

Rozdział IV. Prawo ochrony konkurencji wobec importu równoległego na rynku farmaceutycznym

1. Konkurencja i jej ochrona na rynku farmaceutycznym

Ogólną zasadą dotyczącą każdego przedsiębiorcy⁶⁴⁴ (dotyczy to również przedsiębiorcy działającego na rynku farmaceutycznym) jest obowiązek prowadzenia działalności gospodarczej z uwzględnieniem wymagań „uczciwej konkurencji i z poszanowaniem dobrych obyczajów”⁶⁴⁵. Zasada ta jest wyrazem pozytywnego ujęcia wykonywania działalności gospodarczej⁶⁴⁶.

Skutkiem akcesji Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej jest funkcjonowanie na terytorium naszego państwa dwóch porządków prawnych (porządku unijnego i polskiego), co ma swoje odzwierciedlenie w istnieniu krajowych i unijnych reguł konkurencji.

Aby prawidłowo zrozumieć mechanizmy występujące w polskim oraz unijnym prawie ochrony konkurencji w pierwszym rzędzie należy wytłumaczyć pojęcie „konkurencja”, co jest czynnością trudną z uwagi na brak definicji legalnej. Konieczne w tym względzie jest wykorzystanie poglądów doktryny i orzecznictwa oraz posłużenie się definicją etymologiczną tego pojęcia. Pojęcie „konkurencja” pochodzi od łacińskiego wyrazu *concurro*, co oznacza „zdetnąć się”, „walczyć”, „zbiegać się razem”⁶⁴⁷.

Pojęcie „konkurencja” wykazuje bardzo ścisły związek z naukami ekonomicznymi, jednakże nie jest w nich jednoznacznie interpretowane⁶⁴⁸. Pomimo występowania tych trudności dokonując wykładni pojęcia „konkurencja” na płaszczyźnie prawnej należy korzystać z dorobku nauk ekonomicznych, ponieważ sam związek prawa i ekonomii w ochronie konkurencji jest niezaprzeczalny⁶⁴⁹.

Istotą konkurencji jest wzajemna rywalizacja podmiotów mających samodzielny status o dostęp do dóbr (materialnych, technologii i wiedzy) rzadkich, czyli takich których zasób jest ograniczony. Dzięki konkurencji, między uczestnikami gry rynkowej, dochodzi do alokacji tych dóbr, co oznacza, że „zwycięzcami” są podmioty działające najefektywniej. W takim

⁶⁴⁴ Pojęcie „przedsiębiorcy” w prawie ochrony konkurencji wyjaśnię w dalszej części rozdziału

⁶⁴⁵ Art. 17 ustawy o swobodzie

⁶⁴⁶ C. Kosikowski, *Ustawa..., op. cit.*, s. 129

⁶⁴⁷ K. Kumaniecki, *Słownik łaciński – polski*, Warszawa 1984, s. 108; cyt. za: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 45

⁶⁴⁸ A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 25 - 26

⁶⁴⁹ T. Skoczny, *Słowo wstępne* (w:) B. Kurcz, *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2010, s. 27 i nast.

ujęciu, konkurencję należy rozumieć jako narzędzie służące „do obniżania kosztów produkcji (działalności) i przez to do upowszechniania (zwiększenia dostępności) towarów i usług, do innowacyjności, do wzrostu dobrobytu społeczeństwa”⁶⁵⁰. Takie stanowisko wiąże się z katalogiem funkcji przypisywanych mechanizmowi konkurencji. W literaturze przedmiotu najczęściej wskazywane są następujące funkcje: sterownicza, dostosowawcza, alokacyjna, regulacyjna i innowacyjna. Wielość tych funkcji pozwala na wysunięcie twierdzenia o złożoności struktury konkurencji i roli, jaką spełnia w funkcjonowaniu rynku⁶⁵¹.

A. Powałowski słusznie zauważa, że konkurencja między przedsiębiorcami faktycznie występuje wtedy, gdy przedsiębiorców cechuje pewne podobieństwo w obszarze wytwarzania lub świadczenia usług i ponadto podmioty te działają w podobnej niszy gospodarczej. Odzwierciedleniem tej sytuacji jest normatywna koncepcja tzw. rynku właściwego oraz każdorazowe ustalenie zakresu tego rynku na podstawie konkretnego stanu faktycznego⁶⁵². Z tego powodu konkurencja pomiędzy dwoma podmiotami gospodarczymi istnieje tylko w przypadku jednoczesnego funkcjonowania na rynku właściwym⁶⁵³ i może być to konkurencja cenowa bądź niecenowa. Kryterium wyróżnienia pierwszego rodzaju konkurencji jest cena określonego dobra, która jest niższa od ceny oferowanej przez konkurenta. Z kolei przy konkurencji niecenowej ważniejszymi elementami, niż cena, zachęcającymi do wyboru oferty są między innymi jakość produktu, czy warunki sprzedaży⁶⁵⁴.

Inną zaletą mechanizmu konkurencji, powiązaną z wyżej wymienionymi, jest stworzenie warunków sprzyjających korygowaniu jakości usług i towarów oraz utrzymaniu cen na odpowiednim poziomie⁶⁵⁵.

Stanowisko Sądu Najwyższego na temat rozumienia istoty konkurencji jest bardzo zbliżone do poglądów doktryny wyróżnionych wyżej. Jako reprezentatywny można wskazać wyrok z 19 października 2006r., w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że „konkurencja jest zjawiskiem ze wszech miar pozytywnym. Prowadzi do podniesienia efektywności całej gospodarki. Wymusza dbanie o konsumentów i ich interesy, poprzez oferowanie im coraz lepszych produktów, dodatkowych usług, nowych technologii, itp. (...). Pod pojęciem

⁶⁵⁰ A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 26

⁶⁵¹ M. Stefaniuk, *Publicznoprawne reguły konkurencji*, Lublin 2005, s. 45

⁶⁵² A. Powałowski, *Prawo i ochrona konkurencji* (w:) A. Powałowski (red.), *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2012, s. 228 - 229

⁶⁵³ Pojęcie to zostanie wyjaśnione w następnym punkcie niniejszego rozdziału

⁶⁵⁴ M. Stefaniuk, *Publicznoprawne...*, *op. cit.*, s. 42

⁶⁵⁵ A. Powałowski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 228

konkurencji należy rozumieć proces rywalizacji niezależnych przedsiębiorstw, który prowadzi do podniesienia poziomu dobrobytu konsumentów⁶⁵⁶.

Jednakże moim zdaniem kwintesencja pojęcia „konkurencja” została zawarta w innym wyroku Sądu Najwyższego, który przyjął, że konkurencja opiera się na rywalizacji podmiotów (co najmniej dwóch) z zamysłem osiągnięcia tego samego celu oraz zdobycia przewagi nad drugą stroną⁶⁵⁷.

Prawo konkurencji jako zespół przepisów normujących sytuację prawną podmiotów działających na rynku – przedsiębiorstw i państwa - można rozumieć w znaczeniu szerszym i węższym. W pierwszym przypadku w skład prawa konkurencji wchodzi: prawo antymonopolowe, prawo pomocy publicznej oraz prawo nieuczciwej konkurencji. Natomiast znaczenie węższe, charakterystyczne dla unijnego prawa konkurencji obejmuje tylko prawo antymonopolowe oraz prawo pomocy publicznej⁶⁵⁸.

Rodzaj przyjętych szczegółowych rozwiązań dotyczących konkurencji i jej ochrony zależy od uznania wyższości jednej ze szkół: harwardzkiej lub chicagowskiej. Przedstawiciele szkoły harwardzkiej twierdzą, że istotą konkurencji jest możliwość swobodnego wejścia na rynek, natomiast przejawami ograniczenia konkurencji jest ścisła koncentracja oraz porozumienia monopolowe. Wywołuje to reakcję organów antymonopolowych, których działania służą ochronie interesów innych przedsiębiorców, konsumentów oraz wpływają na rozwój technologiczny. Natomiast w ujęciu szkoły chicagowskiej (inaczej zwaną szkołą efektywnościową) przeciwstawianiem się działaniom antykonkurencyjnym (koncentracji przedsiębiorstw oraz praktykom ograniczającym konkurencję) możliwe jest jedynie wtedy, gdy działania te nie są efektywne, tzn. że nie każde działanie antykonkurencyjne jest zakazane na gruncie tej koncepcji. Wskazuje się, że celem konkurencji jest przede wszystkim dobrobyt konsumentów⁶⁵⁹.

Jak już wspomniałam wyżej Rzeczpospolita Polska w zakresie prawa ochrony konkurencji, podobnie jak w innych dziedzinach prawa jest związana prawem unijnym. Uwzględniając kryterium podmiotu – adresata, unijne reguły konkurencji dzielą się na reguły konkurencji skierowane do przedsiębiorstw⁶⁶⁰ i na reguły konkurencji skierowane do państw

⁶⁵⁶ III SK 15/06, wyrok dostępny na stronie internetowej pod adresem <http://www.sn.pl/>

⁶⁵⁷ Wyrok z 20.05.1991r., II CR 445/90, *Orzecznictwo gospodarcze 1991*, nr 4, poz. 78, s. 38 – 41; cyt. za: C. Kosikowski, *Ustawa..., op. cit.*, s. 129

⁶⁵⁸ M. Krasnodebska – Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Warszawa 2006, s. 10

⁶⁵⁹ B. Majewska – Jurczyk, *Dominacja w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Wrocław 1998, s. 10 – 11; cyt. za: M. Stefaniuk, *Publicznoprawne..., op. cit.*, s. 104

⁶⁶⁰ Są to art. 101 i 102 TFUE – będą one poddane analizie w dalszej części rozdziału oraz regulacja dotycząca prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorstw znajdująca się z rozporządzeniu Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. L 24 z 29.1.2004, str. 1 - 22; wydanym

członkowskich⁶⁶¹. Całokształt przepisów prawnych pozwala także na wyróżnienie generalnych i sektorowych reguł konkurencji⁶⁶². Istnienie sektorowych reguł konkurencji ma swoją podstawę w przyjęciu tzw. wspólnych polityk (Wspólna Polityka Rolna, Wspólna Polityka Transportowa, Wspólna Polityka Handlowa), co wpływa na istnienie pewnych odrębnych reguł konkurencji w stosunku do przedsiębiorstw działających w tych sektorach⁶⁶³.

Doniosła rola prawa konkurencji w Unii Europejskiej przejawia się w traktowaniu tego prawa jako części tzw. „konstytucji gospodarczej”, której celem jest przestrzeganie zasad sprawiedliwości społecznej⁶⁶⁴. Problematyka konkurencji i jej ochrony w prawie unijnym uregulowana jest we wszelakiego rodzaju aktach prawnych. Przede wszystkim są to akty prawa pierwotnego⁶⁶⁵ oraz akty prawa wtórnego: rozporządzenia Rady⁶⁶⁶; rozporządzenia Komisji⁶⁶⁷ wydawane jako rozporządzenia wykonawcze do rozporządzeń Rady; dyrektywy Komisji⁶⁶⁸; jak również decyzje Komisji⁶⁶⁹. Ważną rolę w tym aspekcie pełni sądownictwo unijne (TSUE oraz Sąd), w zakresie ról jakie spełnia przy odpowiedziach na pytania prejudycjalne oraz jako organ odwoławczy od decyzji Komisji. W dziedzinie ochrony konkurencji wydawane są tzw. dokumenty polityki konkurencji, w skład których wchodzi na

na podstawie art. 103 TFUE; dalej jako: rozporządzenie w sprawie kontroli – materia ta nie jest przedmiotem niniejszej pracy

⁶⁶¹ Celem tych reguł jest zapobieżenie naruszeniu konkurencji poprzez uprzywilejowanie określonych podmiotów uczestniczących w handlu – podstawa normatywna znajduje się w art. 107 – 109 TFUE (dopuszczalność pomocy publicznej) oraz art. 37 TFUE, który dotyczy przekształceń państwowych monopolii handlowych. Można się zastanawiać co do zasadności umieszczenia art. 106 TFUE w sekcji skierowanej do przedsiębiorstw, podczas gdy literalne brzmienie wskazuje, że jego adresatem są państwa członkowskie – zob. więcej A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej* (w:) J. Barcz (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. VI-6-7

⁶⁶² Zob. E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń zastosowania ogólnych reguł ochrony konkurencji*, Poznań 2007

⁶⁶³ A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI-7-8

⁶⁶⁴ M. Krasnodębska – Tomkiel, *Wspólnotowe...*, *op. cit.*, s. 12

⁶⁶⁵ Są to przede wszystkim reguły mające zastosowanie do przedsiębiorstw (art. 101 – 106 TFUE) oraz przepisy dotyczące pomocy przyznawanej przez państwa (art. 107 – 109 TFUE), art. 37 TFUE oraz pośrednio inne przepisy – zob. więcej A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI-9-10

⁶⁶⁶ Zob. Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. L 1 z 4.1.2003, s. 1–25; dalej jako: rozporządzenie 1/2003; Rozporządzenie Rady nr 19/65/EWG z 2.03.1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych, Dz. U. 36 z 6.3.1965, s. 533 - 535; Rozporządzenie (EWG) nr 2821/71 Rady z 20.12.1971 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych, Dz. U. L 285 z 29.12.1971, s. 46 - 48; Rozporządzenie Rady (EWG) nr 1534/91 z 31.05.1991 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym Dz. U. L 143 z 7.6.1991, s. 1 - 3 oraz rozporządzenie w sprawie kontroli

⁶⁶⁷ Zob. m.in. Rozporządzenie Komisji (WE) nr 773/2004 z 7.04.2004r. odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE, OJ L 123, 27.4.2004, s. 18–24; dalej jako: rozporządzenie wykonawcze

⁶⁶⁸ Zob. m.in. Dyrektywę Komisji 2002/77/WE z 16.09.2002 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej, Dz. Urz. L 249 z 17.9.2002, s. 21 - 26

⁶⁶⁹ Niektóre przykłady decyzji Komisji zostaną wskazane w punkcie II niniejszego rozdziału

przykład informacje, białe i zielone księgi, raporty⁶⁷⁰. Jedynie w drodze krótkiego przypomnienia i zarazem wprowadzenia, należy w tym momencie zasygnalizować możliwość wydawania przez Komisję aktów kwalifikowanych do kategorii tzw. prawa miękkiego⁶⁷¹.

