerny sposób, w kontekście stawianych przez powoda zarzutów, zajął stanowisko co do standardu prawnego obowiązującego w zakresie wertykalnych porozumień cenowych na gruncie ustawy.

Sąd Najwyższy pomimo podkreślenia, że porozumienia wertykalne stanowią istotny instrument w kształtowaniu sieci dystrybucji i generalnie uznawane są za prokonkurencyjne z uwagi na ich pozytywny wpływ na konkurencję międzymarkową kosztem zmniejszenia konkurencji wewnątrzmarkowej, podtrzymał jednak dotychczasowe podejście wobec ustalania sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży, uznając, że tego rodzaju praktyka należy do „oczywistych ograniczeń konkurencji". Taka klasyfikacja, zdaniem SN, jest prawidłowa „(…) niezależnie od tego czy wyznacznikiem ograniczenia konkurencji jest negatywny wpływ zachowania uczestników porozumienia na zakres wyboru lub interesy ekonomiczne konsumentów, czy też na samą efektywność działania" (pkt 12 wyroku). Uzasadniając swoje stanowisko, SN wskazał, że ustalanie sztywnych cen odsprzedaży skutkuje wyższymi cenami oraz nie pozwala na posługiwanie się ceną przez sprzedawców zbywających substytucyjne względem siebie towary pochodzące od różnych dostawców do kształtowania konkurencji między towarami tych dostawców i w ten sposób oddziałuje nie tylko na cenową konkurencję wewnątrzmarkową, lecz także na międzymarkową. Ponadto SN przytoczył szereg, wskazywanych w nauce ekonomii i prawa, antykonkurencyjnych skutków ustalania sztywnych cen odsprzedaży, a mianowicie: (a) zaburzenie efektywności alokacyjnej poprzez: kartelizację rynku zarówno na poziomie dostawców, jak i dystrybutorów; wyższe ceny – zgodnie z koncepcją podnoszenia kosztów konkurentów; wykluczanie z rynku konkurentów dostawców – poprzez wykorzystywanie asymetrii informacji po stronie konsumentów oraz (b) zaburzanie efektywności produkcyjnej poprzez: zmniejszenie innowacyjności i rozwoju na poziomie dostawcy oraz dystrybutorów oraz oferowanie zbędnych usług towarzyszących sprzedaży (pkt 13 i 14 wyroku). Zdaniem SN wskazane antykonkurencyjne skutki ustalania sztywnych cen odsprzedaży powodują, że tego rodzaju porozumienia „budzą wątpliwości z punktu widzenia celów prawa ochrony konkurencji *in abstracto*, niezależnie od tego jakie wartości w danym systemie prawnym uważane

[7] RWR-20/2007.

[8] T.j. Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.

[9] Wyr. SOKiK z 7.05.2009 r., XVII AmA 140/07.

[10] Wyr. SA w Warszawie z 22.07.2010 r., VI Aca 1105/09.

są za godne ochrony" (pkt 15). W związku z powyższym, ustalanie sztywnych cen odsprzedaży winno nadal należeć do kategorii porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel.

Jednocześnie SN zauważył jednak, że w pewnych okolicznościach stosowanie w relacjach wertykalnych sztywnych cen odsprzedaży może mieć prokonkurencyjny charakter i wskazuje na powszechnie akceptowane w literaturze prokonkurencyjne skutki tej praktyki. Zalicza do nich: ułatwienie producentom wprowadzenia na rynek nowych produktów; ograniczenie tzw. efektu gapowicza (*free riding problem* – określanego przez SN jako efekt „jazdy na gapę") na poziomie dystrybucji; zapewnienie jednolitego wizerunku i charakteru działania sieci, jak również skutecznego przeprowadzenia krótkoterminowych kampanii promocyjnych opierających się na niskiej cenie (pkt 16–18 wyroku). Pomimo akceptacji przez SN pozytywnych skutków tego rodzaju porozumień, wskazuje on jednak, że nie zwalnia go to „z konieczności respektowania ustalonych przez samego ustawodawcę standardów w zakresie prawnej oceny porozumień tego rodzaju. Znajdujące zastosowanie w niniejszej sprawie przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisy wykonawcze do ustawy akcentują bowiem pierwszoplanowe znaczenie konkurencji cenowej wśród różnych form konkurencji, samodzielność kształtowania polityki cenowej przez uczestników rynku oraz – co wynika z aksjologii ustawy i ustawy zasadniczej (art. 76 Konstytucji) – interesy konsumentów". Sąd Najwyższy podjął więc rozważania czy w ramach przepisu art. 5 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r.), który to przepis zakazuje zawierania porozumień ograniczających konkurencję, jest miejsce na uwzględnienie prokonkurencyjnych aspektów stosowania konkretnego wertykalnego ograniczenia cenowego (pkt 20 wyroku). Odpowiadając na to pytanie SN stwierdził, że porozumienia polegające na ustalaniu cen towarów są wyraźnie wskazane jako zakazane w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik z 2007 r.) oraz, że są zakazane bez względu na wielkość udziału w rynku stron porozumienia oraz wertykalny czy horyzontalny charakter (art. 6 ust. 2 uokik z 2000 r., a obecnie art. 7 ust. 2 uokik z 2007 r.). Ponadto SN potwierdził, że tego rodzaju porozumienia nie korzystają z tzw. wyłączenia grupowego, nie spełniają bowiem przesłanek rozporządzenia Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 7 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 uokik z 2007 r.) dotyczącego porozumień wertykalnych. Jednocześnie SN wskazał, że wertykalne porozumienie ustalające sztywną cenę odsprzedaży może nie być zakazanym porozumieniem, gdyby powód wykazał, że spełnione zostały przesłanki indywidualnego wyłączenia spod zakazu przewidziane w art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r.). Zdaniem SN, o ile należy zaakceptować prawo dostawcy do organizowania promocji cenowych i upewnienie się, że jego zamierzenia zostaną wprowadzone przez dystrybutorów, o tyle kontekst wprowadzenia ceny sztywnej (lub minimalnej) wskazujący „prokonkurencyjny" charakter takiego ograniczenia ma znaczenie wyłącznie na etapie oceny przesłanek zastosowania art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r.).

III. Komentarz do wyroku

Komentowany wyrok zasługuje na częściową aprobatę. Należy zgodzić się ze stanowiskiem SN, że ustalanie sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży powinno nadal co do zasady pozostać w kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel (przedmiot)[11]. Z uznaniem należy

[11] O regułach i konsekwencjach kwalifikowania określonych porozumień do kategorii zakazanych z uwagi na cel zob. szerzej np. Zawłocka-Turno i Turno, 2011, ss. 76–79; Stawicki, 2012, ss. 10–15; Bolecki, 2012a, ss. 16–32; Turno, 2012, ss. 33–51.

również odnieść się do faktu wyartykułowania przez SN szeregu pro-konkurencyjnych skutków tego typu praktyk. Słusznie również SN potwierdza możliwość „tolerowania" konkretnych porozumień ustalających sztywne ceny odsprzedaży, jeśli tylko spełnione są przesłanki ustanowione w art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r.). Takie stanowisko niewątpliwie przyczynia się do tego, że ustalanie sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży ma szansę przestać być postrzegane w Polsce jako *de facto* zakazane *per se*, co obecnie wynika z faktu, że ustalanie sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży z samej definicji mieści się w zakresie art. 6 uokik z 2007 r., nie korzysta z wyłączenia *de minimis* oraz z dobrodziejstwa wyłączenia grupowego. Co więcej, Prezes UOKiK do tej pory nigdy nie zastosował wobec tego rodzaju porozumienia wyłączenia indywidualnego spod zakazu porozumień w oparciu o art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r. Tym samym stanowisko SN stanowi również potwierdzenie utrwalonej linii orzeczniczej sądów unijnych, zgodnie z którą każde (przynajmniej teoretycznie) porozumienie – nawet należące do kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel – może skorzystać z wyłączenia indywidualnego spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień[12]. Ponadto, wyraźne dopuszczenie przez SN w praktyce możliwości indywidualnego wyłączenia porozumienia ustalającego sztywne (lub minimalne) ceny odsprzedaży spod zakazu porozumień wpisuje się także w obecną politykę Komisji Europejskiej wskazaną w wytycznych dotyczących porozumień wertykalnych[13]. W wytycznych wskazuje bowiem sytuacje, w których byłaby gotowa rozważyć – w ramach art. 101 ust. 3 TFUE[14] – uzasadnione argumenty świadczące o korzyściach płynących z ustalania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży i o zasadności stosowania tego rodzaju praktyki[15].

Niemniej jednak **w podejściu SN do RPM nie ma niestety nic nowego ani odkrywczego**. Sąd Najwyższy w zasadzie ograniczył się do przypomnienia dobrze znanych już wcześniej rozwiązań (które jednak w praktyce są bardzo trudne do zastosowania – jak wyłączenie indywidualne). Szkoda więc, że SN nie poszedł chociaż krok dalej tak, aby podejście do analizy ustalania sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży było bliższe nauce ekonomii przy jednoczesnym zachowaniu, co do zasady, klasyfikacji tego rodzaju porozumień jako ograniczających konkurencję ze względu na cel. Należy zatem rozważyć, jak takie zmodyfikowane podejście SN mogłoby wyglądać.

Po pierwsze, **SN mógł dopuścić możliwość wzruszenia przez przedsiębiorcę domniemania antykonkurencyjnych skutków konkretnego porozumienia polegającego na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży już na etapie analizy naruszenia przepisu art. 5 uokik z 2000 r. (obecnie art. 6 uokik z 2007 r.), a nie dopiero na etapie analizy spełnienia przesłanek wyłączenia indywidualnego z art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r.).** Zaklasyfikowanie określonego rodzaju porozumień do kategorii ograniczeń ze względu na cel wiąże się z domniemaniem ich antykonkurencyjnych skutków (Odudu, 2006, s. 113 i n; Zawłocka-Turno i Turno, 2011, ss. 76–77)[16]. Pomimo że to domniemanie jest bardzo silne, wskazuje się, że może ono zostać wzruszone, jeżeli przedsiębiorca przedstawi dowody świadczące o tym, iż nie można oczekiwać wystąpienia antykonkurencyjnego skutku badanego porozumienia (Bennett i in., 2010, s. 500; Odudu, 2008, s. 11 i n.). Zatem dopuszczalność wzruszenia takiego

[12] Wyr. Sądu z 15.07.1994 r. w sprawie T-17/93 *Matra Hachette*, Zb. Orz. 1994, II-959, pkt 85.

[13] Obwieszczenie KE – *Wytyczne w sprawie porozumień wertykalnych*, Dz. Urz. UE z 2010 r., C 130/1.

[14] Dz. Urz. UE z 2010 r., C 83/47.

[15] Obwieszczenie KE– *Wytyczne w sprawie porozumień wertykalnych*, pkt 225.

[16] Zob. też obwieszczenie KE – *Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu*, Dz. Urz. UE z 2004 r., C 101/97, pkt 21.

domniemania oznaczałaby, że w konkretnym, jednostkowym przypadku, z uwagi na skuteczne wzruszenie domniemania, badane porozumienie nie mieści się jednak w kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel (np. z uwagi na kontekst ekonomiczny, w jakim jest stosowane) i powinno być analizowane ze względu na skutek.

Niewątpliwie dopuszczenie możliwości wzruszenia takiego domniemania już na etapie analizy naruszenia przepisu art. 5 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r.), a nie dopiero na etapie udowadniania spełnienia przesłanek z art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie 8 ust. 1 uokik z 2007 r.) stanowiłoby istotną (jakościową) zmianę. Ciężar udowodnienia w toku postępowania przed Prezesem UOKiK, że spełnione są określone w art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r.) przesłanki do wyłączenia indywidualnego spod zakazu porozumień, a więc, że konkretne porozumienie zakwalifikowane jako ograniczające konkurencję z uwagi na cel może być jednak – z uwagi na swoje prokonkurencyjne aspekty – tolerowane (co jest bardzo trudne), spoczywa przecież wyłącznie na przedsiębiorcy. Przykładowo, w sprawie porozumienia polegającego na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży, gdzie udział zarówno dostawcy, jak i dystrybutorów w odpowiednich rynkach właściwych wynosi ok. 1%, udowodnienie spełnienia przesłanek z art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r.) będzie nadal bardzo trudne. Tymczasem wykazanie przez przedsiębiorcę, że w takiej sytuacji nie ma prawdopodobnie żadnej szkody dla dobrobytu konsumentów, zatem badane porozumienie nie powinno być jednak klasyfikowane jako ograniczające konkurencję ze względu na cel (czyli jako naruszające art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r.), powinno być relatywnie proste.

W literaturze ekonomicznej wskazuje się, że potencjalne antykonkurencyjne skutki porozumień wertykalnych wynikają głównie ze skutków horyzontalnych tych porozumień tzn. na poziomie produkcji (dostawy) lub dystrybucji. Zatem ustalenie czy porozumienie wertykalne jest antykonkurencyjne zależy w przeważającej mierze od odpowiedzi na pytanie: czy ogranicza ono konkurencję w aspekcie horyzontalnym (Bishop i Walker, 2010, ss. 194–195). Przyjmuje się, że tego rodzaju ograniczenie może wystąpić tylko wtedy, gdy istnieje (znacząca) siła rynkowa na poziomie produkcji (dostawy) lub dystrybucji[17]. W literaturze tej zaproponowano więc kryteria, które pozwalałyby wykazać czy w konkretnym przypadku porozumienia polegającego na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży istnieje przekonująca teoria (koncepcja) szkody (*theory of harm*) dla dobrobytu konsumentów:

1) istnienie na rynku wyższego szczebla, tj. na poziomie produkcji (dostawy), indywidualnej lub kolektywnej (koncentracja ułatwiająca koordynację producentów – dostawców) siły rynkowej;
2) istnienie na rynku niższego szczebla (tj. na poziomie dystrybucji) indywidualnej lub kolektywnej (koncentracja ułatwiająca koordynację dystrybutorów) siły rynkowej;
3) istnienie sytuacji, w której większa liczba producentów (dostawców) posiadających łącznie znaczny udział w rynku wyższego szczebla, tj. na poziomie produkcji (dostawy), stosuje porozumienia dystrybucyjne, w których ustalane są sztywne (lub minimalne) ceny odsprzedaży.

Co najmniej jedno ze wskazanych kryteriów musiałoby być spełnione, aby w danej sprawie występowała wiarygodna teoria (koncepcja) szkody (Bennett i in., 2010, s. 510; Reindl, 2010, s. 585)[18]. Dlatego w przypadku wykazania przez przedsiębiorcę w toku postępowania przed

[17] D. Elliott, *An Introduction to the Economics of Vertical Restraints,* prezentacja udostępniona przez Autora.

[18] Podobne kryteria zostały zaprezentowane przez Wielką Brytanię w dokumencie przygotowanym dla OECD, *Roundtable on Resale Price Maintenance*, DAF/COMP(2008)37, s. 212, dokument dostępny pod adresem http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/43835526.pdf.

Prezesem UOKiK (jeszcze na etapie analizy naruszenia art. 5 uokik z 2000 r., a obecnie art. 6 uokik z 2007 r.), że żadne z ww. kryteriów nie ma miejsca w badanej sprawie, to domniemanie antykonkurencyjnych skutków konkretnego porozumienia polegającego na ustalaniu sztywnych (minimalnych) cen odsprzedaży zostałoby wzruszone. W konsekwencji to konkretne porozumienie nie mieściłoby się w kategorii porozumień zakazanych z uwagi na cel (*object box*). Jeśli w takiej sytuacji organ ochrony konkurencji nadal chciałby stwierdzić istnienie porozumienia ograniczającego konkurencję, to musiałby przeprowadzić jego analizę w oparciu o skutki[19].

Po drugie, **SN (alternatywnie wobec rozwiązania pierwszego) mógł wskazać, że Prezes UOKiK, aby móc zakwalifikować badane porozumienie polegające na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży do kategorii ograniczeń ze względu na cel, musiałby wykazać, że domniemanie antykonkurencyjnych skutków jest zasadne, a zatem, że istnieje w konkretnej sprawie przekonująca teoria szkody.** W tym celu Prezes UOKiK byłby zobowiązany wykazać, że spełnione jest co najmniej jedno z ww. trzech kryteriów. Skutkowałoby to tym, że Prezes UOKiK mógłby uznać, że konkretne porozumienie dotyczące ustalania sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży mieści się w kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel (z uwagi właśnie na spełnienie jednego z ww. kryteriów), natomiast inne tego typu porozumienie (z uwagi na niespełnienie żadnego z ww. kryteriów) nie mieści się w tej kategorii[20]. Podobne rozwiązanie stosuje się już na gruncie prawa unijnego w sprawach oceny wymiany informacji pomiędzy konkurentami. Wymiana informacji jest traktowana jako porozumienie zakazane z uwagi na cel (przedmiot), gdy obejmuje zindywidualizowane informacje o przyszłych zamierzeniach konkurentów odnośnie do cen czy ilości produkcji/sprzedaży. Natomiast w innych przypadkach wymiana informacji jest analizowana poprzez skutek[21]. Również w USA funkcjonuje podobne rozwiązanie stosowane wobec porozumień polegających na wiązaniu produktów (*tying*). Zgodnie z orzeczeniem SN USA w sprawie *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*[22] praktyka ta mieści się w kategorii porozumień zakazanych *per se* pod warunkiem spełnienia określonych przesłanek, w tym m.in. istnienia siły rynkowej. Warto dodać, że przepisy ustawy nie sprzeciwiają się przecież takiej postulowanej praktyce. W szczególności na przeszkodzie nie stoi przepis art. 7 ust. 3 uokik z 2007 r. Wyłączenie *de minimis* polega bowiem na „tolerowaniu" istniejących czy stwierdzonych ograniczeń konkurencji. Tymczasem wykazanie w konkretnej sprawie teorii szkody ma w ogóle pozwolić na ustalenie czy w pierwszym rzędzie mamy do czynienia z ograniczeniem konkurencji. Stosowanie wyłączenia *de minimis* jest więc ewentualnie działaniem następczym.