Ramy prawne ochrony konkurencji na gruncie krajowym, nie ograniczają się jedynie do ustawy z 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁶⁷², ale obejmują również katalog ustaw szczegółowych. W drodze przykładu należy wskazać ustawę z 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁶⁷³, ustawę z 16 lipca 2004r. - Prawo telekomunikacyjne⁶⁷⁴, ustawę z 28 marca 2003r. o transporcie kolejowym⁶⁷⁵. Problematyka prawa pomocy publicznej objęta jest osobną regulacją, tj. ustawą z 30 kwietnia 2004r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej⁶⁷⁶.

Z uwagi na brak sektorowych reguł konkurencji w stosunku do przedsiębiorstw działających w branży farmaceutycznej należy uznać, że ochrona konkurencji w prawie farmaceutycznych będzie się opierała na generalnych zasadach, tzn. z zastosowaniem polskich i unijnych reguł konkurencji. Należy jednak zwrócić uwagę na problem dotyczący zakresu możliwych działań konkurencyjnych na rynku farmaceutycznym. Sąd w wyroku w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited⁶⁷⁷, podzielając pogląd spółki GlaxoSmithKline zwrócił uwagę na specyficzny charakter tego rynku, zwłaszcza w przypadku finansowania produktów leczniczych z krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych⁶⁷⁸. Taka sytuacja jest przede wszystkim skutkiem ustalania cen produktów leczniczych przez organy państwowe na różnych poziomach, co powoduje podział rynku wewnątrz Unii Europejskiej i stworzenie sytuacji niejednokrotnego wykluczania tych produktów „z wolnej gry popytu i podaży”⁶⁷⁹. Jednakże pogląd o braku lub zachwianiu konkurencji na rynku farmaceutycznym wydaje się nieuprawniony.

Podsumowując powyższe ustalenia, konkurencję należy oceniać pozytywnie, ponieważ stymuluje dodatnio rozwój gospodarki i podmiotów w niej uczestniczących, czyli przedsiębiorców. Dlatego też między innymi z tego względu, podążając za myślą C. Kosikowskiego, należy przyjąć za słuszny obowiązek państwa polegający na ochronie

⁶⁷⁰ A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI-13

⁶⁷¹ Kwestia ta zostanie rozwinięta w dalszej części rozdziału

⁶⁷² Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.; dalej jako: ustawa o ochronie

⁶⁷³ Dz. U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503, tekst jedn., z późn. zm.

⁶⁷⁴ Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.

⁶⁷⁵ Dz. U. z 2007r., Nr 16, poz. 94, tekst jedn., z późn. zm.

⁶⁷⁶ Dz. U. z 2007r., Nr 59, poz. 404, tekst jedn., z późn. zm.

⁶⁷⁷ Wyrok Sądu z 27.09.2006r. w sprawie pomiędzy GlaxoSmithKline Services Unlimited a Komisją, Zb. Orz. 2006, s. II – 2969, T – 168/01; dalej jako: wyrok Sądu w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited

⁶⁷⁸ Wyrok Sądu w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 104

⁶⁷⁹ Wyrok Sądu w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 133

„ekonomicznego mechanizmu konkurencji przy jednoczesnym przeciwstawieniu się wszelkim przejawom monopolizacji”⁶⁸⁰.

2. Rynek właściwy produktów leczniczych

Pojęcie „ryнку właściwego”⁶⁸¹ jest jednym z ważniejszych pojęć na gruncie prawa ochrony konkurencji. Od prawidłowego wyznaczenia rynku właściwego zależy możliwość zarzucenia przedsiębiorcy naruszenia reguł konkurencji, w tym przede wszystkim nadużycia pozycji dominującej⁶⁸².

Należy wyraźnie podkreślić, że pojęcie „ryнку właściwego” nie może być utożsamiane z pojęciem „ryнку”, czyli miejscem spotkania popytu i podaży⁶⁸³.

Organ antymonopolowy w każdej sprawie dotyczącej naruszenia reguł konkurencji powinien określić rynek właściwy danych produktów. Jedynie pomocniczo może odwoływać się do ustaleń dokonywanych przez siebie w innych sprawach lub ustaleń innego organu antymonopolowego, ponieważ aby prawidłowo określić rynek właściwy należy uwzględnić zmiany, jakie w tym okresie nastąpiły na rynku. Kolejną przyczyną wymogu indywidualnego określenia rynku właściwego dla każdej sprawy jest zmienność czynników wpływających na rynek właściwy, tzn., że z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że inne czynniki kształtowały rynek właściwy w poprzednich sprawach⁶⁸⁴.

Takie stanowisko podziela Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, które wyraził w wyroku z 12 listopada 2008r.⁶⁸⁵ twierdząc, że konieczność każdorazowego określenia

⁶⁸⁰ C. Kosikowski, *Ustawa..., op. cit.*, s. 130

⁶⁸¹ Synonimem tego pojęcia jest: rynek relewantny i rynek odniesienia; zob. A. Powalowski (red.), *Leksykon prawa konkurencji: 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2010, s. 330

⁶⁸² W przypadku porozumień ograniczających konkurencję „szczegółowa delimitacja rynku ma istotne znaczenie jedynie w sytuacji, gdy porozumienie będące przedmiotem oceny może skorzystać z wyłączenia spod zakazu z art. 6ustawy o ochronie lub art. 101 TFUE”; por. decyzje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 18.09.2006r. Nr DOK – 107/06 (Dz. Urz. UOKiK z 2006r. Nr 4, poz. 53) oraz z 8.12.2009r. Nr DOK – 7/2009 (Dz. Urz. UOKiK z 2010r. Nr 1, poz. 1); cyt. za: K. Róziewicz – Ładoń, *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*, Warszawa 2011, s. 65

⁶⁸³ E. Modzelewska – Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 48; cyt. za: K. Róziewicz – Ładoń, *Postępowanie..., op. cit.*, s. 59

⁶⁸⁴ A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa..., op. cit.*, s. 146

⁶⁸⁵ XVII Ama 109/07, niepubl.

ryнку właściwego jest uwarunkowana postępowaniem technicznym związanym z wytwarzaniem nowych towarów, co prawdopodobnie wpływa na ich cechę zastępowalności⁶⁸⁶.

Mimo to przy określaniu rynku właściwego wskazane jest korzystanie z orzecznictwa TSUE⁶⁸⁷, wniosków formułowanych w decyzjach przez Komisję oraz opieranie się na Obwieszczeniu Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji⁶⁸⁸, który to akt mimo że nie ma mocy wiążącej, może stanowić istotną wskazówkę dla przedsiębiorców zamierzających podjąć działania, które mogą być zakazane przez prawo ochrony konkurencji⁶⁸⁹.

Doktryna rynku właściwego, jako jedna z pierwszych doktryn sądownictwa wspólnotowego w sprawach gospodarczych, została określona w wyroku w sprawie Continental Can. Z uwagi na precedensowy charakter tego orzeczenia pozwolę sobie przytoczyć w całości fragment wyroku zawierający pogląd TSUE na temat definiowania rynku właściwego. TSUE stwierdził, że „określenie rynku właściwego ma istotne znaczenie. Możliwości konkurencji mogą bowiem być ocenione tylko w stosunku do tych cech charakterystycznych omawianych produktów, dzięki którym mogą one zaspokajać nieelastyczne potrzeby i z powodu których są zamiennie z innymi produktami tylko w ograniczonym zakresie”⁶⁹⁰.

Inne aspekty rynku właściwego TSUE poruszył w kolejnych swoich orzeczeniach. W wyroku w sprawie United Brands TSUE przyjął, że możliwość prowadzenia działalności konkurencyjnej w związku z nadużywaniem pozycji dominującej powinna być odnoszona do obszaru geograficznego (jednoznacznie określonego), na którym prowadzony jest handel danymi produktami i który to obszar powinien posiadać cechy umożliwiające ocenę pozycji ekonomicznej określonego przedsiębiorstwa⁶⁹¹. Określenie rynku właściwego dla spółek – córek było również przedmiotem rozstrzygnięcia TSUE, które po raz pierwszy nastąpiło w wyroku w sprawie Michelin. TSUE przyjął, że polityka handlowa prowadzona przez przedsiębiorstwa zakładające spółki – córki jest przede wszystkim dostosowana do realiów

⁶⁸⁶ Cyt. za: K. Róziewicz – Ładoń, *Postępowanie...*, *op. cit.*, s. 62

⁶⁸⁷ Zob. wyrok z 21.02.1973r. w sprawie pomiędzy Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. a Komisja, Zb. Orz. 1973, s. 215, 6/72; dalej jako: wyrok w sprawie Continental Can; wyrok z 14.02.1978r. w sprawie pomiędzy United Brands Company i United Brands Continentaal BV a Komisja, Zb. Orz. 1978, s. 207, 27/76; dalej jako: wyrok w sprawie United Brands; wyrok z 9.11.1983r. w sprawie pomiędzy NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin a Komisja, Zb. Orz. 1983, s. 3461, 322/81; dalej jako: wyrok w sprawie Michelin

⁶⁸⁸ Dalej jako: Obwieszczenie KE

⁶⁸⁹ Obwieszczenie KE, pkt 4

⁶⁹⁰ Cyt. za: A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964 - 2004*, Warszawa 2007, s. 116

⁶⁹¹ Cyt. za: R. Skubisz (red.), *Orzecznictwo...*, *op. cit.*, s. 185

występujących na konkretnym rynku narodowym. TSUE uznał, że w przypadku spółek - córek konkurencja, która na nie wpływa występuje zazwyczaj na terytorium tego państwa członkowskiego, na którym spółka ma swoją siedzibę. Można mówić o relacji pomiędzy przewagą technologiczną całego przedsiębiorstwa (koncernu) a pozycją dominującą spółki i dlatego „rynkiem właściwym jest rynek, na którym następuje nadużycie”⁶⁹².

Wyznaczenie rynku właściwego jest procesem złożonym, ponieważ najpierw należy określić właściwy rynek produktowy, a dopiero później właściwy rynek geograficzny, który wskazuje zakres terytorialny występowania danego produktu⁶⁹³. Jeżeli działanie naruszające konkurencję trwało przez dłuższy czas, to określenie rynku właściwego musi być odniesione do całego badanego okresu⁶⁹⁴.

W literaturze przedmiotu podnosi się, że ustalenia co do rynku właściwego powinny być zawarte już w postanowieniu o wszczęciu postępowania, z uwagi na możliwość ustosunkowania się strony postępowania – przedsiębiorcy do stawianych zarzutów⁶⁹⁵.

Komisja w Obwieszczeniu KE zamieściła definicję właściwego rynku asortymentowego oraz właściwego rynku geograficznego. W skład właściwego rynku asortymentowego wchodzi te produkty/usługi, które w opinii konsumentów są substytutami/zamiennikami innych produktów. Podstawą tych ocen są informacje dotyczące właściwości produktów/usług, ich ceny oraz możliwości zastosowania⁶⁹⁶. Z kolei właściwy rynek geograficzny, na którym przedsiębiorstwa rywalizują między sobą o produkty/usługi, został określony jako ten obszar, „na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne oraz który może zostać odróżniony od sąsiadujących obszarów ze względu na to, że warunki konkurencji na tym obszarze znacznie się różnią”⁶⁹⁷.

W celu zdefiniowania rynku właściwego należy również określić substytucyjność popytu oraz substytucyjność podaży. W opinii Komisji te dwa czynniki oraz potencjalna konkurencja stanowią zasadnicze źródła ograniczania konkurencji między przedsiębiorcami⁶⁹⁸. Zdefiniowanie substytucyjności popytu polega na określeniu zestawu produktów, stanowiących substytuty produktów poddanych badaniu, między innymi poprzez

⁶⁹² Wyrok w sprawie Michelin, pkt 22 – 25; cyt. za: A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo...*, *op. cit.*, s. 189

⁶⁹³ A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...* *op. cit.*, s. 143

⁶⁹⁴ Wyrok z 6.12.2012r. w sprawie pomiędzy AstraZeneca AB i AstraZeneca plc a Komisja, wyrok dostępny na stronie internetowej pod adresem <http://eur-lex.europa.eu/JURISINDEX.do?ihmlang=pl>, C-457/10, pkt 37; dalej jako: wyrok w sprawie AstraZeneca

⁶⁹⁵ K. Różewicz – Ładoń, *Postępowanie...*, *op. cit.*, s. 64 - 65

⁶⁹⁶ Obwieszczenie KE, pkt 7

⁶⁹⁷ Obwieszczenie KE, pkt 8

⁶⁹⁸ Obwieszczenie KE, pkt 13

stałe, stosunkowo niewielkie zwiększanie ceny zakupu danego dobra⁶⁹⁹. Uwzględnienie substytucyjności podaży przy określaniu rynku właściwego jest zabiegiem „warunkowym”, ponieważ możliwe jest tylko w przypadku, gdy jej skutki oraz skutki substytucyjności popytu są równej wagi „pod względem skuteczności oraz natychmiastowości”. Oznacza to umiejętność dostosowania się do różnicy cen poprzez zmianę przedmiotu dostawy lub produkcji w krótkim czasie i przy niewielkim nakładzie środków finansowych⁷⁰⁰.

Komisja w Obwieszczeniu KE przedstawiła również proces definiowania rynku właściwego w postępowaniach antymonopolowych oraz procedurę uzyskiwania dowodów, co ma niewątpliwe znaczenie praktyczne dla przedsiębiorców⁷⁰¹.

W polskim prawie ochrony konkurencji definicja pojęcia „rynek właściwy” znajduje się w przepisie art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie. Mimo braku nazwy „rynek produktowy” i „rynek geograficzny” w tej definicji, można stwierdzić, że rynkiem właściwym produktowo jest „rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty”⁷⁰². Jest to definicja niemal identyczna z definicją rynku asortymentowego w Obwieszczeniu KE. Natomiast rynkiem właściwym geograficznie jest obszar na którym następuje złożenie oferty oraz „na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji”⁷⁰³.

Z uwagi na temat niniejszej pracy wymagane jest również przedstawienie pojęcia „rynku właściwego” w sektorze farmaceutycznym. Należy jednak podkreślić, że ogólny schemat postępowania, omówiony wyżej, w przypadku sektora produktów leczniczych również ma zastosowanie. Aczkolwiek należy wziąć pod uwagę specyfikę sektora farmaceutycznego, przez co ogólne podstawy mogą ulec niewielkim modyfikacjom.

Komisja w swoich decyzjach definiując pojęcie „rynku właściwego” w sektorze farmaceutycznym, opiera się na podziale leków „na grupy terapeutyczne zgodnie z klasyfikacją „Anatomical Therapeutic Chemical” (ATC) zaproponowaną przez European Pharmaceutical Marketing Research Association. ATC dzieli się na 16 kategorii – zgodnie z właściwościami terapeutycznymi i na 4 poziomy, zgodnie z właściwościami chemicznymi. Trzeci poziom ATC grupuje leki o tych samych właściwościach terapeutycznych, mogących

⁶⁹⁹ Obwieszczenie KE, pkt 15 i nast.

⁷⁰⁰ Obwieszczenie KE, pkt 20

⁷⁰¹ Obwieszczenie KE, pkt 25 i nast.

⁷⁰² Art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie

⁷⁰³ Art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie

stanowić substytuty w leczeniu dolegliwości. Dlatego generalnie Komisja Europejska przyjmuje ten poziom klasyfikacji leków jako podstawę do określenia rynku właściwego⁷⁰⁴, z tego względu, że rynek właściwy produktowo tworzą produkty oceniane jako substytuty.

W decyzji z 8 maja 2000r.⁷⁰⁵ Komisja co prawda potwierdziła, że wystarczające jest zaliczenie produktów do tego samego poziomu klasyfikacji ATC, aby tworzyły ten sam rynek właściwy produktowo, jednakże stwierdziła, że „produkty na receptę oraz te dostępne bez recepty mogą należeć do różnych rynków właściwych, nawet jeśli są one wskazane w tych samych chorobach, z uwagi na różnice między klientami, przepisami prawnymi, ryzykiem w stosowaniu, marketingiem i dystrybucją”⁷⁰⁶. Komisja potwierdziła również bardzo ważną kwestię, że przynależność leku do jednej z grup zależy głównie od decyzji właściwego organu⁷⁰⁷.

Rynek właściwy produktowo nie musi dotyczyć produktów już istniejących, ale może dotyczyć również tych, które dopiero w przyszłości będą przedmiotem obrotu. Komisja stwierdziła jednak, że rynek właściwy dla przyszłych leków („for future products”) nie może być definiowany w taki sam sposób jak dla produktów, które już istnieją na rynku, chyba że produkty te zostaną przez siebie zastąpione⁷⁰⁸.

Natomiast drugi aspekt rynku właściwego – rynek geograficzny w ocenie Komisji oznacza rynek w zasięgu (na poziomie) narodowym⁷⁰⁹. Takie stanowisko Komisji wynika z założenia, że niektóre państwa w sposób pośredni, bądź bezpośredni wpływają na ceny produktów leczniczych. Wpływa to na to, że poziom refundacji z systemów zabezpieczenia społecznego jest różny w każdym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Według Komisji na ukształtowanie specyficznego rynku krajowego mają wpływ takie elementy jak między innymi przepisy dotyczące znaków towarowych, czy system obrotu danymi produktami⁷¹⁰.

⁷⁰⁴ *Raport z badania rynku hurtowego obrotu lekami w Polsce*, Warszawa 2006, s. 6; zob. przywołane tam decyzje Komisji; por. definicję importu równoległego w art. 2 pkt 7b PrFarm

⁷⁰⁵ Decyzja Komisji z 8.05.2000r. w sprawie COMP/M.1846 - Glaxo Wellcome /Smithkline Beecham, Dz. Urz. UE z 2000r., C 170, s. 6; dalej jako: decyzja w sprawie Glaxo Wellcome

⁷⁰⁶ „Prescription medicines and OTC products can belong to different markets, even if they are indicated in the same diseases because the customers, the legal background, the inherent risk, the marketing and distribution may be different”; pkt 14 decyzji w sprawie Glaxo Wellcome; tłumaczenie własne

⁷⁰⁷ „The allocation of a medicine to the prescription or the OTC segment is based on decisions by the authorities”; pkt 14 decyzji w sprawie Glaxo Wellcome; tłumaczenie własne

⁷⁰⁸ Decyzja Komisji z 9.08.2001r. w sprawie COMP/M.2517 - Bristol Myers Squibb / Du Pont, Dz. Urz. UE z 2001r., C 367, s. 30, pkt 24; dalej jako: decyzja w sprawie Bristol

⁷⁰⁹ Decyzja z sprawie Bristol, pkt 25, zob. również decyzję Komisji z 29.03.2004r. w sprawie COMP/M.3394 - Johnson & Johnson/ Johnson & Johnson MSD Europe, Dz. Urz. UE z 2004r., C 111, s. 9, pkt 17

⁷¹⁰ Decyzja w sprawie Bristol, pkt 25

Jednym z ostatnich wyroków TSUE poruszających kwestię importu równoległego produktów leczniczych jest wyrok w sprawie AstraZeneca. Głównym zarzutem podnoszonym w tym wyroku było niewłaściwe zdefiniowanie rynku właściwego produktowego przez Komisję. W tym miejscu należy przytoczyć okoliczności powstania sporu przedstawione przez TSUE. „AstraZeneca AB i AstraZeneca plc tworzą grupę farmaceutyczną⁷¹¹ działającą na szczeblu ogólnosiwiatowym w sektorze wynalazczości, rozwoju i sprzedaży innowacyjnych produktów farmaceutycznych. Działalność ta koncentruje się w tej dziedzinie przede wszystkim na problematyce zaburzeń żołądkowo - jelitowych. W tym zakresie jeden z głównych produktów sprzedawanych przez AZ jest znany pod nazwą Losec, która to nazwa jest znakiem towarowym używanym dla tego preparatu na większości rynków europejskich. Ten produkt leczniczy na bazie omeprazolu, używany w leczeniu zaburzeń żołądkowo - jelitowych związanych z nadmiernym wydzielaniem kwasów żołądkowych oraz w szczególności w celu aktywnego hamowania wydzielania kwasu solnego w żołądku, był pierwszym na rynku produktem działającym bezpośrednio na pompę protonową, przez którą rozumie się enzym we wnętrzu komórek wykładzinowych na powierzchni ściany żołądka, który to enzym pompuje kwas do żołądka”⁷¹².

Komisja w decyzji z 15 czerwca 2005r. w sprawie postępowania na mocy art. 82 traktatu WE oraz art. 54 porozumienia EOG⁷¹³ stwierdziła, że właściwy rynek produktowy tworzą jedynie tzw. inhibitory pompy protonowej⁷¹⁴, które są lekami sprzedawanymi na receptę i są stosowane w chorobach żołądkowo – jelitowych. Rynek ten nie obejmuje innych produktów leczniczych używanych do leczenia podobnych stanów chorobowych. Sąd przychylił się do rozstrzygnięcia Komisji, co zostało również potwierdzone w wyroku w sprawie AstraZeneca przez TSUE. W uzasadnieniu TSUE stwierdził, że produkty lecznicze należące do tego samego rynku właściwego powinny wywierać na siebie znaczącą presję konkurencyjną, co w omawianym przypadku nie miało miejsca, ponieważ wzrost sprzedaży nowego produktu – IPP - nie był uzależniony od właściwości terapeutycznych produktu istniejącego już na rynku – blokery H2 - „lecz z niepewności co do skutków ubocznych IPP”⁷¹⁵. „Stąd nie można zakładać, iż co do zasady istnieje związek przyczynowo – skutkowy

⁷¹¹ Dalej jako: AZ

⁷¹² Wyrok w sprawie AstraZeneca, pkt 15

⁷¹³ Sprawa COMP/A.37.507/F3 – AstraZeneca (Dz. Urz. UE z 2006r., L 332, s. 24 – 25); dalej jako: decyzja w sprawie AstraZeneca

⁷¹⁴ Dalej jako: IPP

⁷¹⁵ Wyrok w sprawie AstraZeneca, pkt 50

między stopniowym charakterem wzrostu sprzedaży IPP i wywieraną przez blokery H2 na IPP znaczącą presją konkurencyjną”⁷¹⁶.

Z powyższych rozważań wynika, że określenie rynku właściwego (produktowego i geograficznego) jest punktem wyjścia dla dalszych czynności podejmowanych przez organ antymonopolowy. W niektórych przypadkach z uwagi na bogatą strukturę produktową i podmiotową (chodzi tutaj o przedsiębiorców) jest to zadanie trudne i pracochłonne.

3. Praktyki ograniczające konkurencję w prawie unijnym i w prawie polskim

Regulacja prawna zakazu praktyk ograniczających konkurencję znajduje się w prawie pierwotnym Unii Europejskiej, tj. w art. 101 i nast. TFUE oraz w prawie krajowym tj. w art. 6 i nast. ustawy o ochronie. Pod tym pojęciem należy rozumieć dwa rodzaje zakazanych praktyk⁷¹⁷. Są to: porozumienia ograniczające konkurencję⁷¹⁸ oraz nadużywanie pozycji dominującej⁷¹⁹.

Wyodrębnienie tych rodzajów działań antykonkurencyjnych ma swoją podstawę w odmienności ich celów i zakresów zastosowania. O ile porozumienia (i inne czynności wskazane w tym przepisie) polegają na grupowym działaniu kilku przedsiębiorstw po to aby uzyskać przewagę rynkową, o tyle nadużywanie pozycji dominującej rozumiane jest jako działanie przede wszystkim jednostronne⁷²⁰. Pomimo tych i kilku innych różnic należy wyraźnie podkreślić, że trzy przesłanki stosowania przepisów art. 101 i 102 TFUE są jednakowe, dlatego też zostaną omówione w pierwszej kolejności.

Zgodnie z wykładnią językową przepisów art. 101 i 102 TFUE praktyki antykonkurencyjne mogą być wykonywane jedynie przez przedsiębiorstwa. Podążając za poglądem A. Jurkowskiej – Gomułka można uznać tożsamość pojęć „przedsiębiorstwo” znajdujących się w art. 101 i 102 TFUE⁷²¹. Istotność tej przesłanki wyraża się w tym, że pojęcie „przedsiębiorstwa” wyznacza zakres podmiotowy stosowania przepisów prawa unijnego i prawa polskiego regulujących zakaz praktyk ograniczających konkurencję.

⁷¹⁶ Wyrok w sprawie AstraZeneca, pkt 48

⁷¹⁷ I tylko te praktyki ograniczające konkurencję są zakazane

⁷¹⁸ Art. 101 TFUE oraz art. 6 ustawy o ochronie

⁷¹⁹ Art. 102 TFUE oraz art. 9 ustawy o ochronie

⁷²⁰ Wskazuje się również na kolektywne nadużywanie pozycji dominującej – o czym w dalszej części rozdziału

⁷²¹ A. Jurkowska – Gomułka (w:) A. Wróbel, *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, t. II*, Warszawa 2012, s. 322

TSUE wielokrotnie w swoich orzeczeniach wskazywał jakie elementy powinny być brane pod uwagę przy kwalifikacji danego podmiotu jako przedsiębiorstwa. Stanowisko zawarte w wyroku w sprawie Höfner i Fritz⁷²² opiera się na założeniu, że „w kontekście polityki konkurencji pojęcie przedsiębiorstwa obejmuje wszystkie jednostki zaangażowane w działalność gospodarczą, niezależnie od ich statusu prawnego i sposobu finansowania”⁷²³. Forma organizacyjno-prawna w zasadzie nie wpływa na to, czy podmiot prawa jest przedsiębiorcą. Liczy się przede wszystkim fakt prowadzenia działalności gospodarczej i co ważne, podmiot jest przedsiębiorcą tylko w tym zakresie w jakim prowadzi działalność gospodarczą⁷²⁴. Natomiast za przedsiębiorcę, według TSUE, nie można uznać podmiotu, którego działalność opiera się na wykonywaniu wyłącznie funkcji społecznych i z której to działalności nie czerpie się dochodu⁷²⁵.

W opinii TSUE przedsiębiorstwem jest również sieć pojedynczych – formalnie niezależnych od siebie osób, pod warunkiem „że przez wzajemne gospodarcze powiązania tworzą wspólnie jedną jednostkę gospodarczą zachowującą się na rynku jednolicie, realizując wspólnie tożsamy cel gospodarczy”⁷²⁶.