Odnosząc się bardziej szczegółowo do niektórych zważeń SN, należy wskazać, iż stwierdzenie przez SN, że ustalanie sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży powoduje wyższe ceny, nie pozwala bowiem na posługiwanie się ceną przez sprzedawców zbywających substytucyjne względem siebie, pochodzące od różnych dostawców, towary do kształtowania konkurencji między towarami tych dostawców i w ten sposób oddziałuje nie tylko na cenową konkurencję wewnątrzmarkową,

[19] Na temat nieporozumień w przeprowadzaniu skutkowej analizy porozumień przez Prezesa UOKiK zob. Turno, 2012, ss. 43–49.

[20] Takie podejście (zarówno pierwsze, jak i drugie), przy zachowaniu kwalifikacji RPM jako co do zasady ograniczających konkurencję z uwagi na cel (przedmiot), zbliża reguły oceny RPM do racjonalnych rozwiązań amerykańskich, w których odchodzi się od dychotomicznego podziału na praktyki zakazane *per se* i oceniane poprzez regułę rozsądku. Zamiast tego stosuje się rozwiązania pośrednie takie jak uproszczoną regułę rozsądku (*abbreviated*, *structured* lub *truncated rule of reason*) oraz test *quick look* przed zastosowaniem reguły *per se*, które biorą pod uwagę szczegółowe okoliczności ograniczenia wertykalnego, ich przyczynę oraz prawdopodobne skutki. Szerzej zob. Gellhorn i in., 2004, ss. 222–236.

[21] Zob. pkt. 72–76 Wytycznych KE w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, Dz. Urz. UE z 14.01.2011 r., C 11.

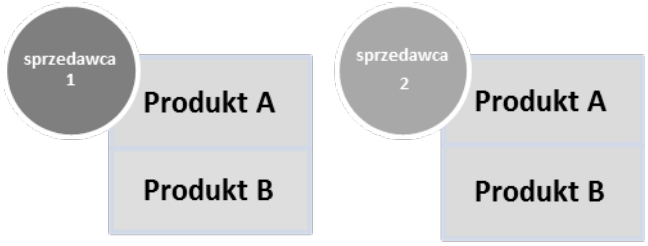
[22] 466 U.S. 2 (1984). Zob. również wyr. SN USA w sprawie *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006).

lecz także na międzymarkową, wydaje się być zbyt daleko idącym uogólnieniem. Co do zasady uznaje się bowiem, że ustalanie sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży, pomimo ograniczenia cenowej konkurencji wewnątrzmarkowej, wpływa jednak na zwiększenie konkurencji międzymarkowej. Negatywny wpływ ograniczeń wertykalnych na konkurencję międzymarkową w postaci antykonkurencyjnego wykluczenia lub zmowy – przy czym w przypadku RPM negatywny wpływ ogranicza się jedynie do ryzyka zmowy – mógłby mieć miejsce (z powodu tzw. *spill over effect*) tylko w pewnych sytuacjach. A mianowicie, po pierwsze (jak już wskazywano) tylko przy założeniu istnienia siły rynkowej na poziomie produkcji (dostawy) lub dystrybucji. Po drugie, co istotne, dla stwierdzenia negatywnego wpływu na konkurencję międzymarkową (ale również i wewnątrzmarkową), należy ustalić naturę konkurencji na szczeblu detalicznym. Kluczowe jest więc jaka konkurencja w tym zakresie jest istotna i jaki wpływ na nią wywiera ustalanie sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży i ewentualnie innych (towarzyszących RPM) ograniczeń wertykalnych. Ustalenie natury tej konkurencji w konkretnej sprawie będzie możliwe dopiero po przeanalizowaniu zachowań konsumentów, tzn. w jaki sposób nabywają oni określony towar i co jest dla nich przy tym istotne. Ograniczenia wertykalne oraz ich skutki zależą bowiem od sposobu, w jaki nabywany jest dany towar. Na poziomie dystrybucji możemy więc wyróżnić konkurencję:

1) **wewnątrzmarkową** (pomiędzy towarami tej samej marki) **pomiędzy** (różnymi) **punktami sprzedaży** (*intra-brand competition between*);

2) **międzymarkową** (pomiędzy substytucyjnymi towarami różnych marek) **pomiędzy** (różnymi) **punktami sprzedaży** (*inter-brand competition between*);

3) **międzymarkową** (pomiędzy substytucyjnymi towarami różnych marek) **wewnątrz/w ramach** (jednego, tego samego) **punktu sprzedaży** (*inter-brand competition within*).



Oczywiście istnieje gradacja tych rodzajów konkurencji. Rodzajem konkurencji najbardziej pożądanej (bo najsilniejszej) jest konkurencja wewnątrzmarkowa pomiędzy różnymi punktami sprzedaży. Z kolei, konkurencja międzymarkowa pomiędzy (różnymi) punktami sprzedaży jest

tym słabsza, im mniejsza jest substytucyjność pomiędzy towarami różnych marek. W końcu, konkurencja międzymarkowa wewnątrz punktu sprzedaży jest najsłabsza i ma znaczenie głównie w przypadku towarów impulsowych. Idealnie – gdy na rynku współistnieją wszystkie te rodzaje konkurencji, wtedy stopień rywalizacji jest największy[23].

Większość typowych ograniczeń wertykalnych powoduje ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej pomiędzy (różnymi) punktami sprzedaży (dotyczy to wyłącznej dystrybucji czy ustalania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży). Z kolei np. zobowiązanie wyłącznego zakupu (*single branding*) eliminuje konkurencję międzymarkową wewnątrz punktu sprzedaży[24]. Jeśli np. wzięlibyśmy do analizy produkt, jakim są lody, to z punktu widzenia konsumentów najważniejsza wydaje się konkurencja międzymarkowa wewnątrz/w ramach (jednego, tego samego) punktu sprzedaży (czyli *inter-brand competition within*). Wynika to z faktu, że konsumenci lodów (z uwagi na specyfikę tego produktu i sposób jego nabywania) raczej nie porównują ofert w kilku konkurencyjnych punktach sprzedaży, a następnie nie udają się po lody do punktu oferującego najlepsze warunki cenowe. Zatem w przypadku lodów (oraz innych produktów impulsowych) ustalenie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży może mieć negatywny wpływ na dobrobyt konsumentów, w sytuacji, w której jednocześnie w tym punkcie sprzedaży mielibyśmy do czynienia z zobowiązaniem wyłącznego zakupu, które wyeliminowałoby konkurencję międzymarkową wewnątrz tego punktu sprzedaży, względnie gdyby wszystkie marki lodów (różnych dostawców) w tym punkcie sprzedaży byłyby objęte RPM (innymi słowy gdyby istniała sieć tego typu porozumień). Natomiast w braku takich dodatkowych ograniczeń wertykalnych (oraz zakładając również brak znaczącej siły rynkowej dostawcy/producenta na rynku wyższego stopnia) samo jedynie ustalenie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży lodów jednej marki (powodujące co prawda ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej pomiędzy punktami sprzedaży lodów) raczej nie będzie negatywnie wpływać na dobrobyt konsumentów (albowiem zarówno konkurencja wewnątrzmarkowa pomiędzy punktami sprzedaży, jak i konkurencja międzymarkowa pomiędzy punktami sprzedaży w przypadku lodów i innych produktów impulsowych nie jest dla konsumentów kluczowa). Przy nieograniczonej konkurencji międzymarkowej w punkcie sprzedaży konsument ma bowiem możliwość wyboru innej (konkurencyjnej) marki lodów (w innej cenie).

Z kolei w przypadku towaru, jakim są samochody, najistotniejsza (w pewnym uproszczeniu) wydaje się być (czyli powinna być chroniona) konkurencja międzymarkowa (pomiędzy substytucyjnymi modelami samochodów różnych marek) pomiędzy (różnymi) punktami sprzedaży (czyli *inter-brand competition between*). Nabywcy samochodów (z uwagi na naturę tego produktu, jego cenę i fakt, że większość z nich kupuje go tylko kilka razy w ciągu swojego życia) są bowiem skłonni szukać lepszych ofert u sprzedawców konkurencyjnych marek, porównywać je, testować, nawet jeśli ci sprzedawcy mają swoje salony sprzedaży w różnych miastach często znacznie oddalonych od siebie (np. Warszawa i Poznań). Zatem w przypadku tego towaru ustalenie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży będzie ograniczało dobrobyt konsumentów, jeśli istniałaby siła rynkowa na szczeblu producentów samochodów i sieć porozumień RPM pomiędzy producentami różnych marek i ich dealerami (co z kolei skutkowałoby istnieniem kolektywnej siły rynkowej na szczeblu dealerów). Sieć porozumień RPM ogranicza więc nie tylko konkurencję międzymarkową pomiędzy

[23] D. Elliott, *An Introduction to*...

[24] Ibidem.

punktami sprzedaży, lecz także konkurencję międzymarkową w ramach (jednego, tego samego) punktu sprzedaży (w tym konkretnym przypadku w wielomarkowych salonach samochodowych).

Przywołane dwa przykłady pokazują, że ocena antymonopolowa RPM musi zawsze skupiać się na analizie konkretnych przypadków, mając na uwadze w szczególności dystrybuowany produkt, wzorce zachowań konsumentów odnośnie do zakupów tego towaru (sposobu i zwyczajów w nabywaniu danego towaru), rodzaj konkurencji istotnej dla dystrybucji tego produktu, możliwe inne ograniczenia wertykalne towarzyszące ustalaniu cen odsprzedaży oraz zakres i stopień rywalizacji na rynku, który pozostał po zastosowaniu konkretnego ograniczenia wertykalnego.

Podsumowując, można zatem pokusić się o próbę skonstruowania uproszczonego testu, pomocnego przy ocenie ustalania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży. Analizując, kiedy praktyka ta może być uzasadniona (i nie prowadzi do naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik z 2007 r.), należy sobie zadać kilka ważnych pytań. Po pierwsze, **czy ustalenie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży powoduje znaczące ograniczenie konkurencji?** Aby udzielić odpowiedzi na to pytanie, należy:

1) ustalić czy istnieje indywidualna bądź kolektywna siła rynkowa na rynku wyższego szczebla (rynku produkcji/dostawy) lub niższego szczebla (rynek dystrybucji)?; względnie czy mamy do czynienia z funkcjonowaniem sieci równoległych porozumień RPM zawieranych przez producentów/dostawców, którzy łącznie posiadają znaczący udział rynkowy?; bez istnienia siły rynkowej czy sieci porozumień RPM twierdzi się, że nie może dojść do ograniczenia konkurencji;
2) zrozumieć naturę konkurencji, czyli ustalić, jaka konkurencja na szczeblu detalicznym jest istotna i jaki wpływ na nią wywiera RPM; aby to ustalić, należy przeanalizować:
   a) sposób, w jaki konsumenci nabywają towar, którego dotyczy RPM i ich typowe zachowania (w tym czy jest to towar złożony, drogi, ile razy nabywany w ciągu życia, w jakich warunkach nabywany, jaka informacja o nabywanym towarze jest dostępna?);
   b) jakiego rodzaju konkurencja ma miejsce w odniesieniu do towaru, którego dotyczy RPM i jakiego rodzaju konkurencja jest w tym przypadku istotna (wymagająca ochrony)?:
      – wewnątrzmarkowa pomiędzy sklepami (czyli towar tej samej marki sprzedawany w różnych sklepach)?; w braku sieci porozumień, RPM powoduje ograniczenie tylko tej konkurencji;
      – międzymarkowa pomiędzy sklepami (towary różnych marek sprzedawane w różnych sklepach)?;
      – międzymarkowa w ramach sklepu (towary różnych marek w tym samym sklepie)?;
   c) ile rywalizacji pozostaje przy wprowadzeniu danego rodzaju ograniczenia wertykalnego?;
3) ustalić czy w związku z powyższym istnieje ryzyko zmowy na rynku wyższego lub niższego szczebla?

Jeśli odpowiedź na powyższe zasadnicze pytanie jest twierdząca (RPM powoduje znaczne ograniczenie konkurencji), to czy istnieje uzasadnienie dla konkretnego RPM w postaci zwiększenia efektywności? Może to mieć miejsce poprzez:

1) zapobieganie efektowi „gapowicza" na poziomie dystrybutorów;
2) powstaniu innych efektywności, takich jak zapobieganie efektowi „gapowicza" na poziomie wytwórców czy ograniczenie podwójnej marży (*double monopoly mark up*)[25].

[25] Szerzej na temat efektywności płynącej z RPM zob. np. Font-Galarza i in., 2013, ss. 2–12.

W końcu, tezą SN wymagającą komentarza jest, że za rygorystycznym podejściem do ustalania sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży, pomimo akceptacji, że tego typu porozumienia mogą wywoływać prokonkurencyjne skutki, przemawia akcentowanie przez ustawę oraz przepisy wykonawcze pierwszoplanowego znaczenia konkurencji cenowej wśród różnych form konkurencji, samodzielności kształtowania polityki cenowej przez uczestników rynku oraz – co ma wynikać z aksjologii ustawy i art. 76 Konstytucji RP – interesów konsumentów. Wydaje się jednak, że obecne bardzo restrykcyjne podejście do ustalania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży (prezentowane również przez SN w glosowanym wyroku) chroni w zasadzie tylko jedną wartość, tzn. swobodę niezależnych dystrybutorów w kształtowaniu ceny odsprzedaży, a abstrahuje raczej od ochrony dobrobytu konsumentów. Nie każde jednak ograniczenie swobody przedsiębiorców jest sprzeczne z prawem konkurencji, a tylko takie, które ogranicza konkurencję[26]. Gdyby bowiem, przy silnej konkurencji międzymarkowej, minimalne lub sztywne ceny odsprzedaży swoim spółkom zależnym (dystrybutorom) narzuciła spółka-matka (dostawca), to przy dokładnie takich samych skutkach ekonomicznych, jakie miałyby miejsce, gdyby praktykę tę zastosował dostawca wobec niezależnych dystrybutorów (spoza jego grupy kapitałowej), nie byłoby podstaw do ingerencji organu antymonopolowego (tylko z uwagi na fakt istnienia jednolitego organizmu gospodarczego). Przy intensywnej i nieograniczanej konkurencji międzymarkowej (pomiędzy różnymi punktami sprzedaży lub wewnątrz jednego, tego samego punktu sprzedaży) konsumenci są w stanie dokonać zakupów towarów konkurencyjnych i nie ogranicza to ich dobrobytu.

Konkludując, warto pamiętać, że ostatecznym celem ingerencji organu antymonopolowego powinna być ochrona dobrobytu konsumentów, a nie samego procesu konkurencji. Nie jest bowiem tak, że to, co jest dobre dla konkurencji, zawsze jest dobre dla konsumentów. Konsumenci w swoich wyborach kierują się szeregiem różnych czynników i organ ochrony konkurencji powinien je mieć na uwadze przy ocenie spraw antymonopolowych, zwłaszcza dotyczących wertykalnych ograniczeń cenowych.

Bibliografia

Aziewicz, D. (2013). Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji. *iKAR*, 1.

Bennett, M., Fletcher, A., Giovannetti, E. i Stallibrass, D. (2010). Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy and Small Steps Towards a More Nuanced Policy. W: B.E. Hawk (red.), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute. International Antitrust Law & Policy*. Huntington: Juris Publishing.

Bishop, S. i Walker, M. (2010). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement.* Londyn: Sweet & Maxwell.

Bolecki, A. (2012a). Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej. *iKAR*, 1.

Bolecki, A. (2012b). Ustalane minimalnych cen odsprzedaży – czas na zmiany. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r. w sprawie III SK 21/11 (Röben Ceramika Budowlana). *iKAR*, 3.

Bolecki, A. (2013). Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji. *iKAR*, 7.

Fidala, J. (2012). Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych. *iKAR*, 3.

[26] Na temat rozumienia zagadnienia „ograniczenia konkurencji" zob. Turno, 2013, ss. 69–72 i wskazana tam literatura.

Font-Galarza, A., Maier-Rigaud, F.P. i Figueroa, P. (2013). RPM under EU Competition Law: Some Considerations From a Business and Economic Perspective. *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, November (1).

Gellhorn, E., Kovacic, W.E. i Calkins, S. (2004). *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 5. wyd. St. Paul: Thomson West.

Grzejdziak, Ł. (2009). Zakaz ustalania cen odsprzedaży towarów. Warunek sine qua non efektywnej konkurencji czy nieproporcjonalne ograniczanie wolności gospodarczej? W: W. Szwajdler, H. Nowicki (red.), *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*. Toruń: Wydawnictwo TNOiK ,,Dom Organizatora".

Jurkowska-Gomułka, A. (2012). Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. *iKAR*, 1.

Kohutek, K. (2013). Glosa do wyroku SN z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11. *LEX* nr 1108489.

Kohutek, K. (2014). RPM nie zawsze godzą w interes publiczny: bliżej zindywidualizowanego podejścia do wertykalnego ustalania cen odsprzedaży? Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2014 r. III SK 44/13. *iKAR*, 6.

Kohutek, K. (2015). *Antykonkurencyjny cel lub skutek w kontekście wertykalnego ustalania cen odsprzedaży*. Referat wygłoszony na 1. Polskim Kongresie Prawa Konkurencji, Warszawa. Pozyskano z: http://www.1pkpk.wz.uw.edu.pl/working_papers/K_Kohutek_RPM.pdf (31.01.2016).

Misiejuk, E. (2004). Narzucanie cen odsprzedaży a ochrona konkurencji. *Problemy Zarządzania*, 3.

Odudu, O. (2006). *The boundaries of EC Competition Law. The Scope of Art. 81.* Nowy Jork: Oxford University Press.

Odudu, O. (2008). Restrictions of Competition by Object – What's the Beef. *Competition Law Journal*.

Reindl, A.P. (2010). Resale Price Maintenance and Article 81 EC: Developing a More Sensible Analytical Approach. W: B.E. Hawk (red.), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute. International Antitrust Law & Policy*. Huntington: Juris Publishing.

Stawicki, A. (2012). Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek: próba rozgraniczenia. *iKAR*, 1.

Turno, B. (2012). Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji. *Kwartalnik Prawa Publicznego*, 2.

Turno, B. (2013). *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim systemie prawa ochrony konkurencji*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Turno, B. (2015). *Definiowanie rynku właściwego w sprawach antymonopolowych z uwzględnieniem podejścia ekonomicznego – problemy, metodologia oraz propozycje rozwiązań alternatywnych*. Referat wygłoszony na 1. Polskim Kongresie Prawa Konkurencji, Warszawa. Pozyskano z: http://www.1pkpk.wz.uw.edu.pl/working_papers/B_Turno_Definiowanie_rynku.pdf (31.01.2016).

Zawłocka-Turno, A. i Turno, B. (2011). Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję z uwagi na cel (przedmiot) w prawie unijnym. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 4.

Agata Zawłocka-Turno, LL.M. (KCL)
radca prawny; dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji UOKiK

dr Bartosz Turno, LL.M. (KCL)
radca prawny; afiliowany przy CARS WZ UW; e-mail: bartoszturno@gmail.com

Czy przeniesienie pliku do folderu „kosz” stanowi naruszenie obowiązku współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK?

Wyrok Sądu Apelacyjnego Warszawie z dnia 30 stycznia 2015 r., VI ACa 446/14

I. Stan faktyczny

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) decyzją z 28 listopada 2011 r.[1] na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[2] nałożył na Inco-Veritas S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości 2.047.475,10 zł, co stanowiło równowartość 517.000 euro tytułem braku współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK w ramach postępowania wyjaśniającego. Postępowanie dotyczyło systemu dystrybucji nawozów ogrodniczych oraz chemii gospodarczej, kosmetyków oraz farmaceutyków i miało na celu ustalenie czy doszło do naruszenia przepisów uokik. W toku postępowania wyjaśniającego przeprowadzono kontrolę wraz z przeszukaniem pomieszczeń w siedzibie spółki oraz w jej oddziale. W drugim dniu kontroli, tj. 17 czerwca 2010 r., kontrolujący podczas przeszukania laptopa pracownika spółki stwierdzili, iż w folderze „kosz” znajduje się plik dokumentu przeniesiony poprzez skorzystanie z funkcji „usuń” w dniu 16 czerwca 2010 r. ok. godz. 11:00. W celu sprawdzenia, jaki plik został usunięty, kontrolerzy skorzystali z funkcji „przywróć”, jednakże nie ustalono, w jakim miejscu źródłowym znajdował się plik pierwotnie. Pracownik spółki 18 czerwca 2010 r. po bezskutecznej próbie jego wskazania, przekazał kontrolującym wersję papierową dokumentu. Dokument ten został wcześniej zabezpieczony przez kontrolujących podczas przeszukania pomieszczenia. Prezes UOKiK uznał powyższe zachowanie za brak współdziałania w toku kontroli i po przeprowadzeniu odrębnego postępowania nałożył na przedsiębiorcę karę pieniężną na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 3 uokik.

Spółka (dalej też jako powódka) wniosła odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK, zaskarżając ją w całości i zarzucając jej obrazę prawa materialnego poprzez: (1) naruszenie art. 106 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 105d ust. 1 uokik, poprzez ich zastosowanie i nałożenie na powódkę kary pieniężnej z tytułu braku „współdziałania w toku kontroli” prowadzonej przez Prezesa UOKiK, w ramach postępowania wyjaśniającego, w sytuacji gdy powódka nie wypełniła przesłanek braku współdziałania; (2) naruszenia art. 105d ust. 1 pkt 3 uokik, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie (niewłaściwą subsumcję) i uznanie, że przeniesienie pliku dokumentu do folderu „kosz” stanowi przejaw naruszenia obowiązków wynikających z tego przepisu, a w rezultacie brak współdziałania powódki w toku prowadzonej kontroli; (3) naruszenia art. 106 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 105d ust. 1 pkt 3 uokik i w zw. z art. 6 k.p.a.[3], poprzez ich błędną wykładnię polegającą na dowolnym

[1] DOK-9/2011. Pozyskano z: https://uokik.gov.pl/download.php?plik=10944 (31.01.2016).

[2] Ustawa z 16.02.2007 r. (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.); dalej: uokik.

[3] Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 267 z późn. zm.).

zdefiniowaniu „braku współpracy", w oderwaniu od ściśle określonych obowiązków przedsiębiorcy wymienionych w art. 105d i art. 105e uokik, co narusza również zasadę praworządności; (4) naruszenie art. 111 w zw. z art. 106 uokik, poprzez jego błędną wykładnię i nałożenie na powódkę rażąco wygórowanej kary pieniężnej. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) podzielił argumentację powódki. Wyrokiem z 3 lutego 2014 r.[4] SOKiK uchylił decyzję Prezesa UOKiK z 28 listopada 2011 r. (nr DOK-9/2011).

Prezes UOKiK wniósł apelację od wyroku SOKiK, zaskarżając go w całości i wnosząc o jego zmianę przez oddalenie odwołania powoda w całości. W apelacji zarzucono wyrokowi SOKiK m.in. naruszenie art. 106 ust. 2 pkt 3 w zw. art. 105d ust. 1 uokik, poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że usunięcie w toku kontroli, poprzez skorzystanie z funkcji „usuń" w komputerze, pliku dokumentu z pierwotnego miejsca na twardym dysku nie stanowi przejawu naruszenia obowiązków wynikających z art. 105d ust. 1 uokik, a w rezultacie, że nie stanowi braku współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK.

Powódka wniosła o oddalenie apelacji w całości. Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił apelację Prezesa UOKiK, uznając m.in., iż zachowanie pracownika powódki nie doprowadziło do utrudnienia kontroli, z uwagi na to, że plik nie został rzeczywiście usunięty i nadal znajdował się na przekazanym nośniku informacji. Zdaniem Sądu Apelacyjnego niniejsze działanie nie stanowi przejawu naruszenia obowiązków wynikających z art. 105d ust. 1 uokik i tym samym nie można go uznać za brak współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK. W opinii Sądu Apelacyjnego czynności polegające na przeszukaniu folderu „kosz" i przywróceniu jego zawartości należą do szablonowych i podstawowych czynności wykonywanych przez kontrolujących wykonujących przeszukanie komputerów, a zapoznanie się z treścią dokumentu tekstowego nie wymagało z ich strony żadnego dodatkowego nakładu pracy.

II. Komentarz

W art. 106 ust. 2 uokik wymieniono katalog czynów stanowiących naruszenie obowiązków proceduralnych lub obowiązków mających na celu zapewnienie właściwego i efektywnego prowadzenia postępowań przed Prezesem UOKiK, za popełnienie których grozi kara pieniężna (Kohutek, 2014, s. 1006). Stosownie do art. 106 ust. 2 pkt 3 uokik (w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy nowelizującej z 10 czerwca 2014 r.[5]) Prezes UOKiK może ją nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, w wysokości stanowiącej równowartość do 50.000.000 euro, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie nie współdziała w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania na podstawie art. 105a, z zastrzeżeniem art. 105d ust. 2 uokik.

W glosowanym wyroku Sąd Apelacyjny w Warszawie trafnie wskazał, iż wykładnia przepisu art. 106 ust. 2 pkt 3 uokik, w szczególności wobec jego literalnego brzmienia, nie może być dokonana w oderwaniu od przepisu art. 105d ust. 1 uokik. Tym samym Sąd Apelacyjny słusznie stwierdził, iż przedmiotowy brak współdziałania, który stał się podstawą nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej, winien być wykładany ściśle przez pryzmat wskazanych w art. 105d ust. 1 uokik obowiązków ciążących na przedsiębiorcy. Należy podkreślić, iż art. 105d wraz z przepisem

[4] Wyr. SOKiK z 3.02.2014 r. (XVII AmA 32/12). Pozyskano z: http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/$N/154500000003003_VI_ACa_000446_2014_Uz_2015-01-30_002 (31.01.2016).

[5] Ustawa z 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. poz. 945).

art. 105e uokik konkretyzuje obowiązek współpracy kontrolowanego przedsiębiorcy oraz wyznacza granice i zakres tego obowiązku (Materna, 2014, s. 1248). W piśmiennictwie (Kohutek, 2014, s. 977; Turno, 2011, s. 1089; Banasiński i Piontek, 2009, s. 967) podkreśla się, iż stanowią one przejaw obowiązku pozytywnego współdziałania w toku kontroli, którego celem jest zapewnienie skuteczności kontrolnych uprawnień Prezesa UOKiK. Pomimo iż powyższy obowiązek ciąży bezpośrednio na przedsiębiorcy, w orzecznictwie[6] i doktrynie (Turno, 2011, s. 1090) słusznie jednak przyjęto, iż ponosi on prawną odpowiedzialność także za działania podjęte przez jego pracowników w toku kontroli. W wyroku z 3 lutego 2014 r. SOKiK słusznie zauważył, iż wszelka obstrukcja kontroli z ich strony, sprowadzająca się np. do niszczenia, przerabiania czy ukrywania dokumentów, obciąża kontrolowanego przedsiębiorcę i to niezależnie od tego czy wiedział on lub akceptował taką obstrukcję. Tym samym należy uznać, iż na pracownikach kontrolowanego przedsiębiorcy ciąży pośrednio obowiązek pozytywnego współdziałania w toku kontroli. Jednym z enumeratywnie wskazanych w art. 105d ust. 1 uokik obowiązków podmiotów kontrolowanych jest udostępnienie akt, ksiąg i wszelkiego rodzaju dokumentów lub innych nośników. Jednakże, jak słusznie zaznaczył Sąd Apelacyjny, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie precyzuje ani formy, ani sposobu katalogowania informacji, które miałyby być przekazane przez przedsiębiorcę na żądanie Prezesa UOKiK. Nie można jednak twierdzić, jak Sąd Apelacyjny w glosowanym wyroku, że forma i umiejscowienie dokumentów w formie plików, które znajdowały się na przekazanym organowi twardym dysku, nie są dla niniejszej sprawy relewantne. Sąd Apelacyjny skonstatował, iż powódka, dokonując przekazania laptopa zawierającego sporny plik dokumentów związanych z zakresem kontroli, spełniła ciążący na niej wynikający z przepisu art. 105d ust.1 pkt 3 uokik obowiązek udostępnienia wszelkiego rodzaju dokumentów lub innych nośników. Powyższa argumentacja stanowi wątłą podstawę uznania, że zachowanie pracownika kontrolowanego przedsiębiorcy nie stanowi naruszenia obowiązków wynikających z art.105d ust.1 uokik i w rezultacie nie stanowi braku współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK.

Po pierwsze, Sąd Apelacyjny błędnie zakwalifikował działanie pracownika. Z uwagi na to, że jego skutkiem nie jest trwałe usunięcie spornego pliku, polega ono więc *de facto* na ukryciu pliku, nie zaś na jego usunięciu. Jak zauważył SOKiK w wyroku z 3 lutego 2014 r. brak pozytywnej współpracy kontrolowanego z kontrolującym, wynikający chociażby z nieumyślności, jest brakiem współdziałania. Z kolei za kwalifikowaną postać braku współdziałania w toku kontroli SOKiK słusznie uznał jej utrudnianie, które m.in. polega właśnie na ukrywaniu w toku kontroli dokumentów odnoszących się do przedmiotu i zakresu kontroli. Sąd Apelacyjny w Warszawie skupił się jedynie na tym, iż skorzystanie z opcji „usuń" nie powoduje usunięcia pliku z dysku twardego komputera i w rezultacie nie uniemożliwia zapoznania się z jego treścią. Nie zwrócił jednak uwagi na to, że przejawem braku współdziałania w kontroli, obok jej uniemożliwiania, jest ukrywanie plików objętych zakresem kontroli. Obowiązkiem ciążącym w sposób bezpośredni na kontrolowanym przedsiębiorcy, a w sposób pośredni także na jego pracowniku, zgodnie z art.105d ust.1 pkt 3 uokik, jest obowiązek udostępnienia akt, ksiąg i wszelkiego rodzaju dokumentów lub innych nośników. Słownik języka polskiego definiuje hasło „udostępnianie" jako czynienie czegoś dostępnym, ułatwienie, umożliwienie odbioru, przyswojenie, poznanie czegoś (PWN, 1993, s. 582). Z kolei

[6] Wyr. SOKiK z 26.03.2013 r. (XVII AmA 230/10). Pozyskano z: http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/$N/154505000005127_XVII_AmA_000230_2010_Uz_2013-04-09_001 (31.01.2016).

pojęcie „ukrywanie” należy rozumieć jako schowanie, umieszczenie w zasłoniętym, niewidocznym miejscu, nieuzewnętrznienie, nieujawnienie czegoś, zatajenie (PWN, 1993, s. 592). Folder „kosz”, do którego przeniesiony został sporny dokument, jest miejscem tymczasowego przechowywania usuniętych plików[7]. Za niebudzącą wątpliwości praktykę należy uznać przenoszenie do niego plików nieistotnych bądź przynajmniej tymczasowo niepotrzebnych. W omawianej sprawie nie wykazano, iż dotychczasowa praktyka pracownika powódki dotycząca katalogowania plików polegała na umieszczaniu przynajmniej części z nich w folderze „kosz”. Tym samym, z uwagi na typowe przeznaczenie folderu „kosz”, należy uznać, iż nie jest on folderem służącym do katalogowania istotnych i nadal potrzebnych plików.

Po drugie, w przedmiotowej sprawie istotny jest również czas, kiedy zostało dokonane przeniesienie dokumentu tekstowego objętego zakresem kontroli do folderu „kosz”. Jak ustalono w toku postępowania wyjaśniającego, powyższa czynność miała miejsce w drugim dniu kontroli, po przedstawieniu powódce upoważnienia do przeprowadzenia kontroli wraz z przeszukaniem, które zawierało informacje dotyczące jej przedmiotu oraz zakresu. Wobec powyższego zasadnym wydaje się przyjęcie, iż powódka, dokonując przeniesienia pliku, liczyła na to, że kontrolerzy nie odnajdą tego pliku. Z jednej strony wniosek, iż zachowanie miało na celu wprowadzenie w błąd kontrolerów przekonanych o uznaniu nieistotności plików zgromadzonych w folderze „kosz” jest zbyt daleko posunięty, z drugiej zaś – nie został wykluczony w toku postępowania. Z całą pewnością analiza powyższego działania w kontekście obowiązku pozytywnej współpracy nie prowadzi do wniosku, że stanowi ono ułatwienie w odnajdywaniu plików zgromadzonych na twardym dysku, które zostały objęte zakresem kontroli i w rezultacie są przedmiotem poszukiwań kontrolerów.