Należy podkreślić, że przy kwalifikacji działalności jako działalności gospodarczej element zysku nie odgrywa znaczącej roli, ponieważ najważniejszy jest sam charakter działalności gospodarczej, z uwagi na fakt konkurencji z ofertami innych przedsiębiorstw kierujących się celem zarobkowym⁷²⁷.

⁷²² wyrok z 23.04.1991r. w sprawie pomiędzy Klaus Höfner and Fritz Elser a Macrotron GmbH, Zb. Orz. 1991, s. 1979, C – 41/90; dalej jako: wyrok w sprawie Höfner i Fritz

⁷²³ Wyrok w sprawie Höfner i Fritz, pkt 21; zob. również wyrok z 17.02.1993r. w sprawach połączonych pomiędzy Christian Poucet a Assurances Générales de France and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon, Zb. Orz. 1993, s. 637, C-159/91 i 160/91, pkt 17; dalej jako: wyrok w sprawie Christian Poucet oraz wyrok z 19.01.1994r. w sprawie pomiędzy SAT Fluggesellschaft mbH a Eurocontrol, Zb. Orz. 1994, s. 43 C-364/92, pkt 18; dalej jako: wyrok w sprawie SAT; cyt. za: J. Maliszewska – Nienartowicz, *Pozycja dominująca przedsiębiorstwa i jej nadużycie w świetle orzeczeń sądów wspólnotowych*, Prawo Unii Europejskiej 2004, nr 7 – 8, s. 39 i 45

⁷²⁴ Wyrok z 16.03.2004r. w sprawie pomiędzy AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen eV, Verband der Arbeiter Ersatzkassen, Bundesknappschaft, See Krankenkasse a Ichthyol Gesellschaft Cordes, Hermani & Co., C 264/01, Mundipharma GmbH, C 306/01, Gödecke GmbH, C 354/01, Intersan, Institut für pharmazeutische und klinische Forschung GmbH, C 355/01, Zb. Orz. 2004, s. I – 02493, pkt 58

⁷²⁵ Zob. wyrok w sprawie Christian Poucet oraz wyrok w sprawie SAT; cyt. za: J. Maliszewska – Nienartowicz, *Pozycja...*, *op. cit.*, s. 39 - 40

⁷²⁶ Wyrok z 12.07.1984r. w sprawie pomiędzy Hydrotherm a Compact, Zb. Orz. 1984, s. 02999, 170/83, pkt 11; wyrok Sądu z 16.12.1999r. w sprawie pomiędzy Micro Leader Business a Komisja, Zb. Orz. 1999, s. II – 03989, T – 198/98, pkt 38; wyrok Sądu z 30.09.2003r. w sprawie pomiędzy Manufacture française des pneumatiques Michelin a Komisja, Zb. Orz. 2003, s. II – 4071, T – 203/01, pkt 290; cyt. za: G. Materna (w:) A. Wróbel, *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, t. II*, Warszawa 2012, s. 205

⁷²⁷ Zob. wyrok z 10.01.2006r. w sprawie pomiędzy Ministero dell’Economia e delle Finanze a Cassa di Risparmio di Firenze SpA i in., Zb. Orz. 2006, s. I – 289, C – 222/04, pkt 122 – 123 oraz wyrok z 1.07.2008r. w sprawie pomiędzy Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) a Elliniko Dimosio, wyrok dostępny

Natomiast zakres podmiotowy ustawy o ochronie wyznacza pojęcie „przedsiębiorcy”, które odpowiada pojęciu „przedsiębiorstwo”⁷²⁸. Definicja pojęcia „przedsiębiorca” składa się z dwóch części. Pierwszy człon stanowi odwołanie do definicji pojęcia „przedsiębiorcy” z ustawy o swobodzie⁷²⁹. Drugi zaś stanowi wyliczenie podmiotów, które na podstawie ustawy o ochronie zyskują status przedsiębiorcy⁷³⁰. Ustawodawca niewątpliwie chciał objąć szeroki krąg podmiotów, które byłyby związane przepisami ustawy o ochronie, jednakże moim zdaniem, na co wskazują również przedstawiciele doktryny⁷³¹, definicja pojęcia „przedsiębiorcy” nie jest logiczna wewnątrznie przede wszystkim z uwagi na art. 4 pkt 1 lit. b ustawy o ochronie, którego treść zawiera się w definicji przedsiębiorcy z ustawy o swobodzie.

Prawodawca unijny w przepisie art. 101 TFUE posługuje się również zwrotem „związek przedsiębiorstw” dla określenia zakresu podmiotowego zakazanych praktyk. W doktrynie pojęcie to jest rozumiane jako „każda jednostka organizacyjna niezależnie od tego, czy posiada ona osobowość prawną, która grupuje samodzielnie podejmujące decyzje gospodarcze przedsiębiorstwa”⁷³². W polskim prawie „związek przedsiębiorców” oznacza izby, zrzeszenia, inne organizacje przedsiębiorców oraz związki takich organizacji⁷³³.

Drugą wspólną przesłanką zastosowania przepisów dotyczących działań antykonkurencyjnych jest pojęcie „wpływu na handel między państwami członkowskimi”⁷³⁴. Poprawne rozumienie tej przesłanki jest ważne z tego względu, że jeżeli dana praktyka wpływa na handel tylko wewnątrz jednego państwa członkowskiego, to może być zakazana przez prawo krajowe tego państwa, co przekłada się na wyłączenie zastosowania unijnego prawa konkurencji. Takie stanowisko przyjął TSUE w wyroku w sprawie *Société Technique*

na stronie internetowej pod adresem <http://eur-lex.europa.eu/JURISIndex.do?ihmlang=pl>, C – 49/07, pkt 27; cyt. za: cyt. za: G. Materna (w:)...*op. cit.*, s. 120

⁷²⁸ A. Powałowski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 233

⁷²⁹ Zob. art. 4 ustawy o swobodzie

⁷³⁰ Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie przedsiębiorcą jest także:

- a) „osoba fizyczna, osoba prawna, a także jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie,
- b) osoba fizyczna wykonująca zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadząca działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,
- c) osoba fizyczna, która posiada kontrolę, w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13 ustawy o ochronie,
- d) związek przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 2 ustawy o ochronie – na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów”

⁷³¹ Zob. A. Powałowski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 234

⁷³² D. Miąsik (w:) A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, t. II*, Warszawa 2012, s. 339

⁷³³ Art. 4 pkt 2 ustawy o ochronie

⁷³⁴ Pojęcie to odgrywa również kluczowe znaczenie w przypadku równoległego stosowania przepisów prawa ochrony konkurencji przez unijne i krajowe organy konkurencji - o czym w dalszej części rozdziału

Miniere⁷³⁵. W wyroku w sprawie Société Technigue Miniere TSUE po raz pierwszy zajął się wykładnią terminu „wpływ na handel”⁷³⁶. Spełnienie tej przesłanki, w opinii TSUE, następuje wtedy, gdy „na podstawie obiektywnych czynników prawnych lub faktycznych można z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa przewidzieć, że dane porozumienie może mieć wpływ, bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie, na warunki handlu między państwami członkowskimi”⁷³⁷. Przede wszystkim należy skupić się na ocenie całego porozumienia pod kątem jego możliwego wpływu na handel. W przypadku wyniku pozytywnego całe porozumienie będzie podlegało unijnym regułom konkurencji, bez względu na to, czy część porozumienia oceniana odrębnie nie oddziałuje na handel wewnątrz Unii Europejskiej⁷³⁸. W wyroku w sprawie Petrofina⁷³⁹ Sąd wyraził pogląd, zgodnie z którym odpowiedzialność wynikająca z obecnego przepisu art. 101 TFUE nie jest wyłączona nawet w przypadku nieznacznego wpływu na handel wywołanego przez działanie jednej ze stron porozumienia⁷⁴⁰. Natomiast jeżeli nadużywanie pozycji dominującej składa się z kilku zakazanych praktyk ukierunkowanych na ograniczenie konkurencji, przepis art. 102 TFUE będzie miał zastosowanie, jeżeli co najmniej jedna z tych praktyk będzie mogła wpłynąć na handel między państwami członkowskimi⁷⁴¹.

Treść tej przesłanki wyznacza również zakres obowiązków unijnych i krajowych organów antymonopolowych i wskazuje, który organ jest kompetentny do prowadzenia postępowania w sprawie praktyk naruszających konkurencję. W przypadku uznania, że porozumienia⁷⁴² mogą wpływać na handel⁷⁴³ między państwami członkowskimi Unii Europejskiej krajowe organy właściwe do spraw ochrony konkurencji oraz sądy krajowe są obowiązane stosować unijne przepisy dotyczące praktyk naruszających konkurencję⁷⁴⁴. Jednakże reguła konwergencji, wyrażona w art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 nie pozwala na zakazanie porozumień (za pomocą krajowych reguł konkurencji), jeżeli takie praktyki

⁷³⁵ Wyrok z 30.06.1966r. w sprawie pomiędzy Société Technigue Miniere a Maschinenbau Ulm, Zb. Orz. 1966, s. 234, 56/65; dalej jako: wyrok w sprawie Société Technigue Miniere; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 24

⁷³⁶ K. Kowalik – Bańczyk, *Pojęcie wpływu na handel w decyzjach Prezesa UOKiK*, Europejski Przegląd Sądowy 2010 nr 5, s. 35

⁷³⁷ Wyrok w sprawie Société Technigue Miniere; wyrok z 11.07.1985r. w sprawie pomiędzy Remia a Komisja, Zb. Orz. 1985r., s. 2545, 42/84; wyrok z 28.04.1998r. w sprawie pomiędzy Javico a Yves Saint – Laurent, Zb. Orz. 1998, s. I – 1997, C - 306/96; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 24

⁷³⁸ K. Kowalik – Bańczyk, *Pojęcie...*, *op. cit.*, s. 35

⁷³⁹ Wyrok Sądu z 24.10.1991r. w sprawie Petrofina, Zb. Orz. 1991, s. II – 1087, T – 2/89; dalej jako: wyrok w sprawie Petrofina; cyt. za: K. Kowalik – Bańczyk, *Pojęcie...*, *op. cit.*, s. 35

⁷⁴⁰ Wyrok w sprawie Petrofina, pkt 226; cyt. za: K. Kowalik – Bańczyk, *Pojęcie...*, *op. cit.*, s. 35

⁷⁴¹ Wyrok w sprawie Hoffmann – La Roche, pkt 126; cyt. za: K. Kowalik – Bańczyk, *Pojęcie...*, *op. cit.*, s. 35

⁷⁴² Dotyczy to również decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych - w rozumieniu art. 101 TFUE

⁷⁴³ W rozumieniu wskazanym wyżej

⁷⁴⁴ Art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003

mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, ale z drugiej strony nie ograniczają konkurencji ani też nie wypełniają przesłanek wskazanych w przepisie art. 101 ust. 3 TFUE. Aczkolwiek państwa członkowskie nie zostały ograniczone w możliwości uchwalania bardziej restrykcyjnych przepisów „zakazujących lub przewidujących sankcje za jednostronne praktyki stosowane przez przedsiębiorstwa”⁷⁴⁵.

Modyfikacja wykonywania unijnych reguł konkurencji oraz poszerzenie Unii Europejskiej w 2004r. wpłynęło na wydanie przez Komisję obwieszczenia zawierającego wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel między państwami członkowskimi występującego w art. 81 i 82 TWE⁷⁴⁶ (obecnie są to odpowiednio art. 101 i 102 TFUE), w którym Komisja dokonała analizy dotychczasowego orzecznictwa TSUE w zakresie pojęcia „wpływu na handel”. Stwierdziła w nich, że zakazana praktyka może wywierać wpływ jedynie na część terytorium państwa członkowskiego, które oczywiście nie musi się pokrywać z geograficznym rynkiem właściwym, pod warunkiem że wpływ ten jest odczuwalny⁷⁴⁷.

Oceniając wpływ praktyki między przedsiębiorstwami na handel pożądanym jest stosowanie testu, stanowiącego zbiór reguł wypracowanych przez TSUE, który zawiera następujące składowe:

- „dostateczne prawdopodobieństwo wpływu na podstawie zestawu obiektywnych czynników prawnych i faktycznych;
- wpływ na przebieg handlu między państwami członkowskimi;
- bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny charakter wpływu na handel”⁷⁴⁸.

Trzecią wspólną przesłanką jest wymóg zakłócenia konkurencji na rynku wewnętrznym. Przyjmuje się, że zakazy traktatowe z art. 101 i 102 TFUE mają zastosowanie eksterytorialne. W związku z tym najważniejszy jest skutek działań antykonkurencyjnych, a nie status podmiotu dokonującego naruszeń, czy miejsca ich dokonania. Powoduje to przede wszystkim możliwość uznania zawartych porozumień za ograniczających konkurencję oraz zakazania nadużywania pozycji dominującej przez przedsiębiorstwa mające swoją siedzibę w państwie trzecim⁷⁴⁹.

⁷⁴⁵ Art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003

⁷⁴⁶ Dz. Urz. UE 2004 C 101/81; dalej jako: wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne..., op. cit.*, s. VI - 25

⁷⁴⁷ Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel, pkt 21 i 22; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne..., op. cit.*, s. VI - 25

⁷⁴⁸ Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel, pkt 24; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne..., op. cit.*, s. VI - 25

⁷⁴⁹ A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne..., op. cit.*, s. VI - 26

3. 1. Porozumienia ograniczające konkurencję

Jak już wspomniałam, jedną z praktyk antykonkurencyjnych wyróżnionych przez prawodawcę unijnego i polskiego są porozumienia ograniczające konkurencję.