Po trzecie, dokonując dalszej analizy kwestii związanych z czasem podjęcia przez pracownika określonych działań, należy podkreślić, iż zaoferowanie i udostępnienie spornego pliku w formie papierowej nastąpiło dopiero następnego dnia po jego zlokalizowaniu przez kontrolujących w folderze „kosz”, co koliduje z postulowaną sprawnością czynności kontrolnych. W myśl tejże zasady kontrolowany jest zobowiązany do aktywnego współdziałania z organem kontrolującym i ma obowiązek powstrzymania się od działań zakłócających sprawne wykonywanie czynności kontrolnych, w szczególności nie może utrudniać czy udaremniać przeprowadzenia kontroli (Kohutek, 2014, s. 981). Powinien on także realizować swoje obowiązki niezwłocznie, gdyż jak uznaje się w doktrynie, każde opóźnienie może utrudnić osiągnięcie celu kontroli (Materna, 2014, s. 1249). Sąd Apelacyjny uznając, iż wskutek powyższego przekazania powódka wypełniła ciążący na niej obowiązek z art. 105d ust. 1 pkt 3 uokik, bagatelizuje kwestię uprzedniego przeniesienia pliku dokumentu przy użyciu opcji „usuń” do folderu „kosz”. Powołanie się przez Sąd Apelacyjny w Warszawie na to, że pracownik spółki finalnie udostępnił dokument tekstowy w wersji papierowej. należy ocenić krytycznie, gdyż przedmiotowy brak współdziałania wykładany ściśle przez pryzmat wskazanych w art. 105d ust. 1 uokik obowiązków ciążących na przedsiębiorcy należy oceniać w kontekście całościowego zachowania kontrolowanego w toku kontroli, niwelowanie zaś dotychczasowych negatywnych skutków braku współdziałania jest relewantne prawnie w kontekście możliwego odstąpienia przez Prezesa UOKiK od wymierzenia kary pieniężnej albo obniżenia jej wysokości. W omawianej sprawie należy jednak podzielić stanowisko, iż naruszenia

[7] http://windows.microsoft.com/pl-pl/windows-8/recycle-bin-frequently-asked-questions (31.01.2016).

krótkotrwałe, bez względu na ich rodzaj, jeżeli zostały zaniechane i nie wywołały negatywnych skutków dla konkurencji i konsumentów, powinny być penalizowane w możliwie najłagodniejszy sposób, tj. wymierzane kary pieniężne powinny oscylować w dolnych granicach ustawowych (Kołnierzak, 2012, s. 175–189).

Warto również podkreślić, iż niektóre fragmenty uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie mogą stanowić asumpt do dowolnej interpretacji dokonywanej przez potencjalnego kontrolowanego przedsiębiorcę i w rezultacie pośrednio przyczynić się do podejmowania działań mających na celu obstrukcję kontroli. Jednym z nich jest zakwalifikowanie przez Sąd Apelacyjny pewnych czynności dokonywanych przez kontrolujących wykonujących przeszukanie komputerów za szablonowe i w konsekwencji niestanowiące nadmiaru pracy. Sąd Apelacyjny w Warszawie nie sprecyzował jednak kryteriów niniejszego uznania. Wydaje się, iż próba zakwalifikowania pewnych czynności z zakresu kontroli danych zgromadzonych na twardym dysku komputerów jako szablonowych nie może odbywać się w oderwaniu od spoczywającego na kontrolujących wymogu posiadanych w tym zakresie kwalifikacji, które jednak nie zostały dostatecznie sprecyzowane przez Sąd Apelacyjny. Mając powyższe na uwadze, przedsiębiorca, w obliczu nieuznania przez Sąd Apelacyjny w Warszawie działań pracownika powódki za utrudniające kontrolę, może podjąć czynności mające na celu ukrycie dokumentów objętych zakresem kontroli, które *de facto* testują kompetencje kontrolerów. Możliwym jest więc przypadek, w którym przedsiębiorca na etapie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK nakładającej karę pieniężną bądź apelacji od wyroku SOKiK może argumentować, iż dokonana przez niego czynność nie powinna stworzyć wykwalifikowanemu pracownikowi organu kontrolującego dodatkowej trudności w uzyskaniu zamierzonego celu kontroli.

Niestety Sąd Apelacyjny nie poddał także głębszej analizie zagadnienia sprzeczności zachowania powódki z celem kontroli. Z jednej strony słusznie stwierdził, iż zasadniczym celem kontroli jest weryfikacja legalności działania danego przedsiębiorcy, polegająca na zebraniu dowodów w możliwie największym stopniu potwierdzających istnienie naruszenia bądź dowodzących braku podstaw do stwierdzenia naruszenia. Z drugiej strony, analizując powyższe zagadnienie, powinien także mieć na uwadze rosnące znaczenie dokumentów elektronicznych, które m.in. z uwagi na szybkie ich przenoszenie, usuwanie i w konsekwencji nietrwałość archiwizacji, mogą umożliwić przedsiębiorcy utajnienie nielegalnych praktyk.

III. Uwagi podsumowujące i postulaty

W części dotyczącej konieczności wykładni przepisu art. 106 ust. 2 pkt 3 uokik, w szczególności wobec jego literalnego brzmienia w zestawieniu z przepisem art. 105d ust. 1 uokik oraz podstaw nakładania kary pieniężnej z tytułu braku współdziałania wykładanego przez pryzmat obowiązków wskazanych w art. 105d ust. 1 uokik argumentacja Sądu Apelacyjnego w Warszawie zasługuje na aprobatę. Natomiast krytycznie należy ocenić, po pierwsze, wywody Sądu dotyczące kwalifikowania działań pracownika powódki. Po drugie, zbyt powierzchownie została potraktowana kwestia czasu podejmowania przez niego tychże działań oraz czynności mających na celu zniwelowanie ich negatywnych skutków. Po trzecie, poprzez uznanie finalnego przekazania dokumentów za wypełnienie obowiązku z art. 105d ust. 1 pkt 3 uokik, zbagatelizowana została dotychczasowa obstrukcja kontroli polegająca na ukryciu pliku objętego zakresem kontroli.

Warto zaznaczyć, iż nowelizacja uokik z 2014 r., w wyniku której zastąpiono dotychczasowe określenie dotyczące „niewspółdziałania” w toku prowadzonej kontroli zwrotem mówiącym o „uniemożliwianiu lub utrudnianiu rozpoczęcia lub przeprowadzenia kontroli” dookreśliła podstawę nałożenia kary pieniężnej, podkreślając negatywny wpływ zachowania przedsiębiorcy na przebieg kontroli. Jednakże za dalej aktualny należy uznać problem określenia czasu, w jakim przedsiębiorca powinien wykonać ciążące na nim obowiązki. Ustawodawca nie opowiedział się więc ani za interpretacją, w świetle której obowiązek współdziałania powinien być realizowany niezwłocznie po przedstawieniu stosownego żądania przez kontrolującego, ani za tą, która dopuszcza możliwość udostępnienia materiałów do zakończenia kontroli, z wyprzedzeniem umożliwiającym ich wykorzystanie zgodnie z celami kontroli (Król-Bogomilska, 2014, s. 1332). Za zasadne wydaje się jednak przyjęcie pierwszej z nich, gdyż skuteczniej zabezpiecza przed obstrukcjami kontroli i w pełni oddaje *ratio legis* przepisu art. 105d uokik jako mającego zapewnić sprawne przeprowadzenie kontroli i możliwie najpełniejsze zrealizowanie jej celu.

Bibliografia

Banasiński, C. i Piontek, E. (red.). (2009). Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów*. *Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.

Kohutek, K. (2014). W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kołnierzak, L. (2012). Stosowanie kar pieniężnych z tytułu naruszenia ustawy antymonopolowej – praktyka i postulaty de lege ferenda. *Kwartalnik Prawa Publicznego*, 1.

Król-Bogomilska, M. (2014). Art. 106. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Materna, G. (2014). Art. 105d. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

PWN (1993). *Słownik Języka Polskiego*, t. 3.Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN. Turno, B. (2011). W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Radosław Niwiński

student V roku prawa, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; e-mail: rniwinski@op.pl

Możliwość miarkowania kary pieniężnej wymierzonej przedsiębiorcy

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 lipca 2014 r., VI ACa 1515/13

I. Stan faktyczny

Prowadzący działalność gospodarczą W.J. w celu dalszej odsprzedaży swoich wyrobów w latach 2003–2008 zawarł umowy o współpracy handlowej z innymi przedsiębiorcami (w tym z Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym) (dalej: PHU). Umowy te zostały zawarte z zastosowaniem wzoru umowy opracowanego przez W.J., stąd poszczególne umowy zawierały takie same postanowienia. Zgodnie z treścią § 4 ust. 1 każdej z umów o współpracy handlowej „Ustalanie ceny wyrobów typowych będzie następowało w oparciu o cenniki (...) magazyn (...) obowiązujące w dniu doręczenia zamówienia do jej siedziby". Natomiast w § 4 ust. 8 umów zastrzeżono, że „Dealer ma obowiązek utrzymywania w stosunku do swoich klientów, końcowych cen sprzedaży w wysokości ustalonej w aktualnych cennikach firmy (...)". Cenniki te były przekazywane dealerom na spotkaniach szkoleniowych, dołączane do transportu lub przesyłane pocztą. Zgodnie z postanowieniami umów, umowy te mogły być rozwiązane przez W.J. ze skutkiem natychmiastowym w przypadku działania dealera na szkodę interesów handlowych W.J. W 2009 r. W.J. oraz wskazani przedsiębiorcy podpisali aneksy do powyższych umów. W aneksach tych zmieniono § 4 pkt 8 umów o współpracy handlowej, nadając mu treść: „Dealer ma obowiązek utrzymywania w stosunku do swoich Klientów, końcowych cen sprzedaży nie wyższych niż ustalone w aktualnych cennikach firmy (...)".

Decyzją z dnia 20 grudnia 2010 r.[1] Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję oraz naruszającą zakaz zawarty w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)[2] porozumienie zawarte na krajowym rynku hurtowej sprzedaży stolarki drzwiowej, półfabrykatów, materiałów i towarów towarzyszących, polegające na bezpośrednim ustalaniu w umowach o współpracy handlowej zawieranych przez W.J. ze wskazanymi przedsiębiorcami, cen odsprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez W.J. i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 5 listopada 2009 r. Za naruszenie to Prezes UOKiK nałożył na przedsiębiorców kary pieniężne, na podstawie art. 106 ust. 1 uokik, w tym na W.J. – w kwocie 16.942 zł i na PHU – w kwocie 35.956 zł. Od powyższej decyzji odwołania wnieśli W.J. oraz PHU. Decyzji zarzucono m.in. naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez wymierzenie powodowi rażąco niesprawiedliwej kary, bez wzięcia pod uwagę okoliczności dotyczących winy powoda, rzeczywistego jego zamiaru, udziału produktów nabytych od tego producenta w sprzedaży powoda, wcześniejszego przykładnego prowadzenia interesów przez powoda w ramach wieloletniej działalności

[1] RTK-43/2010.

[2] T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.

gospodarczej. Wyrokiem z dnia 29 listopada 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) oddalił odwołanie W.J. w całości oraz obniżył karę pieniężną nałożoną na PHU w kwocie 35.956 zł do kwoty 15.000 zł, w pozostałej zaś części odwołanie PHU oddalił.

Oceniając wysokość wymierzonych w decyzji kar pieniężnych, Sąd pierwszej instancji stwierdził, że nałożona na W.J. kara w kwocie 16.942 zł jest prawidłowa i nie może zostać obniżona. Prezes UOKiK zasadnie bowiem przyjął, że przedsiębiorca ten był inicjatorem porozumienia cenowego ograniczającego konkurencję, uznawanego za jedno z najcięższych naruszeń prawa antymonopolowego. SOKiK podkreślił, że praktyka ta miała charakter długotrwały, gdyż pierwsze dwie umowy dealerskie podpisano w latach 2003–2004, natomiast zaprzestanie jej stosowania miało miejsce dopiero w dniu 5 listopada 2009 r. Organ antymonopolowy wziął też pod uwagę okoliczności łagodzące, takie jak odstąpienie od praktyki ograniczającej konkurencję przed wszczęciem postępowania administracyjnego oraz niekontrolowanie w praktyce obowiązku stosowania cen sztywnych przez dealerów. Natomiast karę pieniężną nałożoną na PHU SOKiK zdecydował się obniżyć i podkreślił, że przedsiębiorca ten został pozbawiony swobody decyzji cenowych w wyniku zobowiązania się w umowie o współpracy handlowej do stosowania cen sztywnych, był więc podmiotem wykorzystywanym cenowo. Dlatego niezależnie od uznania prawidłowości wyliczenia kary pieniężnej przez organ antymonopolowy, SOKiK znacznie ją obniżył.

Od wyroku SOKiK apelacje wnieśli W.J. (oddalona) oraz Prezes UOKiK. Prezes UOKiK zaskarżył wyrok w części dotyczącej zmniejszenia kary pieniężnej nałożonej na PHU, zarzucając naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik, poprzez: nałożenie na powoda kary pieniężnej w wymiarze procentowym w stosunku do poziomu kary maksymalnej na poziomie znacznie odbiegającym od kar nałożonych na inne strony zakazanego porozumienia, pomimo iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy takie zróżnicowanie nie znajduje uzasadnienia; miarkowanie kary w stosunku do uczestnika porozumienia poprzez porównanie nałożonej na powoda kary w stosunku do kary nałożonej na inicjatora porozumienia tylko w wymiarze kwotowym, z pominięciem dyrektyw jej wymiaru wynikających z art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik, który kładzie nacisk na procentowy wymiar kary, a w konsekwencji nałożenie kary, która w wymiarze procentowym nie odzwierciedla wagi naruszenia ustawy antymonopolowej, a biorąc pod uwagę ogólną kwotę przychodów powoda i jego potencjał gospodarczy – nie spełnia ani funkcji represyjnej, ani prewencyjnej.

Sąd Apelacyjny uznał, że z przyczyn wskazanych w apelacji pozwanego w ustaleniach SOKiK wadliwa jest ocena wysokości nałożonej na powoda PHU kary pieniężnej, którą sąd ten w sposób całkowicie dowolny obniżył. Z uzasadnienia wyroku SOKiK wynika, że ten dokonał jej obniżenia, albowiem założył, iż w odczuciu społecznym kara nałożona na inicjatora porozumienia nie może być znacząco niższa od kary wymierzonej uczestnikowi porozumienia, będącego w istocie podmiotem poszkodowanym działaniami inicjatora. Natomiast w ocenie Sądu Apelacyjnego jest to założenie wadliwe, gdyż sprzeczne z zasadami określonymi w art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik. W przedmiotowej sprawie Prezes UOKiK nałożył na każdego z uczestników zakazanego porozumienia kary pieniężne w wysokości około 1% kary maksymalnej. Obniżając karę pieniężną wymierzoną PHU, SOKiK chciał doprowadzić do sytuacji, w której tylko ten jeden uczestnik porozumienia byłby zobowiązany do zapłaty kary pieniężnej w wysokości około 0,5 % kary maksymalnej, co prowadziłoby do

nieuzasadnionego uprzywilejowania tylko tego przedsiębiorcy. Zdaniem Sądu Apelacyjnego fakt, że na inicjatora zakazanego porozumienia nałożona została kara pieniężna w wysokości prawie 2% kary maksymalnej, w wystarczający sposób różnicuje jego sytuację. Dla kształtowania „odczucia społecznego" nie jest bowiem istotne porównanie kwot kar pieniężnych, lecz wielkości ich udziału w przychodzie przedsiębiorcy, gdyż ta wielkość wpływa na dolegliwość kary.

II. Komentarz

Nakładanie kar pieniężnych stanowi instrument zapewniający przestrzeganie przepisów ustawy antymonopolowej oraz stosowanie się do decyzji organów antymonopolowych. Kara powinna stanowić czynnik odstraszający przedsiębiorców od dokonywania czynności (zachowań) sprzecznych z prawem (Kohutek, 2014, s. 1004). Kara powinna spełniać funkcję prewencyjną, ale także egzekucyjną oraz represyjną. Art. 106 ust. 1 uokik zawiera wyliczenie czynów, których popełnienie zagrożone jest nałożeniem kary pieniężnej. Celem możliwości nałożenia kar na przedsiębiorców jest wyegzekwowanie przestrzegania przepisów ustawy antymonopolowej, co prowadzi do ochrony konkurencji. Sama perspektywa kary powinna dostatecznie odstraszyć przedsiębiorców od działania niezgodnego z prawem. Jeżeli tak się nie stanie, to nałożenie kary pieniężnej za zawarcie zakazanego porozumienia powinno nie tylko skutecznie ukarać przedsiębiorcę, który dokonał naruszenia, lecz także stać się ostrzeżeniem dla innych przedsiębiorców przed dokonywaniem podobnych zachowań.

Zarówno dla Prezesa UOKiK, jak i sądu niewątpliwe było zawarcie przez przedsiębiorców porozumienia mającego na celu ustalenie cen odsprzedaży. Dla SOKiK wątpliwa stała się jedynie wysokość kary pieniężnej nałożonej na jednego z uczestników porozumienia. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku karę nałożoną na tego przedsiębiorcę należało obniżyć, ponieważ nie należało nakładać na niego kary w wysokości wyższej niż kara nałożona na inicjatora porozumienia. Orzeczenie to zostało słusznie zaskarżone przez Prezesa UOKiK, a następnie zmienione przez Sąd Apelacyjny. Ze względu na swój antykonkurencyjny charakter porozumienia cenowe w wielu państwach są bezwzględnie zakazane. W relacjach wertykalnych między przedsiębiorcami, co do zasady, dozwolone jest stosowanie cen maksymalnych lub rekomendowanych. Stosowana przed przedsiębiorców, w glosowanym orzeczeniu, praktyka – porozumienie mające na celu ustalenie sztywnej ceny odsprzedaży stanowi jedno z najpowszechniejszych oraz najcięższych porozumień ograniczających konkurencję tzw. *hard core restrictions*. Porozumienia cenowe nie mogą podlegać ustawowemu wyjątkowi z art. 7 ust. 1 uokik, o czym wprost stanowi ustawa. Porozumienia cenowe są więc zakazane bez względu na udział rynkowy przedsiębiorców biorących udział w porozumieniu oraz wartość obrotu tych przedsiębiorców, nawet jeżeli nie przekraczają ustawowych progów bagatelności. Jedyną możliwością uznania porozumienia cenowego za zgodne z prawem jest zwolnienie indywidualne lub grupowe. W polskiej praktyce orzeczniczej Sąd Najwyższy trafnie zauważa, że porozumienia wertykalne mające na celu ustalenie sztywnych cen odsprzedaży uważane są za formę ograniczenia konkurencji między przedsiębiorcami. Tradycyjnie przyjmowano, że porozumienie to ograniczało swobodę przedsiębiorców poprzez brak możliwości konkurencji cenowej. Ustalenie takiej ceny z reguły powoduje, że zostaje ona ustalona na wyższym poziomie niż w przypadku swobody decydowania przedsiębiorców[3]. W związku

[3] Wyr. SN z 23.11.2011 r., III SK 21/11.

z tym kara nałożona na przedsiębiorców za udział w tego rodzaju porozumieniu powinna być szczególnie dotkliwa.

Przepisy ustawy antymonopolowej przewidują fakultatywne stosowanie kar pieniężnych. Wymierzając karę pieniężną, Prezes UOKiK działa w ramach uznania administracyjnego. Jeżeli przedsiębiorca dopuści się naruszenia przepisów określonych w art. 106 ust. 1 uokik, to wysokość kary pieniężnej, jaką może nałożyć Prezes UOKiK, stanowi określony procent całego obrotu danego przedsiębiorcy. Maksymalna wysokość kary wynosi 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Ustalenie wysokości kary pieniężnej zależy więc nie tylko od uznania Prezesa UOKiK, lecz także od zakresu oraz rentowności działalności gospodarczej przedsiębiorcy (Kohutek, 2014, s. 1012). System ten powoduje, że wysokość kary jest tym większa, im większy obrót osiąga przedsiębiorca. Dzięki temu kara ma podobny stopień dotkliwości dla każdego przedsiębiorcy, mimo iż wymiar kwotowy może być znacznie różny. Brak górnego limitu kar pieniężnych stanowi swoistą funkcję represyjną, pozwalając na każdorazowe wymierzenie kary adekwatnej zarówno do popełnionego naruszenia przepisów antymonopolowych, jak i do rentowności działalności gospodarczej poszczególnych przedsiębiorców. Tak ukształtowana zasada wymierzania kar pieniężnych przez Prezesa UOKiK nie dopuszcza do sytuacji, gdy nawet największa możliwa kara byłaby opłacalna z punktu widzenia przedsiębiorcy w odniesieniu do zysków, jakie mógłby uzyskać z zawarcia niezgodnego z prawem porozumienia. Zgodnie z orzecznictwem: „Kara pieniężna za stosowanie praktyk monopolistycznych z uwagi na represyjno-wychowawczy charakter winna pozostawać we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawcy”[4]. Niewskazane jest, by przedsiębiorcy, osiągający podobny obrót, naruszając te same przepisy ustawy antymonopolowej, ukarani byli w zróżnicowany sposób (Kołnierzak, 2012). Zasada równości wymaga bowiem, by w podobnych przypadkach wymierzony został podobny ułamek procentowy kary. Wydaje się więc, iż procentowe określenie wysokości kary pozwala na realizację zasady proporcjonalności. Wysokość kary pieniężnej ustala się w relacji procentowej, a nie kwotowej. W przypadku przedsiębiorców kara stanowi procent obrotu z całej działalności gospodarczej, a nie obrotu związanego z zawarciem porozumienia ograniczającego konkurencję.

Wszystkie kary przewidziane za naruszenie przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję mają charakter fakultatywny. W związku z tym, art. 111 uokik wskazuje przesłanki ustalenia kar pieniężnych, wyznaczając zakres swobodnego uznania administracyjnego. Przesłanki te mają charakter przykładowy. Uzupełnienie ich stanowią m.in. „Wyjaśnienia dotyczące ustalania wysokości kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję” opublikowane w grudniu 2015 r. przez Prezesa UOKiK[5]. Na ustalenie wysokości kary pieniężnej wpływ mają: okres naruszenia, stopień naruszenia, jego skutki rynkowe, ewentualne uprzednie naruszenie przepisów ustawy oraz okoliczności naruszenia przepisów, czyli okoliczności łagodzące lub zaostrzające wymiar kary. Istotną okolicznością umożliwiającą złagodzenie kary niewątpliwie jest zaniechanie stosowania zakazanej praktyki oraz usunięcie skutków naruszenia, na co wskazuje ustawa. Wpływ na wysokość kary pieniężnej ma także rola, w jakiej występuje uczestnik porozumienia. Okoliczność łagodzącą stanowi zatem bierna rola uczestnika, działalnie w uzależnieniu od inicjatora porozumienia. Niektórzy komentatorzy wskazują również

[4] Wyr. SN z 27.06.2000 r., I CKN 793/98.

[5] https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php (31.01.2016).

kondycję finansową przedsiębiorcy jako okoliczność łagodzącą, podnosząc iż kara pieniężna nie powinna osłabiać sytuacji ekonomicznej przedsiębiorcy w stopniu osłabiającym ich konkurencję (Król-Bogomilska, 2001, s. 271). Jednak nie powinna mieć ona wpływu na wysokość kary pieniężnej, lecz jedynie na możliwość jej odroczenia lub rozłożenia na raty (Krüger, 2011, s. 1279).

Zasada równości wymaga, aby w podobnych przypadkach naruszenia przepisów ustawy Prezes UOKiK wyznaczał ułamek osiągniętego przez przedsiębiorcę obrotu w podobnej wysokości (Kohutek, 2014, s. 1014). Niewłaściwa wydaje się wobec tego argumentacja SOKiK, który obniżył wysokość kary pieniężnej tylko wobec jednego uczestnika porozumienia. Tym bardziej, że podstawa zmniejszenia kary pieniężnej nie leżała w okolicznościach łagodzących, wynikających z art. 111 uokik, tylko z „odczucia społecznego" co do dolegliwości kary.

Stosując karę pieniężną wobec przedsiębiorcy za naruszenie zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, należy wymierzyć ją tak, by była możliwie jak najbardziej zbliżona pod względem dolegliwości w stosunku przedsiębiorców, którym zarzucono podobne zachowania. Zgodnie z przepisami antymonopolowymi można zaostrzyć karę nakładaną na inicjatora porozumienia. Można także zmniejszyć karę nakładaną na biernego uczestnika porozumienia. Jednak w tym przypadku nie wydaje się to słuszne, ponieważ ukarany przedsiębiorca brał udział w długotrwałym porozumieniu, z którego niewątpliwie czerpał korzyści. Zgodnie pkt 29 wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (z zastosowaniem dla Europejskiego Obszaru Gospodarczego)[6], kara wymierzona przedsiębiorstwu może zostać obniżona, jeżeli dostarczony zostanie dowód, iż udział w naruszeniu przepisów jest zasadniczo ograniczony, a w konsekwencji udowodnienie, że w okresie, w którym przystąpiło ono do wywołujących naruszenie przepisów porozumień, w istocie powstrzymywało się od stosowania postanowień tych porozumień, przyjmując na rynku postawę pro-konkurencyjną.

Ze stanu faktycznego jednoznacznie wynika, że ukarany przedsiębiorca przez kilka lat stosował się do cen sztywnych ustalonych przez inicjatora porozumienia, a więc okoliczność łagodząca nie może zostać zastosowana. Miarkowanie kary ze względu na potencjał ekonomiczny inicjatora nie wydaje się słuszne. Może bowiem doprowadzić do niebezpiecznej sytuacji, gdy przedsiębiorcy będą zawierać porozumienia z inicjatorami, których przychód jest znacznie mniejszy, tak by ewentualna kara za uczestnictwo w porozumieniu, jaką mogą być zagrożeni, była nieistotna w stosunku do planowanych korzyści wynikających z zawarcia takiego porozumienia. Tworząc przepisy antymonopolowe, ustawodawca wziął pod uwagę procent obrotu przedsiębiorcy, rozwiązanie to znajduje się także w przepisach unijnych. Wprowadzone zostało ono z założeniem możliwie najbardziej proporcjonalnych kar dla każdego z przedsiębiorców naruszających przepisy antymonopolowe; tak, by kara nałożona na każdego z nich jawiła się jako realna i dotkliwa.

Jak trafnie zauważył w uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny, zróżnicowanie kary w stosunku do inicjatora porozumienia zostało podkreślone w wystarczający sposób. Na inicjatora porozumienia została nałożona kara pieniężna w wysokości prawie 2% kary maksymalnej. Natomiast na każdego z uczestników porozumienia została nałożona kara w wysokości około 1% kary maksymalnej. Nie znajduje więc uzasadnienia fakt obniżenia tylko jednemu uczestnikowi porozumienia kary do wysokości około 0,5% kary maksymalnej, bez podstaw w okolicznościach łagodzących,

[6] Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (z zastosowaniem dla Europejskiego Obszaru Gospodarczego), Dz. Urz. UE z 2006 r., C 210.

wskazanych w ustawie lub ugruntowanych w orzecznictwie. Jak trafie podkreślił Sąd Apelacyjny, miarkowanie kary w stosunku do uczestnika porozumienia poprzez porównanie nałożonej na powoda kary w stosunku do kary nałożonej na inicjatora porozumienia tylko w wymiarze kwotowym, z pominięciem dyrektyw jej wymiaru wynikających z art. 106 ust. 1 uokik, który kładzie nacisk na procentowy wymiar kary, a w konsekwencji nałożenie kary, która w wymiarze procentowym nie odzwierciedla wagi naruszenia ustawy antymonopolowej, a biorąc pod uwagę ogólną kwotę przychodów powoda i jego potencjał gospodarczy – nie spełnia ani funkcji represyjnej, ani prewencyjnej. Zgodnie z orzecznictwem: „Faktyczna wysokość kary musi być, (…), odzwierciedleniem winy, z jaką związane jest naruszenie zakazu. Ponadto, kara powinna odzwierciedlać stopień naruszenia interesu publicznego. Wynika to z treści art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który zawiera ogólną dyrektywę stosowania ustawy w interesie publicznym. Nie pozostawia to wątpliwości, że interes publiczny stanowi jedną z głównych przesłanek tak nałożenia kary, jak i jej wysokości. (…) należy także uwzględnić skutki naruszenia ustawy oraz osiągnięte korzyści”[7].

Nie wydaje się słuszne ze względu na zasadę równości obniżenie kary tylko jednemu przedsiębiorcy biorącemu udział w porozumieniu, tylko ze względu na jej wymiar kwotowy. Jeżeli w odczuciu społecznym nałożenie kary w wymiarze kwotowym znacznie wyższym dla uczestnika porozumienia niż dla inicjatora może być niesprawiedliwe, to tak samo należy ocenić fakt obniżenia wysokości kary pieniężnej tylko wobec jednego uczestnika porozumienia, doprowadzającego do sytuacji wymierzenia kary w wysokości nieodczuwalnej dla tego przedsiębiorcy. Wydaje się, iż podstawą wprowadzenia systemu procentowego, a nie kwotowego zarówno w przepisach krajowych, jak i unijnych w odniesieniu do kar nakładanych na przedsiębiorców naruszających przepisy antymonopolowe była chęć równego traktowania przedsiębiorców, w odniesieniu do stopnia uciążliwości finansowej nałożonej kary, niezależnie od ich potencjału (Kohutek, 2014, s. 1015). Dowolne obniżenie kary pieniężnej niemające podstaw w ustawie nie zasługuje na uwzględnienie. W związku z tym, orzeczenie Sądu Apelacyjnego jest w pełni słuszne.

Bibliografia

Kohutek, K. (2014). W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kołnierzak, L. (2012). Stosowanie kar pieniężnych z tytułu naruszenia ustawy antymonopolowej – praktyka i postulaty de lege ferenda. *Kwartalnik Prawa Publicznego*, 1.

Krüger, J. (2011). W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Król-Bogomilska M. (2001). *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa: KiK Konieczny i Kruszewski.

Justyna Pilśnik

absolwentka Centrum Studiów Samorządu Terytorialnego i Rozwoju Lokalnego UW; studentka WPiA UKSW; e-mail: justyna.pilsnik@yahoo.com

[7] Wyr. SOKiK z 24.05.2006 r., XVII Ama 17/05.

Rajmund Molski, *Prawne i ekonomiczne aspekty polityki promowania narodowych czempionów*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2015, ss. 329

Jednym ze skutków kryzysu finansowego ostatnich lat jest wzmocnienie tendencji protekcjonistycznych w polityce gospodarczej państw, a nierzadko także tworzonych przez nie organizacji międzynarodowych. Odbywa się to m.in. poprzez stwarzanie szczególnie dogodnych warunków rozwoju dla dużych przedsiębiorstw narodowych (odrębną kwestią jest, co o tej przynależności narodowej ma świadczyć), określanych mianem lokomotyw gospodarki, sreber rodowych, narodowych czempionów itp. Może tu chodzić zarówno o przedsiębiorstwa kontrolowane przez państwo (ten wariant wydaje się występować najczęściej), jak i prywatne, których działalność jest szczególnie istotna ze względów gospodarczych, politycznych, społecznych itd. Tego rodzaju działania władzy publicznej wywołują jednak poważne kontrowersje tak na forum krajowym, jak i w stosunkach międzynarodowych. Prowadzą, a przynajmniej mogą prowadzić do zaburzeń konkurencji na właściwych rynkach, stwarzać ograniczenia w handlu międzynarodowym, a w konsekwencji, wbrew zakładanym celom, petryfikować niewydajne struktury gospodarcze i ograniczać rozwój gospodarczy i wzrost dobrobytu obywateli.

Zjawisko promowania narodowych czempionów nie doczekało się dotychczas w Polsce pogłębionej refleksji naukowej. Praca Rajmunda Molskiego jest pierwszą, jaką znam, rozprawą prawniczą w języku polskim poświęconą tej tematyce. Jest to przy tym tematyka trudna, wymagająca wiedzy nie tylko z zakresu nauk prawnych (z wielu gałęzi prawa), lecz także ekonomii, stosunków międzynarodowych itd. Autor uczynił celem swej pracy poszukiwanie odpowiedzi na pytania o rolę państwa w tworzeniu narodowych czempionów, sposoby ich promowania przez państwo oraz zgodność tych działań z szeroko rozumianym prawem konkurencji. Praca nie ogranicza się przy tym do wybranych jurysdykcji, choć najwięcej uwagi poświęca rozwiązaniom przyjmowanym w państwach wysoko rozwiniętych oraz na forum międzynarodowym (ponadnarodowym). Autor obszernie wykorzystuje w swych badaniach metodę komparatystyczną, historyczną, a także dogmatycznoprawną. Swobodnie posługuje się również aparatem pojęciowym właściwym dla nauk ekonomicznych.

Zamysł badawczy leżący u podstaw recenzowanej pracy zasługuje generalnie na wysoką ocenę, mając na uwadze pionierski w nauce polskiej charakter rozprawy oraz prezentowaną w niej perspektywę globalną. Autor uwzględnił w niej większość istotnych zagadnień prawnych związanych z formułowaniem i wdrażaniem polityki promowania narodowych czempionów, choć nie wszystkie wątki zostały przedstawione z równą szczegółowością. Obszerne wywody dotyczą przede wszystkim problematyki międzynarodowego i unijnego prawa subwencyjnego oraz prawa konkurencji *sensu stricto*, nieco mniej uwagi Autor poświęca kwestiom dopuszczalnych w świetle prawa międzynarodowego (przede wszystkim systemu WTO) ograniczeń taryfowych i pozataryfowych w handlu międzynarodowym, a także ocenie polityk krajowych państw członkowskich

Unii Europejskiej w świetle wymogów rynku wewnętrznego, w tym swobody przepływu towarów (uwzględniając np. zakaz publicznego wsparcia dla towarów krajowych oraz zakaz protekcjonistycznego opodatkowania wewnętrznego) usług i kapitału oraz swobody przedsiębiorczości. Nie wyczerpują w pełni tematu zawarte w pracy wątki konstytucyjne związane m.in. z przestrzeganiem powszechnie akceptowanej zasady równości oraz zakazu dyskryminacji, a także swobody działalności gospodarczej.