Zasadą jest, że porozumienia lub decyzje zakazane na podstawie art. 101 TFUE są nieważne z mocy prawa⁷⁵⁰. Natomiast wyjątkiem jest możliwość wyjęcia spod ogólnego zakazu porozumień, które wywołują pozytywne skutki w innych dziedzinach niż konkurencja. Ustawodawca unijny wyraźnie podaje przykłady i charakter takich korzyści: przyczynienie się „do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników słusznej części zysku”⁷⁵¹. Dlatego też poprawne jest stwierdzenie, że porozumienia ograniczające konkurencję posiadają cechę generalności i względności⁷⁵². Należy podkreślić, że w nowym systemie bazującym na rozporządzeniu 1/2003 porozumienia, które spełniają przesłanki wymienione w art. 101 ust. 3 TSUE są legalne z mocy samego prawa lub na podstawie odpowiednich. Dane porozumienie oprócz spełnienia przesłanek pozytywnych wskazanych wyżej nie może nakładać na przedsiębiorstwa zbyt daleko idących ograniczeń (powinny one odpowiadać zasadzie proporcjonalności⁷⁵³ oraz nie mogą zmierzać do wyłączenia konkurencji na znacznej części rynku⁷⁵⁴. W tym miejscu należy podkreślić, że na tle stosowania art. 101 TFUE widoczny jest spór w doktrynie i orzecznictwie co do roli i znaczenia tzw. „reguły rozsądku”, jako mechanizmu pozwalającemu wybrać najkorzystniejsze skutki porozumienia – pro - albo antykonkurencyjne⁷⁵⁵.

Zagadnienie porozumień między przedsiębiorstwami można rozumieć dwojako. Z jednej strony są to porozumienia, których stronami są konkurenci działający na tym samym szczeblu obrotu – są to tzw. porozumienia horyzontalne⁷⁵⁶. Natomiast relacja między podmiotami niebędącymi konkurentami nosi nazwę porozumienia wertykalnego⁷⁵⁷.

⁷⁵⁰ Art. 101 ust. 2 TFUE

⁷⁵¹ Art. 101 ust. 3 TFUE

⁷⁵² T. Skoczny, *Zakaz praktyk ograniczających konkurencję* (w:) J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2006, s. 343

⁷⁵³ Zob. m.in. wyrok Sądu z 15.07.1994r. w sprawie pomiędzy Matra Hachette a Komisja, Zb. Orz. 1994, s. II – 595, T – 17/93, pkt 38; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 42

⁷⁵⁴ Zob. art. 101 ust. 3 lit. a i b TFUE

⁷⁵⁵ D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kraków 2004, s. 204

⁷⁵⁶ Zob. wyrok z 20.11.2008r. w sprawie pomiędzy Competition Authority a Beef Industry Development Society Ltd., Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd., Zb. Orz. 2008, s. I – 8637, C – 209/07; dalej jako: wyrok w sprawie Competition Authority; wyrok z 23.11.2006r. w sprawie pomiędzy Asnef – Equifax i inni a Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), Zb. Orz. 2006, s. I – 11125, C – 238/05; wyrok z 16.12.1975r. w

Poza występowaniem przesłanek omówionych wyżej do uznania porozumienia zawartego między przedsiębiorstwami za ograniczającego konkurencję należy wykazać istnienie dwóch kolejnych odrębnych przesłanek, które zaprezentuję poniżej.

Prawodawca unijny w art. 101 TFUE wskazał formy współpracy przedsiębiorstw. TSUE wielokrotnie w swoich orzeczeniach wskazywał sposób interpretacji pojęć: „porozumienia między przedsiębiorstwami”, „decyzje związków przedsiębiorstw” i „praktyki uzgodnione”. Tytułem wprowadzenia należy wskazać, że charakter powyższych form z subiektywnego punktu widzenia jest identyczny, a różnica tkwi w natężeniu i postaciach, w których występują w obrocie gospodarczym⁷⁵⁸.

Porozumienia między przedsiębiorstwami, jak sama nazwa wskazuje, są to głównie działania grupowe bez względu jednak na formę ich zawarcia i zasięg oddziaływania⁷⁵⁹. Wynika z tego, że pod pojęciem „porozumienia” można rozumieć zarówno typowe dwustronne lub wielostronne umowy, jak i porozumienia o charakterze nieformalnym⁷⁶⁰. Na podstawie konkretnych stanów faktycznych TSUE uznał, że do zawarcia porozumienia nie jest wymagana forma pisemna – wystarczająca jest forma ustna⁷⁶¹ oraz że porozumieniem są także umowy, które utraciły ważność⁷⁶², jak również czynności, które *prima facie* są działaniami jednostronnymi⁷⁶³. W zakresie uznania działania jednostronnego za porozumienie w działalności TSUE ukształtowały się dwie wyraźne linie orzecznicze. We wcześniejszych orzeczeniach TSUE przesądził, że czynności rzekomo jednostronne, aby mogły być uznane za porozumienie powinny być wydawane w ramach stałych stosunków handlowych, czyli ich podstawą powinny być wcześniej zawarte porozumienia z innymi podmiotami

sprawach połączonych pomiędzy Suiker Unie a Komisja, Zb. Orz. 1975, s. 1995, 40 – 48, 50, 54 – 56, 111, 113, 114/73; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 37

⁷⁵⁷ Zob. wyrok z 2.04.2009r. w sprawie pomiędzy Perdo IV Servicios SL a Total Espana, Zb. Orz. 2009, s. I – 2437, C – 260/07; wyrok z 13.07.2006r. w sprawie pomiędzy Komisja a Volkswagen, Zb. Orz. 2006, s. I- 6585, C – 74/04 P; dalej jako: wyrok w sprawie Volkswagen; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 37

⁷⁵⁸ Wyrok z 4.06.2009r. w sprawie pomiędzy T Mobile Netherlands BV i in. a Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, wyrok dostępny na stronie internetowej pod adresem, <http://eur-lex.europa.eu/JURISINDEX.do?ihmlang=pl>, C – 8/08, pkt 23; dalej jako: wyrok w sprawie T Mobile

⁷⁵⁹ T. Skoczny, *Zakaz...*, *op. cit.*, s. 345

⁷⁶⁰ Wyrok z 15.07.1970r. w sprawie pomiędzy ACF Chemiefarma a Komisja, Zb. Orz. 1979, s. 693, 41/69; dalej jako: wyrok w sprawie ACF Chemiefarma; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 30

⁷⁶¹ Wyrok z 20.06.1978r. w sprawie pomiędzy Tepea a Komisja, Zb. Orz. 1978, s. 1391, 28/77; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 30

⁷⁶² Wyrok z 3.07.1985r. w sprawie pomiędzy Binon a Agence et Messageries de la Presse, Zb. Orz. 1985, s. 2015, 243/83; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 31

⁷⁶³ Wyrok z 11.01.1990r. w sprawie pomiędzy Sandoz a Komisja, Zb. Orz. 1990, s. I – 45, C – 277/87; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 31

(dystrybutorami)⁷⁶⁴ oraz że poprzez wydawanie aktów jednostronnych przedsiębiorstwo ma zamiar wpływać na zachowania swoich kontrahentów, co oni akceptują⁷⁶⁵. Zarówno Sąd, jak i TSUE zmodyfikowały swoje stanowisko w wyrokach w sprawie Volkswagen⁷⁶⁶. Sąd uznał, że dla zastosowania art. 101 TFUE do aktów pozornie jednostronnych potrzebna jest zgoda (wyrażna lub dorozumiana) pozostałych partnerów handlowych podmiotu dokonującego czynności uznanej faktycznie za porozumienie⁷⁶⁷. Podobną koncepcję przyjął TSUE, w której uznał, że zawiązanie umowy między producentem i dystrybutorem nie może być interpretowane jako dorozumiana zgoda dystrybutora na kierowanie do niego wytycznych przez producenta⁷⁶⁸.

Forma decyzji wydawanej przez osoby uprawnione do reprezentowania zrzeszeń przedsiębiorstw nie jest jednorodna, ponieważ może ona przybrać formę między innymi statutu lub reguł jego stosowania⁷⁶⁹. W literaturze przedmiotu wskazuje się na wiążący charakter decyzji w stosunku do członków związku przedsiębiorstw⁷⁷⁰, chociaż sądy Unii Europejskiej za decyzję uznają również zalecenia, mające przecież charakter niewiązący⁷⁷¹.

Natomiast przesłanka zakazanej kooperacji w postaci „praktyki uzgodnionej” jest brana pod uwagę w sytuacji niemożności udowodnienia istnienia porozumienia między przedsiębiorstwami albo decyzji związku przedsiębiorstw. Dzięki takiej regulacji prawnej obejście zakazu dotyczącego praktyk ograniczających konkurencję jest prawie niemożliwe⁷⁷². Praktyka uzgodniona nie stanowi umowy w ścisłym tego słowa znaczeniu, świadczy jednak o współpracy między przedsiębiorstwami, która może zagrozić konkurencji⁷⁷³. Praktyczne znaczenie wyroku w sprawie T Mobile pozwala na wskazanie cech charakterystycznych dla uzgodnionej praktyki⁷⁷⁴. Należy wyróżnić tutaj przede wszystkim przejaw uzgodnienia,

⁷⁶⁴ Uznał za właściwe stanowisko Sądu wyrażone w wyroku z 26.10.2000r. w sprawie pomiędzy Bayer AG a Komisja, Zb. Orz. 2000, s. II-03383, T – 41/96, pkt 70

⁷⁶⁵ Zob. wyrok w sprawie ACF Chemiefarma, pkt 112

⁷⁶⁶ Wyrok Sądu z 3.12.2003r. w sprawie pomiędzy Volkswagen AG a Komisja, Zb. Orz. 2003, s. II – 05141, T-208/01; dalej jako: wyrok Sądu w sprawie Volkswagen; cyt. za: G. Materna (w):..., op. cit., s. 219

⁷⁶⁷ Wyrok Sądu w sprawie Volkswagen, pkt 36

⁷⁶⁸ Wyrok w sprawie Volkswagen, pkt 36

⁷⁶⁹ A. Cieśliński, *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 458; cyt. za: M. Stefaniuk, *Publicznoprawne...*, op. cit., s. 154

⁷⁷⁰ M. Stefaniuk, *Publicznoprawne...*, op. cit., s. 154

⁷⁷¹ Wyrok z 29.10.1980r. w sprawach połączonych pomiędzy Heintz van Landewyck SARL i inni a Komisja, Zb. Orz. 1980, s. 3125, 209 – 215 i 218/78; wyrok z 11.07.1986r. w sprawie pomiędzy Belasco a Komisja, Zb. Orz. 1989, s. 2117, 246/86; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, op. cit., s. VI - 31

⁷⁷² T. Skoczny, *Zakaz...*, op. cit., s. 345

⁷⁷³ Wyrok w sprawie T Mobile, pkt 26

⁷⁷⁴ M. Sieradzka, *Uzgodniona praktyka w świetle art. 81 ust. 1 TWE*, Glosa 2010, nr 2, s. 99

obiektywny cel do spełnienia którego dążą przedsiębiorstwa⁷⁷⁵ oraz formy do których zalicza się „naruszenia ze względu na cel” oraz „naruszenia ze względu na skutek”⁷⁷⁶.

Drugą przesłanką istotną jedynie dla art. 101 TFUE jest to, aby celem lub skutkiem porozumień między przedsiębiorstwami⁷⁷⁷ było „zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego”⁷⁷⁸. W tym znaczeniu zapobieżenie konkurencji oznacza „całkowite jej wyeliminowanie”⁷⁷⁹, „ograniczenie” zaś wywiera mniejszy skutek, co znaczy, że wyłączenie mechanizmu konkurencji następuje jedynie w pewnej części⁷⁸⁰. „Zakłócenie” będzie miało miejsce w tych wszystkich sytuacjach, w których co prawda wolna konkurencja jest naruszona, ale brakuje podstaw do stwierdzenia jej wyeliminowania lub ograniczenia⁷⁸¹. Z tego względu rzadko będzie ona uznana za przesłankę samoistną⁷⁸².

Sformułowanie „cel lub skutek” świadczy o obowiązku alternatywnego, a nie kumulatywnego spełnienia. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem TSUE najpierw należy przeanalizować cel uzgodnionej praktyki w rzeczywistości gospodarczej w jakiej jest prowadzona. Dopiero stwierdzenie braku wystarczającego wskaźnika dla szkodliwości konkurencji pozwala na zbadanie skutków porozumienia. Jednakże „do objęcia zakazem wymagane jest spełnienie przesłanek, które wskazują na faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny sposób”⁷⁸³. Dlatego zbędne jest dokonywanie oceny skutków porozumienia, jeżeli stwierdzi się, że ich celem było naruszenie konkurencji poprzez jej zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie⁷⁸⁴.