Autor swobodnie porusza się w wielu porządkach prawnych i interesująco przedstawia przykłady działań protekcjonistycznych ze strony różnych państw (np. USA, Francji, Niemiec, Chin, Brazylii, Indii). Praca zyskałaby jednak, moim zdaniem, na wartości, gdyby ograniczała się do reprezentatywnego wyboru uwzględnianych jurysdykcji (włączając oczywiście prawo międzynarodowe i UE) oraz wybór ten konsekwentnie wprowadzała w życie w odniesieniu do każdego z narzędzi promowania narodowych czempionów. W innym przypadku powstaje wrażenie pewnej przypadkowości, które nie sprzyja formułowaniu stanowczych opinii i wniosków.

Publikacja podzielona została na dziewięć rozdziałów. Pierwszy, najkrótszy dotyczy samego pojęcia i typologii narodowych czempionów. Kolejny analizuje motywacje i uzasadnienia polityki państw wobec tej grupy przedsiębiorstw. Rozdział trzeci wskazuje na kontrowersje, które wywołuje ta polityka, w tym w aspekcie międzynarodowym oraz w ramach Unii Europejskiej. W rozdziale IV autor przedstawia atrybuty i instrumentarium prawne i ekonomiczne polityki promowania narodowych czempionów. Stanowi on wprowadzenie do kolejnych rozdziałów, w których bliższej charakterystyce poddano poszczególne narzędzia tej polityki. Autor rozpoczyna swą analizę od pozostających w rękach państwa narzędzi w ramach nadzoru właścicielskiego i administracyjnego wobec przedsiębiorstw (rozdział V), by w kolejnym rozdziale (rozdział VI) poddać szczegółowej analizie zagadnienia publicznego wsparcia dla przedsiębiorstw (subsydia w systemie prawnym WTO, pomoc państwa w prawie UE). Rozdział VII ukazuje pozostające w rękach państwa lub organizacji międzynarodowej (takiej jak UE) środki przeciwdziałające nielegalnemu dumpingowi i subsydiom w handlu międzynarodowym, a także środki ochrony rynku wewnętrznego (krajowego) przed nadmiernym importem. Narzędziem polityki promowania narodowych czempionów mogą okazać się także preferencyjne zamówienia publiczne (rozdział VIII), a nawet przepisy mające w zamyśle chronić konkurencję na rynku (rozdział IX), a to na skutek stosowania specjalnych wyłączeń spod zakazu karteli dotyczących tzw. karteli kryzysowych lub eksportowych oraz dyskryminacyjnego stosowania przepisów dotyczących nadużywania pozycji dominującej lub kontroli koncentracji przedsiębiorstw).

Rozważania autora są w pełni kompetentne i dobrze udokumentowane. Autor trafnie identyfikuje kluczowe problemy badawcze, stawia właściwe hipotezy, przeprowadza gruntowną na ogół i pogłębioną analizę badanych zjawisk oraz wyciąga trafne co do zasady wnioski z prowadzonych badań. Jego polemika z poglądami autorów prezentujących odmienne poglądy jest przy tym merytoryczna oraz prowadzona w poszanowaniu standardów dyskursu naukowego.

Podsumowując swe badania, R. Molski opowiada się za umiarkowaną wersją polityki promowania narodowych czempionów, uznając ją za dopuszczalną w określonych przypadkach (wyjątkowo) „o ile nie odbija się ona negatywnie na innych uczestnikach rynku (zwłaszcza konsumentach)" (s. 283). Można się zastanawiać jednak czy nie jest to podejście idealistyczne, zważywszy, że o zasadności tej polityki miałyby decydować jej skutki rynkowe trudne, o ile w pełni

w ogóle możliwe do określenia *ex ante*. Choć, zdaniem autora, ciężar dowodu na użyteczność tej polityki powinien spoczywać na władzach publicznych, to nierozstrzygnięty pozostaje problem kontroli decyzji w tym zakresie (pomijając kontrolę ściśle polityczną). Z uwagi na uwarunkowania społeczno-ekonomiczne decyzji dotyczących promowania narodowych czempionów, kwestie te z trudem i raczej wyjątkowo poddają się kontroli sądowej. Równocześnie kontrola sprawowana na szczeblu krajowym wydaje się w wielu przypadkach mało efektywna, naznaczona subiektywizmem i brakiem bezstronności. Trafna wydaje się przy tym teza autora, zgodnie z którą „najlepszą polityką promowania narodowych czempionów jest prawidłowo realizowana polityka konkurencji" (s. 286). Zdaje się ona jednak poddawać w wątpliwość samą potrzebę prowadzenia szczególnej polityki wobec tej grupy przedsiębiorstw przynajmniej w aspekcie stosunków wewnętrznych.

Podsumowując, z pełnym przekonaniem rekomenduję czytelnikom recenzowaną książkę R. Molskiego, uznając ją za jedną z najciekawszych i najważniejszych pozycji z zakresu problematyki publicznego prawa gospodarczego opublikowanych w Polsce w ostatnich kilku latach. Powinna ona trafić w ręce nie tylko prawników zainteresowanych prawem gospodarczym, lecz także osób odpowiedzialnych za kształt polityki gospodarczej w Polsce. Lektura pracy R. Molskiego może bowiem przyczynić się do wypracowania w przyszłości właściwego kształtu państwowego wsparcia dla polskich przedsiębiorstw oraz do uniknięcia wielu błędów wcześniej popełnionych w tym obszarze zarówno w Polsce, jak i w innych jurysdykcjach. Tym samym pieniądze podatników będą wykorzystane bardziej efektywnie i prorozwojowo.

Prof. zw. dr hab. Sławomir Dudzik
Katedra Prawa Europejskiego WPiA UJ; e-mail: s.dudzik@uj.edu.pl

Sprawozdanie z I Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej pn. *Przemiany w polskim sektorze pocztowym*, Łódź, 9 grudnia 2015 r.

9 grudnia 2015 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego (WPiA UŁ) odbyła się I Ogólnopolska Konferencja Naukowa pn. *Przemiany w polskim sektorze pocztowym*. Wydarzenie zostało zorganizowane przez Naukowe Koło Prawa Energetycznego i Innych Sektorów Infrastrukturalnych Uniwersytetu Łódzkiego (NKPEiISI). Konferencja była objęta patronatem honorowym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE), Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Uniwersytetu Warszawskiego (CARS), Krajową Izbę Radców Prawnych, Łódzkie Towarzystwo Naukowe oraz Ogólnopolski Związek Pracodawców Niepublicznych Operatorów Pocztowych. Partnerem strategicznym była Poczta Polska S.A. (PP), która udzieliła organizatorom znacznego wsparcia finansowego i organizacyjnego. W pracach organizacyjnych aktywnie uczestniczyła także Polska Fundacja Prawa Konkurencji i Regulacji Sektorowej *Ius Publicum* oraz Kancelaria Modzelewska&Paśnik.

Celem konferencji było przeanalizowanie przemian zachodzących w polskim sektorze pocztowym. Podczas przedsięwzięcia próbowano odpowiedzieć na pytanie: jak liberalizować rynek usług pocztowych? W trakcie konferencji przedstawiono oraz przedyskutowano zagadnienia związane ze stanem prawnym na rynku usług pocztowych, finansowymi oraz regulacyjnymi warunkami liberalizacji rynku, pozaregulacyjną ingerencją państwa w sektorze oraz zapewnieniem świadczenia powszechnych usług pocztowych.

Konferencja rozpoczęła się od powitania moderatorów, prelegentów oraz gości przez Marcina Kraśniewskiego (Prezes NKPEiISI). Marcin Kraśniewski podziękował wszystkim partnerom konferencji oraz członkom Rady Naukowej za zaangażowanie w organizację wydarzenia, po czym odczytał list prof. dr hab. Włodzimierza Nykiela (Rektor UŁ) skierowany do uczestników wydarzenia. Następnie dr hab. Sławomir Cieślak (Prodziekan WPiA UŁ, prof. UŁ) otworzył konferencję. W przemówieniu otwierającym Sławomir Cieślak, witając wszystkich uczestników konferencji, zwrócił uwagę na znaczenie prawa pocztowego w obrocie prawnym, a jednocześnie wyraził swoje zadowolenie, że konferencja poruszająca zagadnienia związane z regulacją sektora pocztowego została zorganizowana w gmachu WPiA UŁ oraz życzył organizatorom kontynuowania tego cyklu konferencji w kolejnych latach. W imieniu Prezesa UKE wystąpiła Magdalena Sławińska (Dyrektor Departamentu Rynku Pocztowego UKE), która podziękowała za zaproszenie na konferencję oraz życzyła owocnych obrad. W tej części konferencji wystąpili także prof. dr hab. Tadeusz Skoczny (Dyrektor CARS) oraz prof. dr hab. Kazimierz Strzyczkowski (WPiA UŁ). Profesor Tadeusz Skoczny, zabierając głos, pogratulował organizatorom pomysłu zorganizowania ogólnopolskiej konferencji na temat regulacji sektora pocztowego oraz życzył wielu sukcesów naukowych organizacji studenckiej. Następnie przedstawił założenia oraz termin wydania publikacji pokonferencyjnej. Profesor Kazimierz Strzyczkowski, w pierwszej kolejności zwrócił natomiast uwagę na istotne znaczenie regulacji sektorów infrastrukturalnych, która zaznacza się w coraz większym zakresie obecnością

w naszym porządku prawnym, a także praktyce gospodarczej. K. Strzyczkowski podziękował organizatorom oraz referentom za trud włożony w przygotowanie wydarzenia oraz wyraził swoje zadowolenie z aktywnego udziału studentów. Na zakończenie zwrócił uwagę, że program konferencji jest przykładem ujęcia zagadnienia w sposób wielopłaszczyznowy, który składa się na pewien całościowy obraz sektora pocztowego w obowiązującym porządku prawnym.

Po zakończeniu uroczystego otwarcia konferencji, rozpoczął się pierwszy panel zatytułowany „Pozaregulacyjna ingerencja państwa na rynku usług pocztowych", którego moderatorem był prof. Kazimierz Strzyczkowski.

Pierwszy referat pt. „Formy pomocy państwa w sektorze usług pocztowych" wygłosiła prof. dr hab. Anna Fornalczyk (Comper sp. j. Fornalczyk i Wspólnicy). Rozpoczęła ona od zdefiniowania pojęcia „pomocy publicznej" oraz przedstawiła ekonomiczne przesłanki uzasadniające jej udzielanie, następnie wskazała cele regulacji w sektorze pocztowym, do których należy zapewnienie powszechnego dostępu do dóbr publicznych oraz rozwój konkurencji. W referacie wyraźnie podkreślono, że wszystkie dyrektywy pocztowe i polska ustawa – Prawo pocztowe (upp) stanowią, że sektor pocztowy podlega traktatowym regułom konkurencji i wyłączne prawa dla operatora wyznaczonego nie mogą ich naruszać. Następnie prof. A. Fornalczyk przedstawiła instytucjonalną strukturę regulacji sektora pocztowego w Unii Europejskiej, sposoby nabywania statusu operatora wyznaczonego oraz regulację powszechnych usług pocztowych. Na koniec omówiła formy pomocy państwa w sektorze pocztowym oraz zaznaczyła, że pomoc państwa musi mieć na celu poprawę funkcjonowania przedsiębiorstwa, a jednocześnie musi być spójna z całą polityką gospodarczą.

Kolejnym mówcą był dr hab., prof. SGH Aleksander Werner (Szkoła Główna Handlowa w Warszawie), który swoje wystąpienie poświęcił przeznaczeniu pomocy państwa w sektorze usług pocztowych. Na wstępie zaznaczył on, iż ograniczy swój referat do pomocy sektorowej oraz omówienia wyjątków od zakazu udzielania pomocy publicznej wynikających z TFUE. Prelegent zdefiniował pojęcie „usługi w ogólnym interesie ekonomicznym", a jednocześnie zaznaczył, że wyżej wymienione pojęcie nie zawsze pokrywa się z pojęciem „usługi powszechnej". Następnie przeanalizował aspekty przyznawania rekompensaty z tytułu świadczenia usług w ogólnym interesie ekonomicznym, która powinna być udzielana przy spełnieniu kryteriów określonych przez TSUE w sprawie *Altmark*. A. Werner zwrócił także uwagę na liczne przywileje operatora wyznaczonego związane z doręczeniami, które w jego przekonaniu powinny być likwidowane – inaczej należy zdefiniować problem związany z doręczaniem, otwierając te usługi na innych operatorów, przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesów wymiaru sprawiedliwości. Na zakończenie podniósł, że regulacje rynku usług pocztowych powinny brać pod uwagę nie tylko interes konsumenta, lecz także interes podatnika.

Ad vocem prof. A. Fornalczyk przypomniała pięć kryteriów, jakimi charakteryzuje się pomoc publiczna oraz podniosła, że trudno jest stosować w praktyce wyrok TSUE w sprawie *Altmark*. Z praktyki wynika, że niemożliwe jest zastosowanie zwłaszcza czwartego kryterium przewidziane w wyroku. Przytoczyła ona w tym miejscu przykład budowy metra w Warszawie jako niemożności stosowania w praktyce wyżej wymienionego wyroku – trudno jest znaleźć dla polskich rozwiązań dobrze prosperujące i dobrze zarządzane przedsiębiorstwa.

Głos w dyskusji zabrała także dr Joanna Fornalczyk (Comper sp. j. Fornalczyk i Wspólnicy), która podniosła, iż czwarte kryterium przewidziane w wyroku *Altmark* nie zostało prawie nigdy

wykorzystane w praktyce, a Komisja Europejska uznaje, że nie można znaleźć w gospodarce takiego porównania.

Podczas dziesięciominutowej dyskusji, jaka nastąpiła po dwóch referatach, moderator panelu powiedział, że dla pojęcia „pomoc publiczna" ważne jest rozróżnienie kryteriów identyfikacyjnych i kryteriów ewaluacyjnych, a pewnym rozstrzygnięciem w tym zakresie jest rozporządzenie 659/1999/WE, które wyraźnie definiuje pomoc publiczną jako pomoc spełniającą kryteria przewidziane w art. 107 ust. 1 TFUE.

Trzeci referat – „Rola państwa w ograniczaniu ryzyk związanych z działalnością sektora pocztowego" – wygłosiła dr hab., prof. WSIiZ Agata Jurkowska-Gomułka (Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie). Celem referatu była odpowiedź na pytanie: czy regulacje prawa pocztowego właściwie odpowiadają na rodzaje ryzyka związane z działalnością w tym sektorze gospodarki? Referat miał także na celu ustalenie czy państwo proporcjonalnie rozłożyło ryzyko między podmiotami sektora pocztowego. Prelegentka zdefiniowała pojęcie „ryzyko" oraz przedstawiła dobra chronione upp, a także wyróżniła rodzaje ryzyka, na które te dobra są narażone. A. Jurkowska-Gomułka wskazała dwa style regulacji służące ochronie określonych dóbr w upp, a w dalszej części wypowiedzi oceniła stopień przestrzegania zasady proporcjonalności przy nakładaniu obowiązków przez ustawodawcę oraz oceniła rolę państwa w ograniczaniu rodzajów ryzyka związanych z działalnością sektora pocztowego na poziomie ustawowym i wykonawczym.

Profesor K. Strzyczkowski po wygłoszonym referacie podniósł trzy kwestie dotyczące wystąpienia. Po pierwsze zaznaczył, że ograniczenia swobody działalności gospodarczej z uwagi na ochronę określonych dóbr znajdują swoje podstawy prawne w art. 18 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Po drugie wskazał na problemy w określaniu granic pomiędzy interesem publicznym a interesem prywatnym i erozję tego podziału. Następnie poruszył problem regulacji w sektorze pocztowym, która w jego ocenie jest zbyt liberalna. Moderator opowiedział się za zaostrzeniem warunków dostępu do rynku usług pocztowych. Przytoczył on przykładowo dysfunkcje działalności określonych operatorów uzasadniające, w jego przekonaniu, konieczność podniesienia stopnia restrykcyjności w dostępie do rynku.

Ostatni referat w pierwszym panelu wygłosiła dr Anna Górczyńska (WPiA UŁ), w którym przedstawiła usługę pocztową w świetle prawa zamówień publicznych. Na początku przedstawiła ogólne definicje funkcjonujące w prawie zamówień publicznych, dualizm regulacji zamówień publicznych oraz zasady ich stosowania. Prelegentka zwróciła uwagę na złożoność systemu zamówień publicznych i jego regularne nowelizowanie, a także wprowadzenie ekonomicznych kryteriów oceny ofert. W dalszej części wypowiedzi A. Górczyńska omówiła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pocztowe, wskazując na błędy popełniane przy ich przeprowadzaniu poprzez przytaczanie przykładów z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Dużą uwagę poświęciła przedstawieniu naruszeń zasady równości, przejrzystości i uczciwej konkurencji, które nie mogą być lekceważone przez zamawiającego, a także kryteriom oceny ofert. W podsumowaniu referentka zasygnalizowała niedoskonałości systemu zamówień publicznych oraz zmiany, jakie w najbliższym czasie zajdą w prawie zamówień publicznych.