Podstawa wyodrębnienia „naruszeń ze względu na cel” i „naruszeń ze względu na skutek” wiąże się z założeniem, że już sam charakter porozumienia między przedsiębiorstwami może wyrzucić negatywne konsekwencje dla prawidłowego mechanizmu konkurencji⁷⁸⁵. Cel o którym mowa w art. 101 TFUE jest celem obiektywnym, a nie subiektywnym. Bez znaczenia jest zamiar stron, który był podstawą zawarcia porozumienia

⁷⁷⁵ Wyrok w sprawie T Mobile, pkt 27

⁷⁷⁶ M. Sieradzka, *Uzgodniona...*, *op. cit.*, s. 100

⁷⁷⁷ Dotyczy to również decyzji związków przedsiębiorstw oraz praktyk uzgodnionych

⁷⁷⁸ Art. 101 ust. 1 TFUE

⁷⁷⁹ Wyrok z 25.03.1981r. w sprawie pomiędzy Coöperative Stremsel-en Kleurselafabrik a Komisja, Zb. Orz. 1980, s. 851, 61/80; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 32

⁷⁸⁰ *Ibidem*, s. VI - 32

⁷⁸¹ T. Skoczny, *Zakaz...*, *op. cit.*, s. 346

⁷⁸² Wyrok z 20.05.1987r. w sprawie pomiędzy ANTIB a Komisja, Zb. Orz. 1987, s. 2201, 272/85; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 32

⁷⁸³ Wyrok w sprawie T Mobile, pkt 28

⁷⁸⁴ Wyrok z 21.09.2006r. w sprawie pomiędzy Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied a Komisja, Zb. Orz. 2006, s. I – 8725, C – 105/04 P, pkt 136

⁷⁸⁵ Wyrok w sprawie T Mobile, pkt 29

oraz fakt, która ze stron wysunęła zamiar jego zawiązania⁷⁸⁶. Natomiast „naruszeniami ze względu na skutek” są te porozumienia, których zakazanie jedynie ze względu na cel jest nieprawidłowe, wymagane jest ponadto wskazanie antykonkurencyjnego skutku mogącego wystąpić na rynku. Jednak dla wykazania takiego skutku potrzebne jest przeprowadzenie szczegółowej analizy ekonomicznej dotyczącej głównie rynku właściwego⁷⁸⁷.

Omówione wyżej przesłanki nie są jedynymi, jakie należy wziąć pod uwagę przy kwalifikacji określonej formy współpracy między przedsiębiorstwami jako praktyki zakazanej. Niepisaną, choć wyraźnie wyróżnioną w orzecznictwie TSUE jest przesłanka odczuwalności, którą można charakteryzować przez pryzmat kryteriów jakościowych⁷⁸⁸ oraz ilościowych⁷⁸⁹. Uwzględnienie jej pozwala na zakazanie tylko tych porozumień w znaczeniu wskazanym w art. 101 TFUE, których „celem lub skutkiem jest odczuwalne ograniczenie konkurencji”⁷⁹⁰. Przekłada się to na wyróżnienie tzw. porozumień bagatelnych, które tylko w niewielkim – nieodczuwalnym stopniu oddziałują na konkurencję⁷⁹¹. Komisja w Obwieszczeniu w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (de minimis)⁷⁹² poprzez określenie progów udziałów rynkowych wskazała jakie porozumienia nie wpływają negatywnie na konkurencję w sposób odczuwalny. Należy wspomnieć, że progi udziałów zostały ustalone osobno dla porozumień horyzontalnych⁷⁹³ i wertykalnych⁷⁹⁴.

W formie katalogu otwartego, poprzez użycie sformułowania „w szczególności” zostały wyliczone przykładowe formy porozumień (decyzji/praktyk), które są zakazane na

⁷⁸⁶ G. Materna, (w:)..., op. cit., s. 230

⁷⁸⁷ *Ibidem*, s. 233

⁷⁸⁸ Są to kryteria związane z wejściem na rynek – zob. wyrok z 14.05.1975r. w połączonych sprawach pomiędzy Kali und Salz AG i Kali – Chemie AG a Komisja, Zb. Orz. 1975, s. 4990, 19 i 20/74; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, op. cit., s. VI - 33

⁷⁸⁹ Odnoszą się one przede wszystkim do współczynnika udziału w rynku – zob. wyrok z 29.03.1983r. w sprawie pomiędzy AEG – Telefunken a Komisja, Zb. Orz. 1983, s. 3151, 107/82; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, op. cit., s. VI - 33

⁷⁹⁰ Wyrok w sprawie Société Technigue Miniere; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, op. cit., s. VI - 33

⁷⁹¹ A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, op. cit., s. VI - 33

⁷⁹² Dz. Urz. WE 2001 C 368/07; dalej jako: obwieszczenie w sprawie porozumień

⁷⁹³ Inaczej określane jako: porozumienia między konkurentami. W takim przypadku, zgodnie z pkt 7a obwieszczenia w sprawie porozumień – porozumienia wpływające na handel między państwami członkowskimi nie ograniczają konkurencji w sposób odczuwalny „jeżeli łączny udział rynkowy posiadany przez strony porozumienia nie przekracza 10 % na żadnym z rynków, których dotyczy porozumienie”

⁷⁹⁴ W przypadku porozumień między niekonkurentami „udział rynkowy posiadany przez każdą ze stron porozumienia nie może przekroczyć 15 % na żadnym z odnośnych rynków, których porozumienie dotyczy” aby porozumienie nie ograniczało konkurencji w sposób odczuwalny – pkt 7b obwieszczenia w sprawie porozumień

rynku wewnętrznym. W pewnym zakresie polski ustawodawca powielił treść katalogu w ustawie o ochronie, poszerzając go jednak o dwa punkty.

Bez wątpienia formami, które najpoważniej mogą zagrozić wolnej konkurencji są: kartele cenowe, ograniczenia kontyngentowe i ograniczenia podziałowe⁷⁹⁵. Istotą karteli (porozumień) cenowych⁷⁹⁶ jest umawianie się przedsiębiorstw co do ceny oraz innych warunków, które mają wpływ na dokonanie zakupu lub sprzedaży danego towaru⁷⁹⁷. Przedsiębiorstwa zawierając porozumienia kontyngentowe⁷⁹⁸ ustalają ograniczenia lub przejmują kontrolę nad rynkiem produkcji lub zbytu, postępowaniem technicznym, inwestycjami⁷⁹⁹. Natomiast porozumienia podziałowe⁸⁰⁰ polegają na podziale zbytu lub zakupu (jako źródeł zaopatrzenia) według kryteriów produktowych lub geograficznych⁸⁰¹.

Kolejnym typem porozumienia są porozumienia dyskryminacyjne⁸⁰² opierające się na nierównym, tj. na niejednakowym traktowaniu innych podmiotów znajdujących się w podobnych sytuacjach („partnerów handlowych”, „osób trzecich”), co wpływa na ukształtowanie nierównych warunków konkurencji⁸⁰³. Przedsiębiorstwa w swoich kontaktach handlowych często uzależniają zawarcie umowy od innych czynników. Na gruncie unijnego i polskiego prawa ochrony konkurencji zakazaną praktyką jest uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia przez drugą stronę transakcji świadczenia niemającego zwyczajowego ani też rzeczowego powiązania z przedmiotem umowy⁸⁰⁴. Takie sytuacje określane są jako tzw. porozumienia wiązane⁸⁰⁵.

Wspomniane już rozszerzenie katalogu w ustawie o ochronie polega na występowaniu dwóch form zakazanych porozumień. Polski ustawodawca wyraźnie penalizuje te podmioty,

⁷⁹⁵ Zob. art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie

⁷⁹⁶ Zob. wyrok z 17.10.1972r. w sprawie pomiędzy Cement Dealers a Komisja, Zb. Orz. 1972, s. 977, 8/72; wyrok z 26.11.1975r. w sprawie pomiędzy Papiers Peints a Komisja, Zb. Orz. 1975, s. 1149, 73/74; dalej jako: wyrok w sprawie Papiers Peints; wyrok z 11.07.1989r. w sprawie pomiędzy Belasco a Komisja, Zb. Orz. 1989, s. 2217, 246/86; wyrok z 30.01.1985r. w sprawie pomiędzy BNIC a Clair, Zb. Orz. 1985, s. 391, 123/83; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 36

⁷⁹⁷ Zob. art. 101 ust. 1 lit. a TFUE oraz art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie

⁷⁹⁸ Zob. wyrok w sprawie Competition Authority

⁷⁹⁹ Zob. art. 101 ust. 1 lit. b TFUE oraz art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie

⁸⁰⁰ Zob. wyrok z 13.07.1966r. w sprawie pomiędzy Consten and Grundig a Komisja, Zb. Orz. 1966, s. 299, 56 i 58/64; cyt. za: P. Dębowski (w:) A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964 – 2004*, Warszawa 2007, s. 79 i nast.

⁸⁰¹ Zob. art. 101 ust. 1 lit. c TFUE oraz art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie

⁸⁰² Zob. wyrok w sprawie Papiers Peints; wyrok z 9.06.1977r. w sprawie pomiędzy Van Ameyde a UCI, Zb. Orz. 1977, s. 1091, 90/76; wyrok z 17.01.1984r. w sprawie pomiędzy VBVB i VBBB a Komisja, Zb. Orz. 1984, s. 19, 43/82 i 63/82; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI – 36 - 37

⁸⁰³ Zob. art. 101 ust. 1 lit. d TFUE oraz art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie

⁸⁰⁴ Zob. art. 101 ust. 1 lit. e TFUE oraz art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy o ochronie

⁸⁰⁵ Zob. wyrok z 25.02.1986r. w sprawie pomiędzy Windsurfing a Komisja, Zb. Orz. 1986, s. 611, 193/83; cyt. za: J. Majcher (w:) A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964 – 2004*, Warszawa 2007, s. 218 i nast.

które ograniczają lub wykluczają z rynku przedsiębiorców, którzy nie przystąpili do porozumienia⁸⁰⁶. Niedopuszczalne jest również zawieranie porozumień – zmwów przetargowych, których przedmiotem są w szczególności elementy pracy lub ceny. Ustawodawca wyróżnia zminy przetargowe w aspekcie wertykalnym (zawierane pomiędzy przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu) oraz w aspekcie horyzontalnym (zawierane pomiędzy przedsiębiorcą a organizatorem przetargu)⁸⁰⁷.

Stosowanie praktyk ograniczających konkurencję występuje również na rynku produktów leczniczych. Wspólną cechą orzeczenia, które poniżej zaprezentuję oraz orzeczeń, które omówię w dalszej części pracy jest podmiot – przedsiębiorstwo farmaceutyczne – należące do grupy GlaxoSmithKline, któremu zarzuca się ograniczanie importu równoległego produktów leczniczych zarówno poprzez zawieranie porozumień, jak i nadużywanie pozycji dominującej. Zachowanie tego podmiotu nie musi wcale aż tak bardzo dziwić, jeżeli uwzględnimy skutki, jakie wywiera import równoległy zwłaszcza produktów leczniczych na sytuację ekonomiczną podmiotów zajmujących się wytwarzaniem leków.

Wyrok w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited⁸⁰⁸ miał za swój przedmiot cztery odwołania złożone między innymi przez GlaxoSmithKline Services Unlimited oraz Komisję. W decyzji z 8 maja 2001r.⁸⁰⁹ Komisja stwierdziła, że GlaxoSmithKline Services Unlimited dopuściła się naruszenia obecnego art. 101 TFUE, ponieważ zawarła z hurtownikami hiszpańskimi porozumienie (miało zastosowanie do 82 produktów leczniczych), w którym zostały uzgodnione dwie różne ceny odsprzedawanych leków. Niższa cena dotyczyła produktów leczniczych, które były dostarczane do aptek i szpitali na terytorium państwa, w którym zwracano koszt nabycia produktu, a wyższa była naliczana w sytuacji wywozu produktu leczniczego do innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Komisja oddaliła również wniosek o wyłączenie tego porozumienia spod ówczesnego zakazu z art. 81 ust. 3 WE⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ Zob. art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie

⁸⁰⁷ Zob. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie

⁸⁰⁸ Wyrok z 6.10.2009r. w sprawach połączonych pomiędzy GlaxoSmithKline Services Unlimited a Komisja, wyrok dostępny na stronie internetowej pod adresem <http://eur-lex.europa.eu/JURISIndex.do?ihmlang=pl>, C - 501/06 P, C 513/06 P, C 515/06 P i C 519/06 P; dalej jako: wyrok w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited

⁸⁰⁹ Decyzja Komisji 2001/791/WE w sprawie procedury stosowania art. 81 traktatu WE [sprawy IV/36.957/F3 – Glaxo Wellcome (zgłoszenie), IV/36.997/F3 – Aseprofar i Fedifar (skarga do Komisji), IV/37.121/F3 – Spain Pharma (skarga do Komisji), IV/37.138/F3 – BAI (skarga do Komisji) i IV/37.380/F3 – EAEPC (skarga do Komisji)], Dz. U. L 302, s. 1

⁸¹⁰ Wyrok w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 2 – chodzi o wyłączenie indywidualne lub atest negatywny na podstawie rozporządzenia Rady nr 17 z 6.02.1962r., pierwszego rozporządzenia wprowadzającego w życie art. 81 i 82 traktatu (Dz. U. 13, s. 204); dalej jako: rozporządzenie nr 17

W wyroku Sądu w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited została stwierdzona nieważność art. 2 – 4 decyzji⁸¹¹ w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, a w pozostałej części skarga została oddalona.

Mimo że TSUE oddalił wniesione odwołania od wyroku Sądu w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, to uważam że wyrok ten zasługuje na uwagę. Po pierwsze, z powodu poruszanej problematyki ściśle związanej z tematem niniejszej pracy. Po drugie, z uwagi na to, że na tle analizowanego stanu faktycznego ukazany jest konflikt stanowisk Sądu i TSUE na temat wartości unijnego prawa konkurencji⁸¹².

W drodze uzupełnienia poprzednich rozważań należy podkreślić, że konkurencję możemy rozpatrywać z dwóch punktów widzenia. Z jednej strony jest to ujęcie podmiotowe (strukturalne), w którym konkurencję traktuje się jako ciągle powtarzający się proces rywalizacji samodzielnych przedsiębiorstw⁸¹³. W drugiej koncepcji nacisk kładzie się na rolę konkurencji w dążeniu do pełnej efektywności (wyróżnia się efektywność alokacyjną, produkcyjną i dynamiczną)⁸¹⁴.