Profesor K. Strzyczkowski, odnosząc się do referatu dr Górczyńskiej, stwierdził, że wypowiedź poruszała wiele bardzo istotnych problemów, które odnoszą się nie tylko do sektora usług publicznych, lecz także całego kompleksu zagadnień związanych ze stosowaniem prawa zamówień

publicznych. Na tym tle moderator rozwinął kwestię opisu zamówienia, który, w jego przekonaniu, mógłby być wykonywany poprawniej przy wykorzystaniu instytucji dialogu technicznego. Natomiast odnosząc się do kryterium cenowego, którego stosowanie nie jest wymagane przez prawo, stwierdził, że kryterium najniższej ceny jest wykorzystywane, gdyż zamawiający często nie jest w stanie wiarygodnie uzasadnić wyboru droższej oferty. Kryterium cenowe jest weryfikowalne w procesie kontroli i łatwe do stosowania przez zamawiającego, ale odejście od tego kryterium jest właściwym rozwiązaniem.

Profesor K. Strzyczkowski, podsumowując pierwszy panel konferencji, stwierdził, że wszystkie referaty podnosiły istotne problemy wynikające z aktualnej regulacji prawnej dotyczącej sektora usług pocztowych, a jednocześnie stanowią inspirację do dalszych badań w tym zakresie.

Drugim panelem konferencji, poświęconym „Finansowym i regulacyjnym warunkom liberalizacji rynku usług pocztowych", moderował prof. Tadeusz Skoczny.

Panel rozpoczął się referatem „Bariery wejścia na rynek pocztowy" wygłoszonym przez r.pr. Artura Salberta (Kancelaria Modzelewska&Paśnik). Zdaniem referenta „bariery prawne" to sytuacje, w których prawo teoretycznie wyłącza konkurencję lub wprowadza ograniczenia na tyle istotne, że utrudniałyby rozwój konkurencji. W celu ustalenia czy cel dyrektywy 97/67/WE został osiągnięty, mec. A. Salbert omówił niektóre rozwiązania upp, wskazując na ich ograniczający charakter. W dalszej części referatu przedstawił ogólne informacje o stanie rynku usług pocztowych w 2014 r. i wywiódł z nich wnioski co do istnienia barier w tym sektorze.

Drugie wystąpienie – wygłoszone przez r.pr. Krystiana Szostaka (Wiceprezes Zarządu InPost S.A.) – zatytułowane „Kluczowe problemy rynku pocztowego" przybliżyło uczestnikom problemy rynku usług pocztowych z punktu widzenia prywatnego operatora pocztowego. Mec. K. Szostak na początku stwierdził, że rynek usług pocztowych jest bardzo dynamiczny, a jednocześnie wyróżnił jego sześć kluczowych problemów. Następnie zwrócił uwagę na niejednoznaczność „próby definicji usługi pocztowej", praktyczne znaczenie kwalifikowania usług jako powszechnych albo niepowszechnych oraz warunki świadczenia usług dla sądów powszechnych. W zakończeniu K. Szostak podniósł istotę dublowania infrastruktury pocztowej i potencjalne korzyści z ograniczenia tego zjawiska.

Następnie dyr. Magdalena Sławińska (UKE) wygłosiła referat „Dostęp do infrastruktury (sieci) pocztowej oraz elementów infrastruktury pocztowej". W wystąpieniu zdefiniowała pojęcia „sieć pocztowa" oraz „elementy infrastruktury pocztowej". Omawiając zagadnienie dostępu do elementów infrastruktury pocztowej, prelegentka przedstawiła: zakres obowiązku ich udostępnienia przez operatora wyznaczonego, zasady określania warunków i wysokości opłat za dostęp, wpływ Prezesa UKE na kształtowanie regulaminów dostępu i cenników, wniosek o wydanie decyzji w sprawie dostępu i decyzję w sprawie dostępu. W dalszej części referatu M. Sławińska powiedziała, że aktualnie rozpoczęła się dyskusja na temat dostępu do sieci pocztowej, która powinna zaowocować przyjęciem regulacji w tym zakresie, poprzez nowelizację upp. Wystąpienie zakończyło się stwierdzeniem, że modelowym rozwiązaniem jest utworzenie, na wzór sieci telekomunikacyjnej, jednej sieci pocztowej, z której korzystałoby wielu operatorów.

Kolejnym referentem był r.pr. Piotr Bielaczyk (PP), który swoje wystąpienie poświęcił opłatom za usługi pocztowe. Przedstawił aktualny status PP, tj. kapitał spółki, statystykę pracowniczą, Grupę Poczta Polska, podstawowe informacje o operatorze wyznaczonym oraz prawo wyłączne

emisji znaków opłaty. Następnie wskazał na uwarunkowania prawne ustalania opłat pocztowych, omówił opłaty za usługi powszechne oraz opłaty za pozostałe usługi pocztowe. W trakcie wystąpienia mec. P. Bielarczyk zdefiniował również pojęcia „cennika usług powszechnych" i „taryf specjalnych dla usług powszechnych". Kończąc swoje wystąpienie, prelegent dodał, że PP ma mocną pozycję gospodarczą oraz własną politykę ustalania cen opartą na prawie konkurencji.

Ostatnim referentem drugiego panelu konferencji był adw. Piotr Paśnik (Kancelaria Modzelewska&Paśnik), który wygłosił referat „Swoboda wyboru operatora pocztowego a konkurencja na rynku usług pocztowych". Wprowadzając słuchaczy do tematyki referatu, mec. P. Paśnik krótko przedstawił sytuację na rynku usług pocztowych przed i po 1 stycznia 2013 r. Następnie przedstawił regulacje prawne sprzyjające prawu dokonania wyboru przez klienta operatora pocztowego oraz skutki konkurencji cenowej i jakościowej. W ostatniej części referatu przedstawił statystyki dotyczące udziału PP w segmencie usług wchodzących w zakres usług powszechnych oraz rozmieszczenia placówek pocztowych PP i operatorów alternatywnych.

Po wystąpieniach panelistów jako pierwszy głos w dyskusji zabrał dr Przemysław Sypniewski (Prezes Instytutu Pocztowego), który podzielił się swoimi refleksjami dotyczącymi referatów. P. Sypniewski zwrócił uwagę na toczącą się, na szczeblu unijnym, debatę na temat zmian w sektorze pocztowym oraz podniósł, że regulacja sektora powinna w większym zakresie uwzględniać rozwój technologiczny. Następnie dr Mateusz Chołodecki (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, adiunkt) zaznaczył, że wizja państwa na temat funkcjonowania PP na rynku pocztowym, mimo przekształceń w 2009 r., nie jest określona i w tej chwili nie ma żadnego dokumentu wskazującego na przyszłość tego operatora. Ponadto przestrzegał przed porównywaniem rynku usług pocztowych do rynku usług telekomunikacyjnych, gdyż oba sektory, mimo podobieństw, cechują się znaczną odrębnością. M. Chołodecki, odnosząc się do referatu mec. K. Szostaka, stwierdził, że rynek usług pocztowych kształtuje się przede wszystkim w wyniku gry rynkowej – z inicjatywy operatorów pocztowych, a nie przez czynniki zewnętrzne. Z kolei prof. T. Skoczny podniósł, odwołując się do doświadczeń sektora transportu kolejowego, że dla konkurencji istotna jest kwestia kontrolowania opłat za infrastrukturę.

Dyrektor M. Sławińska *ad vocem* do wypowiedzi M. Chołodeckiego powiedziała, że zmiany w polskim prawie pocztowym nie będą przybiegały analogicznie do sektora telekomunikacyjnego, ale najważniejsze jest stwierdzenie, że dostęp do infrastruktury pocztowej jest możliwy, podobnie jak w przypadku sieci telekomunikacyjnej. Dostęp do infrastruktury pocztowej powinien uwzględniać potrzebę pozyskania środków na pokrycie kosztów utrzymania infrastruktury, opłacalność udostępniania infrastruktury przez operatora wyznaczonego oraz potrzebę zmniejszenia dezorientacji odbiorców przesyłek na rynku pocztowym. W ocenie mec. Piotra Paśnika, porównując sektor pocztowy z sektorem telekomunikacyjnym, można stwierdzić, że znacznie różni się kwestia dostępu do infrastruktury, gdyż w przypadku sektora pocztowego nie możemy mówić o obowiązku. PP jest uprawniona do udostępniania dowolnej części infrastruktury kiedy uzna to za ekonomicznie opłacalne i zgodne z strategią przedsiębiorstwa. Mec. P. Bielarczyk oraz mec. K. Szostak podzieli pogląd dr M. Chołodeckiego, że nie ma w tej chwili koncepcji na dalsze funkcjonowanie PP, co niekorzystnie przekłada się na sytuację operatora. Mec. Szostak w trakcie wypowiedzi podniósł, że korzystnym rozwiązaniem dla wszystkich operatorów byłoby utworzenie jednej sieci pocztowej, co ułatwi pokrywanie kosztów utrzymania tej sieci. Natomiast mec. A. Salbert, odnosząc się

do zmiany definicji „usługi powszechnej", stwierdził, że rozwój technologii może doprowadzić do uznania, że zmiany w tym zakresie będą bezprzedmiotowe, podobnie jak miało to miejsce w sektorze telekomunikacyjnym po 8 maja 2010 r.

Panelem popołudniowym, dotyczącym „Zapewnienia świadczenia powszechnych usług pocztowych", moderowała dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka.

Pierwszy referat – „Finansowanie powszechnych usług pocztowych" – wygłosił mgr Jarosław Olesiak (WPiA UŁ). W pierwszej kolejności prelegent przedstawił przepisy prawne regulujące finasowanie powszechnych usług pocztowych, które na przestrzeni ostatnich lat wyraźnie się zmieniły. W dalszej części przedstawił modele finasowania powszechnych usług pocztowych, podnosząc, że wybór określonego modelu jest zasadniczym problemem. J. Olesiak zaprezentował także polski model finansowania (model kombinowany) oraz wskazał, że polski ustawodawca nieprawidłowo implementował dyrektywę 2008/6/WE. W dalszej części wypowiedzi stwierdził, że w prawie polskim nie funkcjonuje kluczowe dla dyrektywy unijnej określenie „uzasadnione obciążenie operatora" oraz omówił znaczenie tego pojęcia, przytaczając orzecznictwo TSUE. Kończąc, stwierdził, że należy spodziewać się pewnej przebudowy systemu finansowania powszechnych usług pocztowych, gdyż ten wykorzystywany obecnie jest nie do utrzymania na stałe.

Kolejny referat „Szczególne obowiązki operatora wyznaczonego" zaprezentował mgr Grzegorz Pawul (Katolicki Uniwersytet Lubelski im. Jana Pawła II). W pierwszej kolejności referent przytoczył dyrektywy unijne oraz przyjęte w nich rozumienie „usługi pocztowej". Następnie przedstawił definicję i zasady wyboru operatora wyznaczonego na gruncie polskiej upp, po czym omówił szczególne obowiązki i warunki wykonywania usług powszechnych przez tego operatora. G. Pawul w podsumowaniu stwierdził, że wykonywanie przez operatora obowiązków operatora wyznaczonego nie może negatywnie wpłynąć na jego pozycję na rynku usług niepowszechnych, dlatego też ważne jest, aby przepisy definiujące jego obowiązki były precyzyjne i kompletne.

Referat „Efekt motyla a zakres powszechnych usług pocztowych – doświadczenia Państw Członkowskich Unii Europejskiej" wygłosili mgr Anna Laszczyk (WPiA UŁ, Kancelaria Linklaters) i mgr Wojciech Podlasin (Uniwersytet Warszawski, Kancelaria Linklaters). Celem referatu było wskazanie modyfikacji zakresu powszechnych usług pocztowych i przywilejów ich wykonywania dokonywanych przez państwa członkowskie UE oraz skutków wynikających z nieprawidłowo implementowanych dyrektyw unijnych w zakresie działalności pocztowej. Referenci przez pojęcie „efekt motyla" rozumieją pewne działanie operatora wyznaczonego, wynikające z nieprawidłowej implementacji, wywołujące pozornie niezwiązane z regulacją pocztową negatywne skutki. A. Laszczyk i W. Podlasin zaprezentowali doświadczenia Słowacji, Włoch, Wielkiej Brytanii, Belgii oraz Francji.

Następny referat poświęcony przekształceniom sektora pocztowego we Francji zaprezentowała mgr Alina Sperka-Cieciura (WPiA UŁ). Na wstępie prelegentka uzasadniła, dlaczego reformy sektora pocztowego we Francji mogą stanowić punkt odniesienia dla przeprowadzania reformy w Polsce. W dalszej części referatu A. Sperka-Cieciura przedstawiła historię, majątek oraz aktualny status i prowadzoną działalność *La Poste*, a także zwróciła uwagę na dużą konkurencyjność na rynku i wysokie zaufanie społeczne tego operatora. W ostatniej części referatu przedstawiła zasady finasowania powszechnych usług pocztowych.

Referat „Doręczenia pocztowe w postępowaniu administracyjnym i postępowaniu egzekucyjnym w administracji" wygłosiła mgr Sylwia Łazuk (Uniwersytet w Białymstoku). W wystąpieniu

przedstawiła zasady i sposób doręczenia przesyłki przewidziane w art. 37–39 upp, które później porównała z regulacjami zawartymi w k.p.a. oraz ustawie o egzekucji w administracji. Następnie S. Łazuk przedstawiła regulację prawną zawartą w rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora powszechnego. W trakcie wystąpienia zostało również omówione stanowisko judykatury w zakresie doręczeń.

Ostatnim mówcą w trzecim panelu konferencji był mgr Adrian Bartha (Uniwersytet Gdański), który przedstawił referat „Penalizacja naruszenia tajemnicy korespondencji – jednego z podstawowych warunków usług pocztowych. Stan prawny w Polsce. Eksplikacja czynu zabronionego stypizowanego w art. 267 § 1 k.k.". Na początku swojego referatu prelegent przywołał ustawową definicję „usługi pocztowej", a następnie krótko zaprezentował „śledzenie (*tracking*)" przesyłki. A. Bartha zaprezentował regulacje prawne gwarantujące ochronę tajemnicy korespondencji, szczegółowo omówił przestępstwo z art. 267 § 1 k.k. oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Prawa Człowiek w Strasburgu odnoszące się do tajemnicy korespondencji. Na koniec przedstawił statystyki dotyczące wydanych wyroków skazujących za przestępstwo naruszenia tajemnicy korespondencji.

Trzeci panel konferencji zakończył się dyskusją, w czasie której zwrócono uwagę na rolę Komisji Europejskiej w zmianie polskiego sytemu finansowania usługi powszechnej, poziom konkurencji na rynkach pocztowych oraz konieczność uwzględniania interesów obywateli w regulacji sektora pocztowego.

Ostatni panel konferencji miał charakter studencki, a jego temat przewodni brzmiał „Stan prawny na rynku usług pocztowych". Moderatorem tej części konferencji był mgr Jarosław Olesiak.

Pierwszy referat w tym panelu wygłosili Marcin Kraśniewski i Michał Ciepłucha (WPiA UŁ). Dotyczył on zakresu podmiotowego i przedmiotowego upp. W pierwszej kolejności referenci wymienili podmioty działające w sektorze pocztowym. M. Kraśniewski zaprezentował definicję „nadawcy masowego", która w jego przekonaniu jest błędnie sformułowana i może prowadzić do istotnego zakłócania równej konkurencji na rynku usług pocztowych. Uzasadniając swoje stanowisko, połączył komentowaną definicję z art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o podatku od towarów i usług, a następnie wskazał na konsekwencje płynące z połączenia obu przepisów. Referenci omówili także definicję „operatora pocztowego", „usługi pocztowej" oraz „przesyłki pocztowej". W podsumowaniu M. Kraśniewski oraz M. Ciepłucha przedstawili postulaty *de lege ferenda*.

Następnie Katarzyna Chojecka (Uniwersytet Warszawski) przedstawiła referat „Liberalizacja sektora pocztowego. Wybrane przeszkody w dostępie do rynku usług pocztowych". Na wstępie omówiła etapy liberalizacji rynku usług pocztowych, następnie zaś – dostęp do infrastruktury pocztowej, moc dokumentu urzędowego potwierdzenia nadania oraz problematykę nadzoru właścicielskiego nad PP. W podsumowaniu K. Chojecka stwierdziła, że sytuacja na rynku usług pocztowych wymaga zdecydowanej ingerencji ustawodawcy i regulatora.