Rozstrzygnięcie Sądu i TSUE co do uznania porozumienia zawartego przez GlaxoSmithKline z hurtownikami za praktykę ograniczającą konkurencję jest identyczne. Mimo to podstawy tych dwóch wyroków istotnie różnią się między sobą.

Stanowisko Sądu zbliżone jest do nowej koncepcji rozumienia konkurencji – jako zjawiska poddanego wysokiej ekonomizacji. Podłożem reform unijnych reguł konkurencji są przede wszystkim zagadnienia związane z dobrobytem konsumentów, dlatego w literaturze przedmiotu widoczne są opinie, że obecnie ochrona konkurencji powinna być skierowana na interesy konsumentów⁸¹⁵.

⁸¹¹ „Art. 2

Złożony przez [GW] wniosek o wyłączenie porozumienia opisanego w art. 1 z ustanowionego w art. 81 ust. 3 traktatu WE zakazu porozumień zapobiegających, ograniczających lub zakłócających konkurencję zostaje niniejszym oddalony.

Art. 3

[GW] natychmiast zaprzestanie naruszenia, o którym mowa w art. 1, o ile nie zostało to do tej poczynione. Od tej pory spółka ta nie będzie podejmować żadnych działań będących elementem tego naruszenia ani żadnych działań mających równoważny cel lub skutek.

Art. 4

W terminie dwóch miesięcy od daty doręczenia niniejszej decyzji [GW] poinformuje Komisję o działaniach, jakie podejmie w celu zastosowania się do zawartych w niej dyspozycji”; cyt. za: wyrok w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 11

⁸¹² Chociaż ani Sąd ani TSUE wyraźnie nie wskazały definicji pojęcia „konkurencja”

⁸¹³ Zob. uwagi poczynione w pkt 2 niniejszego rozdziału

⁸¹⁴ R. Stefanicki, *Prawo uczciwej konkurencji a ochrona konsumentów w świetle ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, Studia Prawa Prywatnego 2011, nr 2, s. 36

⁸¹⁵ A. Jurkowska, T. Skoczny, *Ekonomizacja wspólnotowej polityki konkurencji – założenia a realizacja* (w:) A. Stępiak, S. Umiński, A. Zabłocka (red.), *Wybrane problemy integracji europejskiej*, Sopot 2009, s. 185 – 186; cyt. za: K. Kohutek, *Strukturalne a skutkowe pojmowanie celów prawa konkurencji oraz jej istoty: rozbieżności sądów unijnych*, Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2011, nr 1, s. 181

W związku z czym widoczne są odwołania w uzasadnieniu wyroku Sądu w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited do wartości, jaką jest dobrobyt konsumentów końcowych⁸¹⁶. W opinii Sądu konsumentami końcowymi są zarówno pacjenci, jak i „krajowy system ubezpieczeń zdrowotnych”, z tego powodu, że przejmował część ryzyka ekonomicznego ponoszonego przez ubezpieczonych⁸¹⁷.

O nowatorskim podejściu Sądu świadczy również pkt 121 wyroku Sądu w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, który pozwolę sobie zacytować w całości: „handel równoległy korzysta z pewnej ochrony, to nie jako taki, lecz, (...) z racji tego, że sprzyja on z jednej strony rozwojowi wymiany handlowej, a z drugiej strony umocnieniu konkurencji (...), to znaczy, gdy chodzi o ten drugi aspekt, z takiej racji, iż przynosi on konsumentom końcowym korzyści płynące ze skutecznej konkurencji w zakresie zaopatrzenia czy ceny (...). W konsekwencji co prawda uznaje się, iż porozumienie, które zmierza do ograniczenia handlu równoległego, winno być zasadniczo uważane za takie, które ogranicza konkurencję, lecz ma to miejsce na tyle, na ile można domniemywać, iż pozbawia ono konsumentów końcowych tych korzyści”⁸¹⁸.

Ostatecznie Sąd przyznał rację Komisji, że doszło do naruszenia obecnego art. 101 ust. 1 TFUE. Za prawidłowe uznał stanowisko Komisji, zgodnie z którym skutkiem zawartego porozumienia było zakłócenie konkurencji w postaci obniżenia dobrobytu konsumentów końcowych, dlatego że zostali pozbawieni korzyści, którą niewątpliwie stanowią obniżki cen i kosztów⁸¹⁹.

Rozpoznając skargę na wyrok Sądu w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited TSUE całkowicie zaprzeczył pogładowi wyrażonemu przez Sąd. Za prawidłowe uznał opinie TSUE wyrażone w innych orzeczeniach, że „celem porozumień, które zmierzają do zakazania lub ograniczenia takiego handlu, jest zapobieżenie konkurencji”⁸²⁰.

TSUE nie zgodził się z twierdzeniem Sądu, zarzucając brak poparcia w przepisach traktatowych i orzecznictwie, zgodnie z którym „porozumienie, które zmierza do ograniczenia handlu równoległego, winno być zasadniczo uważane za takie, które ogranicza konkurencję, to ma to miejsce na tyle, na ile można domniemywać, iż pozbawia ono

⁸¹⁶ Zob. m.in. wyrok Sądu w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 118

⁸¹⁷ Wyrok Sądu w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 184

⁸¹⁸ Wyrok Sądu w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 121

⁸¹⁹ Wyrok Sądu w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 190

⁸²⁰ Wyrok w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 59. TSUE przywołał w tej sprawie następujące wyroki: wyrok z 1.02.1978r. w sprawie pomiędzy Miller International Schallplatten a Komisja, Zb. Orz. 1978, s. 131, 19/77, pkt. 7, 18 oraz wyrok z 12.07.1979r. w sprawach połączonych pomiędzy BMW Belgium i in. a Komisja, Zb. Orz. 1978, s. 2435, 32/78, od 36/78 do 82/78, pkt 20 – 28, 31

konsumentów końcowych korzyści płynących ze skutecznej konkurencji w zakresie zaopatrzenia czy ceny⁸²¹.

Wspomniany już konflikt wartości co do celów jakim ma służyć konkurencja widoczny jest na tle stanowiska przyjętego przez TSUE. W wyroku w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited przyjął, że obecny art. 101 ust. 1 TFUE nie przesądza o tym, że antykonkurencyjny cel mogą mieć wyłącznie porozumienia, które powodują utratę przez konsumentów określonych korzyści. W ocenie TSUE przepis ten nie chroni wyłącznie bezpośrednich interesów konsumentów, ale „również struktury rynku i w ten sposób – konkurencję jako taką”. Zdaniem TSUE wynika z tego, że pozbawienie konsumentów korzyści między innymi w postaci zaopatrzenia lub ceny nie może wpływać na okoliczności stwierdzenia „istnienia antykonkurencyjnego celu porozumienia”⁸²².

TSUE uznał, że Sąd „uzależniając istnienie antykonkurencyjnego celu od wykazania, że porozumienie prowadzi do powstania niedogodności po stronie konsumentów końcowych i wyciągając wniosek, że w odniesieniu do rozpatrywanego porozumienia cel taki nie istniał”⁸²³ naruszył prawo, jednak nie wpłynęło to uchylenie wyroku Sądu w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited z tego powodu, że Sąd wydał wyrok, który został podzielony przez TSUE⁸²⁴.

Tak więc odwołanie złożone przez GlaxoSmithKline, w którym przedsiębiorstwo wnosiło o uznanie porozumienia za zgodne z obecnym art. 101 TFUE zostało oddalone przez TSUE jako bezzasadne⁸²⁵.

Zdaniem K. Kohutka TSUE w wyroku w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited hołduje „pro – strukturalnym” wartościom, co może być podejściem niewłaściwym, jeżeli się weźmie pod uwagę zmianę polityki Unii Europejskiej co do mechanizmu konkurencji. Reforma tej polityki polega właśnie na odejściu od strukturalnej/integracyjnej koncepcji konkurencji na rzecz konkurencji postrzeganej przez pryzmat wywoływanych przez nią skutków, przede wszystkim dotyczących konsumentów⁸²⁶.

Z całkowitą pewnością można stwierdzić, że rozwój handlu paralelnego produktów leczniczych będzie wpływał na powstanie takich samych lub bardzo podobnych konfliktów, których inicjatorami będą producenci leków, dla których ten rodzaj dystrybucji przynosi znaczące straty, z uwagi na wzmocnienie pozycji hurtowników.

⁸²¹ Wyrok w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 62

⁸²² Wyrok w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 63

⁸²³ Wyrok w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 64

⁸²⁴ Wyrok w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 65 - 66

⁸²⁵ Wyrok w sprawie GlaxoSmithKline Services Unlimited, pkt 67

⁸²⁶ K. Kohutek, *Strukturalne...*, *op. cit.* s. 183

3. 2. Nadużywanie pozycji dominującej

Drugą praktyką ograniczającą konkurencję jest nadużywanie pozycji dominującej, której podstawowe założenia i związane z nią przykłady z praktyki orzeczniczej przedstawię poniżej.

Jak zostało to już wyjaśnione w powyższych rozważaniach podczas stosowania przepisu art. 102 TFUE należy wykazać następujące przesłanki: czy podmiot nadużywający pozycji dominującej ma status przedsiębiorstwa, czy to nadużywanie ma wpływ na handel między państwami członkowskimi oraz czy skutki tego nadużywania są widoczne na rynku wewnętrznym. Oprócz tych przesłanek konieczne jest stwierdzenie, czy przedsiębiorstwo (lub grupa przedsiębiorstw) posiada pozycję dominującą oraz czy jej nadużywa. Należy jednak już na początku podkreślić, że zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej, co wiąże się z brakiem podstaw karania przedsiębiorców posiadających jedynie pozycję dominującą na rynku właściwym.

Aby mówić w ogóle o pozycji dominującej danego przedsiębiorstwa należy przede wszystkim określić produktowy i geograficzny rynek właściwy, ponieważ zgodnie z wcześniejszymi stwierdzeniami nie można mówić o pozycji dominującej, a tym bardziej o jej nadużywaniu w abstrakcyjnej przestrzeni. Dlatego odsyłam do dokonanych już ustaleń w tym temacie.

Pozycja dominująca jest przede wszystkim ujęta w ramy prawne siłą ekonomiczną danego przedsiębiorstwa, dlatego podobnie jak przy określaniu rynku właściwego należy wyjść od założeń dokonanych na gruncie nauk ekonomicznych⁸²⁷.

Zakres przedmiotowy przepisu art. 102 TFUE obejmuje „nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi”⁸²⁸. Wynika z tego, że pozycję dominującą może zajmować jedno lub kilka przedsiębiorstw wspólnie. Po raz pierwszy możliwość posiadania kolektywnej pozycji dominującej została dostrzeżona w wyroku Sądu w sprawie *Società Italiana Vetro*⁸²⁹. Sąd w sprawie *Società Italiana Vetro* przyjął, że dla wykazania kolektywnej pozycji dominującej

⁸²⁷ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 79

⁸²⁸ Art. 102 TFUE

⁸²⁹ Wyrok Sądu z 10.03.1992r. w sprawach połączonych pomiędzy *Società Italiana Vetro* a Komisja, Zb. Orz. 1992, s. II – 1403, T – 68/89, 77/89 i 78/89; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne..., op. cit.*, s. VI - 77

konieczne jest stwierdzenie „formalnej niezależności oraz istnienia między nimi strukturalnych związków gospodarczych”⁸³⁰. Jednak obligatoryjność tej drugiej przesłanki została odrzucona w wyroku w sprawie *Companie Maritime Belge Transports*⁸³¹, w którym TSUE stwierdził, że dla ustalenia kolektywnej pozycji dominującej najważniejsza jest ocena ekonomiczna, która odnosi się zwłaszcza do struktury rynku⁸³².

Pojęcia „pozycji dominującej” oraz „nadużywania” tej pozycji nie zostały zdefiniowane przez prawodawcę unijnego. Z tego powodu należy sięgnąć do orzecznictwa TSUE, ponieważ TSUE na kanwie konkretnych stanów faktycznych wskazał sposób rozumienia tych pojęć.

W wyroku w sprawie *United Brands* TSUE po raz pierwszy dokonał wykładni pojęcia „pozycji dominującej”. TSUE uznał, że siła ekonomiczna przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą pozwala na ograniczenie konkurencji efektywnej na rynku właściwym i wpływa przez to na zachowanie niezależności od konkurentów i innych uczestników na rynku. Należy zaznaczyć, że wykształcenie pozycji dominującej nie jest zależne wyłącznie od jednej zmiennej⁸³³.

W kolejnym wyroku w sprawie *Hoffmann-La Roche* TSUE podtrzymał to stanowisko dodając, że w przypadku występowania pozycji dominującej nie można mówić o braku jakiegokolwiek konkurencji. Przewaga przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą wyraża się wszakże w możliwości wpływania na warunki istnienia konkurencji na rynku właściwym⁸³⁴.