Kolejny referat „Bariery rozwoju konkurencji na rynku pocztowym i umocnienie pozycji Poczty Polskiej" wygłosiła Maja Jasłowska (Uniwersytet im. Mikołaja Kopernika w Toruniu). Prelegentka przedstawiła pojęcie „monopolu" oraz przyczyny i historię jego wprowadzenia w sektorze usług pocztowych, a następnie przytoczyła argumenty przemawiające za utrzymaniem silnej pozycji PP. W dalszej części wystąpienia M. Jasłowska omówiła regulacje mające na celu zwiększenie konkurencyjności w sektorze oraz zaznaczyła, że ich wprowadzenie nie doprowadziło do pełnej

konkurencyjności. We wnioskach końcowych prelegentka wymieniła aspekty prawne i społeczne, które sprzyjają utrzymaniu mocnej pozycji PP.

Czwarty referat dotyczący umowy o świadczenie usług pocztowych w ostatniej części konferencji wygłosiła Kamila Bodo (Uniwersytet Gdański). Referentka swoją wypowiedź rozpoczęła od definicji „umowy" przyjętej w polskim prawie i nauce. Następnie wskazała podstawy świadczenia usług pocztowym, po czym omówiła sposoby zawarcia i rozwiązania umowy o świadczenie usług pocztowych oraz jej elementy. K. Bodo w wypowiedzi poruszyła także kwestię odpowiedzialności stron umowy.

Ostatnim mówcą był Tomasz Mizioch (Uniwersytet Śląski), który wygłosił referat „Wpis do rejestru operatorów pocztowych – zagadnienia ogólne". Na początku wypowiedzi określił charakter prawny wpisu, a następnie omówił postępowanie rejestrowe przed Prezesem UKE i środki zaskarżenia. T. Mizioch zwrócił uwagę na wagę wpisu do rejestru operatorów pocztowych oraz wskazał na intersujące zmiany, jakie zaszły w odniesieniu do tego wpisu po 1 stycznia 2013 r. i stanowiska przedstawicieli doktryny w tym zakresie. W podsumowaniu przedstawił postulaty *de lege ferenda* w zakresie instytucji wpisu do rejestru operatorów pocztowych.

Marcin Kraśniewski
Prezes Naukowego Koła Prawa Energetycznego i Innych Sektorów Infrastrukturalnych UŁ; magistrant w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego WPiA UŁ; e-mail: mar.krasniewski@gmail.com

Changes, changes, changes… (from the Volume Editor)

Articles

Jarosław Fidala, **RPM agreements in the context of the book market**

Table of contents:

I. Introduction
II. RPM vertical pricing agreements in competition law
III. "Anti" and "pro" -competitiveness of RPM vertical pricing agreements
    1 General remarks
    2. "Anti-competitiveness" concept in the context of the objective of competition law
    3. "Anti" and "pro" -competitive RPM vertical pricing agreements in the context of the objective of competition law
IV. Assessment of fixed sale prices in the book market in the light of competition law
V. Conclusions

Summary: This article considers two controversial and highly significant issues – the assessment of RPM vertical pricing agreements within competition law, and the attempts of the Polish legislator to introduce a law on the so-called fixed price of books. Both issues imply answering the question whether the RPM mechanism interferes or fosters the competitiveness of the book market. The starting point for answering this question is to distinguish between "pro" and "anti" competitive RPM agreements from the perspective of the objective of competition law, the latter being connected to the welfare concept. In the context of the book market, the RPM mechanism may realize this objective insofar as it would positively influence the parameters of efficient competition on the book market. It would thus also contribute to the satisfaction and optimization of the various economic needs of different entities (authors, publishers, booksellers, consumers).

Key words: RPM agreements; anti-competitiveness; effects-based approach; fixed price of book; objective of competition law; socio-market welfare.

JEL: K21

Piotr Semeniuk, **Non-competition law based review of mergers on audiovisual, real estate and pharmaceutical markets**

Table of contents:

I. Introduction
II. National Broadcasting Council's review of mergers on the audio-visual market
III. Review of mergers in light of the law on acquiring real estate by foreigners
IV. Review of mergers on pharmaceutical markets by the pharmaceutical inspection
V. Conclusions

Summary: The author lists and analyzes those provisions of the Polish Law on Radio and Television, the Law on Acquiring Real Estate by Foreigners and the Pharmaceutical Law, which grant competences to review mergers to, respectively: the President of the National Broadcasting

Council, minister responsible for internal affairs and regional (voivodships') pharmaceutical inspectors. In particular, the author focuses on the fact that the criteria for the review of such mergers' legality, as well as the objectives of merger control performed by these specialized administrative bodies, differ from those considered during competition law based merger control performed by the President of the Office of Competition and Consumer Protection. Discussed are problems related to the interpretation of legal provisions on non-competition law based merger control resulting from attempts by companies to bypass them. It is argued that entrepreneurs often try to escape such control through the creation of multilevel corporate vehicles. The author proposes such interpretation of the discussed provisions that will prevent companies from doing so and will thus be consistent with the intention of the legislator.
Key words: merger control; merger review; UOKiK; National Broadcasting Council; minister responsible for internal affairs; pharmaceutical inspection; radio-television concession; acquiring real estate by foreigners; protection of small business; protection of the Polish capital.
JEL: K23

Joanna Lenart, Teresa Kaczyńska, **When will the creation of a new company not be classified as a joint venture? Practical considerations regarding joint ventures under Polish competition law**

Table of contents:

I. Introduction
II. Creation of joint ventures - problems and discrepancies between the definitions of a joint venture under Polish and EU competition law
III. Obligation to notify an intended concentration involving the creation of a joint venture under Polish competition law
IV. Alternative legal classification of the creation of a new company
V. Question of legal certainty
VI. Conclusions and *de lege ferenda* proposals

Summary: The purpose of this article is to analyze the creation of a new joint venture company under Polish competition law. This analysis covers cases and situations which, in the authors' opinion, should and should not be classified as the creation of a joint venture in the decisional practice of the UOKiK President. The authors provide an overview of potential problems and discrepancies between the definitions of a joint venture under Polish and EU competition law. These differences are of crucial importance in practice. The article discusses in detail the obligation to notify an intended concentration involving the establishment of a joint venture under Polish competition law and the resulting practical difficulties for firms. These considerations give rise to a discussion on an alternative legal classification of the establishment of a new company and the need to ensure the highest level of legal certainty in the application of the relevant legal provisions regarding the establishment of a joint venture. The article concludes with *de lege ferenda* proposals regarding Polish competition law provisions on the creation of joint ventures.
Key words: joint venture; merger control.
JEL: K21

Ewa Mandrosz, **"Mystery shopper" as a new tool for obtaining evidence of practices harmful to the collective interests of consumers**

Table of contents:

I. Introduction
II. Legal framework for the institution of a "mystery shopper"
   1. Scope of the activities related to the purchase of goods
   2. Possibility of recording the course of such activities
   3. Conditions making it possible to perform such activities and their recording
III. Functions (use) of the institution of a "mystery shopper"
IV. Conclusions

Summary: The article discusses the institution of a "mystery shopper" which will be introduced into the Polish Act on Competition and Consumer Protection on 17 April 2016. This institution will make it possible to conduct activities related to the purchase of goods during an inspection, with the possibility of recording these activities via audio or visual recording equipment, without informing of that fact the undertaking subject to the inspection. In the expectations of the legislature, this institution is designed to be a tool for obtaining evidence of practices harmful to the collective interests of consumers. The paper provides an assessment of this institution, especially in the context of the purposes for which it was established. Some of the drawbacks of the adopted solutions are also noted.

Key words: consumer; protection of consumer; protection of collective interests of consumers; mystery shopper; controlled purchase; collective interests of consumers.

JEL: K23

Marcin Kolasiński, **Self-regulation of advertising in Poland – opportunities and threats to competition and consumer protection**

Table of contents:

I. Introduction
II. Essence of self-regulation
III. Voluntarism as a constitutive feature of self-regulation
IV. Self-regulation in the advertising industry in Poland
V. Activities of the Advertising Council in the light of the constitutive principles of self-regulation
VI. Adjudicating activities of the Advertising Council in the light of the provisions of competition law
VII. Conclusions

Summary: This paper addresses the problems of self-regulation of advertising activities in Poland. Experiences show that the pursuit of the objectives of consumer protection do not go hand in hand with ensuring the protection of the rights of entrepreneurs outside the self-regulation system. The paper presents therefore an analysis of the essence of self-regulation and those of its requirements that are necessary to recognize it as being in compliance with generally applicable legal provisions. The paper also presents arguments supporting the assessment of self-regulation activities in the light of both competition and consumer protection rules, as well as those on combating unfair competition.

Key words: self-regulation; advertising; advertising industry; industry code; Advertising Council; President of the UOKiK.

JEL: K20, K21

Anna Tworkowska-Baraniuk, **The Internet as a place of unfair competition practices – the issue of legal protection for a domain name**

Table of contents:

I. Introduction
II. Preliminary issues
III. The trading title of the business and the exclusive right
IV. Competition law and the use of Internet domain names
    1. General remarks
    2. *Cybersquatting*
    3. *Metatagging and keyword advertising*
    4. *Linking*
V. Conclusions

Summary: The Internet is now an indispensable part of both social and economic life around the world. As a relatively new place of entrepreneurial activity, the Internet may also be the place for various types of law infringements. The Internet experiences also an increasing number of new, specific forms of unfair competition practices. The fundamental problem facing those trying to prevent such practices, is the fact that there are no separate regulations on unfair online trading. This article aims to provide examples of practices typical for the Internet environment, which can be qualified as acts of unfair competition, as well as ways of their legal interpretation. The analysis focuses on the intersection between unfair competition rules and the new forms taken by such practices. The article's main objective is to assess whether existing legislation provides an adequate legal framework for the protection against unfair competition practices on the Internet.

Key words: domain names; the Internet; metatagging; trademarks.

JEL: K20, K21

Legislation and Case Law Review

Kinga Bryl, **Transposition of the EU Capital Requirements Directive and the EU Capital Requirements Regulation into Polish law**

Table of contents:

I. The replacement of the CRDIII and the CAD by the CRDIV package
II. The personal scope of the application of the CRDIV package
III. Issues related to definitions related to the transposition of the CRDIV and the validity of the CRR
IV. New provisions of the CRDIV package in relation to the CRDIII and the CAD
V. Significant changes in the Polish Act on Trading in Financial Instruments, the Banking Law and the Law on Capital Market Supervision resulting from the implementation of the CRDIV package
VI. Conclusions

Summary: This paper considers the Polish Act for Macro-Prudential Oversight of the Financial System and Crisis Management in the Financial System of 5 August 2015. The above act transposes into the Polish legal system Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on Access to the Activity of Credit Institutions and the Prudential

Supervision of Credit Institutions and Investment Firms, amending Directive 2002/87/EC as well as repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC (CRDIV). The new Polish Act implements also to the necessary extent Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on Prudential Requirements for Credit Institutions and Investment Firms and amending Regulation (EU) No 648/2012 (CRR).

Key words: CRD III; CAD; CRD IV; CRR; Basel III.
JEL: K23

Magdalena Knapp, **New Polish technology transfer block exemption – which agreements meet its requirements?**

Table of contents:

I. Introduction
II. EU Technology Transfer Block Exemption Regulation (BER)
III. Technology transfer BER in Polish law
IV. What if the Polish Technology Transfer BER does not apply to the agreement? Potential traps to be aware of
V. Final remarks

Summary: The aim of this paper is to analyze key changes introduced by the new Polish Technology Transfer Block Exemption Regulation (BER) of 17 April 2015. A year earlier, on 21 March 2014, the European Commission adopted its own revised Technology Transfer BER as well as accompanying Guidelines. The article briefly discusses the scope and structure of the EU BER since the new Polish legislation is modeled on EU rules. The paper identifies also which factors should be considered in particular by undertakings entering into technology transfer agreements in light of the special characteristics of these markets. The Polish BER requires a thorough analysis and so the issues discussed in this article may help interested parties to assess whether their agreements satisfy the requirements of the Polish BER.

Key words: technology transfer agreements; block exemption; license agreements.
JEL: K21

Aleksandra Kłoczko, **The principle of proportionality in calculating fines for competition law violations. Analysis of the fine calculation method in the EU, Turkey and Poland**

Table of contents:

I. Introduction
II. Fine calculation method adopted by the European Commission
III. Changing the method of fine calculation in Turkey
IV. Fine calculation method adopted in Poland
    1. Practice of the UOKiK President and the principle of proportionality
    2. Influence of the principle of proportionality on the jurisprudence of Polish courts
V. Legitimacy of changing the method of fine calculation on the basis of established guidelines
VI. Conclusions

Summary: This paper analyses the compatibility with the principle of proportionality and the principle of fine individualisation of the fine calculation methodology used under Article 106 of the Polish

Competition and Consumer Protection Act. According to established CJEU jurisprudence, when calculating a fine it is possible to refer to either the company's entire turnover, which indicates the company's market power, or to the amount gained from sales of products covered by the infringement. It is apparent from CJEU jurisprudence that although Article 23(2) of Regulation No. 1/2003 leaves the Commission discretion as to setting the amount of fines, it nevertheless also limits the exercise of that discretion by establishing objective criteria to which the Commission must adhere. Hence, the amount of a competition law fine is subject to a quantifiable and absolute ceiling in the EU, with the result being that the its maximum amount can be determined in advance. The exercise of that discretion is also limited by the rules of conduct which the Commission imposed upon itself, in particular in the 2006 Guidelines. Point 13 of the 2006 Guidelines states, '[i]n determining the basic amount of the fine to be imposed, the Commission will take the value of the undertaking's sales of goods or services to which the infringement directly or indirectly… relates in the relevant geographic area within the EEA'. By contrast, the UOKiK President in his/her decision-making practice calculates the fine by taking into account a company's entire turnover from the preceding financial year. This methodology often results in unreasonably high fines that are challenged and later reduced by the courts. Judges frequently state that in light of the principle of proportionality and individualization of fines, there is a need when setting individual fines to refer solely to that undertaking's revenue from the sale of the goods or services from the relevant market covered by the anticompetitive practice.

Key words: calculation method; financial fine; Poland; European Union; Turkey; turnover; proportionality; individualization of fine.

JEL: K21

Mariusz Motyka-Mojkowski, ***Private enforcement* in Germany – review of recent jurisprudence**

Table of contents:

I. Introduction
II. Legal framework
III. Eligible claimants
IV. Damages and quantification of harm
V. Passing-on defence
VI. Binding effect of the decisions issued by the NCA
VII. Access to the NCA' case files
VIII. Private enforcement against employees
IX. Overview of collective redress schemes
    1. Cartel Damage Claims
    2. The second CDC cement case
    3. Barnsdale Cartel Damage Solutions AG
X. Directive 2014/104 and its implementation in Germany
XI. Summary

Summary: Alongside the United Kingdom and the Netherlands, Germany is among the EU Member States where private enforcement is becoming increasingly important in practice. This tendency shows clearly in the growing number of legal proceedings initiated by plaintiffs in either follow-on or

stand-alone cases. The goal of this paper is to present the most recent developments in German jurisprudence concerning private enforcement of competition law. Particular emphasis is paid to alternative models of collective enforcement. The paper also covers key changes introduced into the German legal system upon the implementation of Directive 2014/104.
Key words: private enforcement; passing-on; claim for damages; infringement of competition law; disclosure of evidence; effect of national decisions; collective actions; Germany.
JEL: K21

CASES

Anti-competitive provisions in commercial lease agreements of large surface shopping malls. Judgment of the Court of Justice of the European Union of 26 November 2015 in case C-345/14 *SIA Maxima Latvija v Konkurences padome* (Olga Stefanowicz)

Legal standard regarding vertical pricing restraints consisting of resale fixed (or minimal) price maintenance under the Polish Act on Competition and Consumer Protection. Judgment of the Supreme Court of 23 November 2011, III SK 21/11 (Agata Zawłocka-Turno, Bartosz Turno)

Does sending a file to a Recycle Bin constitute a breach of the duty to cooperate during an inspection conducted by the UOKiK President? Judgment of the Court of Appeals in Warsaw of 30 January 2015, VI ACa 446/14 (Radosław Niwiński)

Possibility of changing penalty payments imposed on undertakings. Judgment of the Court of Appeals in Warsaw of 18 July 2014, VI Aca 1515/13 (Justyna Pilśnik)

Books Reviews

Rajmund Molski, *Prawne i ekonomiczne aspekty polityki promowania narodowych czempionów* [*Legal and economic aspects of the policy of promoting national champions*], Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2015, s. 329; review by Sławomir Dudzik

Reports

Report on the First National Conference *Changes in the Polish postal sector*, Łódź, 9.12.2015 (Marcin Kraśniewski)

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 prawniczych 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.

Zbiorcza lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim numerze iKAR w danym roku.

Prawa autorskie

iKAR jest dostępny dla każdego czytelnika na podstawie nieodpłatnej licencji Creative Commons 3.0 Polska (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/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.

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI · WYDZIAŁ 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)