Pojęcie „pozycji dominującej” stworzone przez TSUE w powyższych wyrokach nie traci na aktualności i w dalszym ciągu jest szeroko wykorzystywane w uzasadnianiu orzeczeń⁸³⁵. Można mówić o ugruntowanej linii orzeczniczej TSUE w tej materii. Wskazuje na to również definicja pojęcia „pozycji dominującej” zawarta w art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie⁸³⁶. Krajowy ustawodawca powtórzył definicję z wyroku w sprawie *United Brands*, dodając domniemanie, zgodnie z którym „przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego

⁸³⁰ Cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 77

⁸³¹ Wyrok z 16.03.2000r. w sprawie pomiędzy *Companie Maritime Belge Transports* a Komisja, Zb. Orz. 2000, s. I – 1365, C – 395/96; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 77

⁸³² Cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI - 77 - 78

⁸³³ Wyrok w sprawie *United Brands*, pkt 65; cyt. za: R. Skubisz (red.), *Orzecznictwo...*, *op. cit.*, s. 186

⁸³⁴ Wyrok w sprawie *Hoffmann – La Roche*, pkt. 39; cyt. za: A. Jurkowska - Gomułka (w:)..., *op. cit.*, s. 323

⁸³⁵ A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo...*, *op. cit.*, s. 44

⁸³⁶ Zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie przez pozycję dominującą – „rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%”

udział w rynku właściwym przekracza 40%”⁸³⁷. Jest to domniemanie prawne w rozumieniu art. 234 kpc⁸³⁸ i stanowi przesłankę ilościową posiadanej pozycji dominującej, podczas gdy inne przesłanki mają charakter jakościowy. Owo domniemanie oznacza, że jeżeli organ antymonopolowy stwierdzi udział przedsiębiorcy na rynku w wysokości przynajmniej 40%, to tym samym musi uznać za ustalony fakt posiadania przez tego przedsiębiorcę pozycji dominującej. Z uwagi na to, że jest to domniemanie wzruszalne przedsiębiorca może dążyć do jego obalenia poprzez przeprowadzenie przeciwdowodu. Tym samym przesłanki jakościowe mają ważniejsze znaczenie, bowiem są rozstrzygające⁸³⁹.

Reasumując można stwierdzić, że pozycja dominująca przedsiębiorstwa jest to siła ekonomiczna, która pozwala temu podmiotowi prawa przeciwstawić się skutecznej konkurencji na rynku właściwym oraz prowadzić swoją działalność gospodarczą niezależnie od innych jednostek występujących na tym samym rynku tj. konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów⁸⁴⁰.

Natomiast zachowanie przedsiębiorstwa wykazujące cechy nadużywania jego pozycji dominującej wpływa niekorzystnie na strukturę rynku, „na którym konkurencja jest osłabiona w wyniku samej obecności na nim tego przedsiębiorstwa i które przez sięganie do metod odbiegających od tych, które zwykle warunkują merytoryczną konkurencję produktów lub usług, utrudniają zachowanie konkurencji jeszcze istniejącej na rynku lub rozwój konkurencji”⁸⁴¹.

W regulacji prawnej dotyczącej nadużywania pozycji dominującej prawodawca unijny, a za nim prawodawca polski posłużyli się otwartym katalogiem przykładów. Struktura normatywna tej regulacji jest identyczna jak w przypadku porozumień ograniczających konkurencję. Egzemplifikacja dokonana w art. 102 TFUE została prawie dosłownie przeniesiona do ustawy o ochronie i poszerzona o dodatkowe wyliczenie.

Pierwszą praktyką wskazującą na nadużywanie pozycji dominującej jest narzucanie⁸⁴² nieuczciwych/niesłusznych cen. Należy przez to rozumieć, tak jak wskazał to polski ustawodawca⁸⁴³ zarówno ceny nadmiernie wygórowane, jak i rażąco niskie⁸⁴⁴.

⁸³⁷ Art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie

⁸³⁸ Ustawa z 17.11.1964r. - Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.; dalej jako: kpc

⁸³⁹ M. Szydło, *Nadużywanie...*, *op. cit.*, s. 92 - 93

⁸⁴⁰ *Ibidem*, s. 83

⁸⁴¹ Wyrok w sprawie Hoffmann - La Roche, teza 6; cyt. za: M. Surdek (w:) A. Jurkowska, T. Skoczny, *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964 – 2004*, Warszawa 2007, s. 159

⁸⁴² W sposób bezpośredni lub pośredni

⁸⁴³ Zob. art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie

Kolejną formą są praktyki kontyngentowe⁸⁴⁵, które polegają na ograniczaniu produkcji, zbytu lub rozwoju technicznego, ale z zastrzeżeniem, że są to działania niekorzystne dla konsumentów. Jednak nie wyklucza to również możliwości szkody dla kontrahentów, jeżeli przy okazji narusza to interesy konsumentów⁸⁴⁶. Pod pojęciem „ograniczanie” należy rozumieć czynności odmowy dostaw lub odmowy dostępu⁸⁴⁷. W orzecznictwie wskazuje się przykłady działań, których skutki zawierają się w tych pojęciach. Wyróżnia się takie zjawiska jak: odmowę dostaw (produktów lub usług) dla dotychczasowych lub nowych klientów – odbiorców⁸⁴⁸, odmowę udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej⁸⁴⁹. Odmowa dostępu dotyczy głównie urządzeń kluczowych – tj. takich urządzeń, które są niezbędne do prowadzenia działalności gospodarczej, w tym świadczenia usług. Dopiero w sprawie Magill⁸⁵⁰ Sąd zauważył znaczenie doktryny urządzeń kluczowych (ang. essential facilities doctrine), które TSUE zawęził w wyroku w sprawie Bronner⁸⁵¹, twierdząc, że odmowa dostępu ze strony przedsiębiorstwa dominującego, będącego właścicielem urządzeń, jest nadużywaniem jego pozycji w rozumieniu art. 102 TFUE tylko wtedy, gdy konkurent nie jest w stanie stworzyć takiego samego urządzenia – nie może go zduplikować oraz to urządzenie jest dla konkurenta nieodzowne⁸⁵².

Praktyki dyskryminacyjne wymienione w przepisie art. 102 zd. 1 lit. c TFUE oraz w art. 9 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie polegają na nierównym traktowaniu partnerów handlowych (osób trzecich), co powoduje stworzenie dla nich niekorzystnych warunków konkurencji. Nadużywanie pozycji dominującej poprzez stosowanie „nierównych warunków” polega w głównej mierze na oferowaniu tych samych produktów, jednakże posiadających zróżnicowane ceny⁸⁵³. Praktyką dyskryminacyjną jest również stosowanie tzw. rabatów za wierność (lojalnościowych), będącymi rabatami jakościowymi, a nie ilościowymi, które

⁸⁴⁴ Co do pojęcia ceny rażąco niskiej – drapieżnej zob. O. Filipowski, *Ceny drapieżne w unijnym prawie konkurencji i regulacji sektorowej* (w:) H. Gronkiewicz – Waltz, K. Jaroszyński, *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2011, s. 89 i nast.

⁸⁴⁵ Art. 102 zd. 1 lit. b TFUE oraz art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie

⁸⁴⁶ M. Szydło, *Nadużywanie...*, *op. cit.*, s. 162

⁸⁴⁷ A. Jurkowska – Gomułka (w:)..., *op. cit.*, s. 331

⁸⁴⁸ Zob. wyrok z 6.03.1974r. w sprawach połączonych pomiędzy ICI i Commercial Solvents a Komisja, Zb. Orz. 1974, s. 223, 6/73 i 7/73; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI – 83

⁸⁴⁹ Zob. wyrok z 6.04.1995r. w sprawach połączonych pomiędzy RTE i ITP. a Komisja, Zb. Orz. 1995, s. I – 743, C – 241/91 P i C – 242/91 P; wyrok z 29.04.2004r. w sprawie pomiędzy IMS Health a NDC Health, Zb. Orz. 2004, s. I – 5039, C – 418/01; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI – 83 – 84

⁸⁵⁰ Wyrok Sądu z 12.06.1997r. w sprawie Magill, Zb. Orz. 1997, s. II – 923, T – 504/93; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI – 84

⁸⁵¹ Wyrok z 26.11.1998r. w sprawie pomiędzy Bronner a Mediaprint, Zb. Orz. 1998, s. I – 7791, C – 7/97; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI – 84

⁸⁵² A. Jurkowska – Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne...*, *op. cit.*, s. VI – 84

⁸⁵³ Zob. wyrok w sprawie United Brands

powstrzymują osobę je otrzymującą od zawarcia umowy z konkurentem podmiotu posiadającego pozycję dominującą⁸⁵⁴.

Ostatnią praktyką wskazaną w art. 102 TFUE jest praktyka wiązania. Jej istota polega na uzależnieniu zawarcia umowy od przyjęcia przez drugą stronę transakcji zobowiązania niemającego związku z głównym świadczeniem. Sądy⁸⁵⁵ zazwyczaj negatywnie oceniają tego typu działania, jako zakazane *per se*, bez konieczności wskazywania ich negatywnych skutków na mechanizm konkurencji⁸⁵⁶.

W ustawie o ochronie ustawodawca wskazał trzy dodatkowe praktyki, których występowanie wskazuje na nadużywanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej. Jedną z nich jest praktyka polegająca na podjęciu takich działań wskutek których ulegają zniekształceniu warunki niezbędne dla powstania i rozwoju konkurencji⁸⁵⁷. Działaniem zakazanym jest także takie działanie przedsiębiorcy, który uzyskuje nieuzasadnione korzyści w wyniku narzucania uciążliwych warunków drugiej stronie umowy⁸⁵⁸. Na uwagę zasługuje również ostatnia z wymienionych praktyk, polegająca na podziale rynku według wskazanych, w art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy o ochronie kryteriów, mianowicie są to kryteria: terytorialne, asortymentowe lub podmiotowe⁸⁵⁹.

Omówione wyżej zakazane postacie nadużywania pozycji dominującej mogą być klasyfikowane jako: praktyki wykluczające oraz praktyki eksploatacyjne, chociaż nie wynika to wprost z przepisów prawnych.

Komisja w Komunikacie - wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej⁸⁶⁰ podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące⁸⁶¹ wskazuje na dwa rodzaje praktyk wykluczających: zamknięcie rynku ze szkodą dla konsumentów („antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku”) oraz działania polegające na polityce cenowej. Ponadto Komisja wskazuje (wewnętrznie klasyfikuje)

⁸⁵⁴ A. Jurkowska – Gomułka (w):..., *op. cit.*, s. 335

⁸⁵⁵ Wyrok Sądu z 12.12.1991r. w sprawie pomiędzy Hilti AG a Komisja, Zb. Orz. 1991, s. II-01439, T – 30/89; wyrok z 14.11.1996r. w sprawie pomiędzy Tetra Pak International SA a Komisja, Zb. Orz. 1996, s. I-05951, C – 333/94; cyt. za: A. Jurkowska – Gomułka (w):..., *op. cit.*, s. 338

⁸⁵⁶ A. Jurkowska – Gomułka (w):..., *op. cit.*, s. 338

⁸⁵⁷ Zob. art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie

⁸⁵⁸ Zob. art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie

⁸⁵⁹ Zob. art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy o ochronie

⁸⁶⁰ Większość przedstawicieli doktryny używa pojęcia praktyki wyłączającej i takie też pojęcie przyjęłam w niniejszej pracy

⁸⁶¹ Dz. Urz. C 045, s. 0007 – 0020; dalej jako: wytyczne w sprawie priorytetów

i opisuje, jak to określa „szczególne formy nadużyć” pozycji dominującej. Są to jedne z ważniejszych praktyk, na które Komisja zwraca uwagę⁸⁶².

Dwa wyroki, które przedstawię poniżej⁸⁶³ mają swoje źródło w tym samym stanie faktycznym, który dotyczy jednej z form nadużywania pozycji dominującej, jaką jest odmowa dostaw, a w tym konkretnym przypadku odmowa dostaw produktów leczniczych dla hurtowników zajmujących się importem równoległym. Natomiast stan faktyczny będący podstawą trzeciego wyroku obrazuje praktykę ograniczającą konkurencję w postaci nadużywania procedur rejestracyjnych.

W celu późniejszego omówienia znaczenia wyroków należy w pierwszej kolejności zaprezentować stan faktyczny. W głównej mierze opiera się on na sporze pomiędzy hurtownikami a spółką GlaxoSmithKline zajmującą się wytwarzaniem produktów farmaceutycznych, który dotyczył odmowy dostarczenia leków o nazwach: Imigran, Lamictal i Serevent. Oprócz braku zgody na dostawy, GlaxoSmithKline postanowiła stworzyć własny system dystrybucji, dostarczając produkty lecznicze do greckich szpitali i aptek (za pośrednictwem spółki Farmacenter AE). Z powodu tych działań hurtownicy złożyli skargę do Epitropi Antagonismou (greckiej komisji do spraw konkurencji) w celu stwierdzenia, że GlaxoSmithKline swoim działaniem nadużywała pozycji dominującej i tym samym naruszyła odpowiedni przepis greckiej ustawy o ochronie konkurencji oraz obecny art. 102 TFUE⁸⁶⁴. Natomiast GlaxoSmithKline zwróciła się z wnioskiem o wydanie „zaświadczenia w sprawie odmowy zaspokajania ponad 125% zapotrzebowania rynku greckiego”⁸⁶⁵. Epitropi Antagonismou postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym. Zasadniczo Epitropi Antagonismou chciał uzyskać odpowiedzi na pytania, „czy odmowa przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą realizacji w pełnym zakresie złożonych mu przez hurtowników produktów farmaceutycznych zamówień, mająca na celu ograniczenie zjawiska wywozu dokonywanego przez tych hurtowników i zmniejszenie tą metodą szkód wywołanych handlem równoległym, stanowi sama w sobie nadużycie w rozumieniu art. 82 WE (obecnie art. 102 TFUE)?”⁸⁶⁶, czy na odpowiedź na to pytanie wpływa fakt ustalania cen produktów leczniczych przez państwa członkowskie, co powoduje zachwianie wolnej konkurencji na rynku farmaceutycznym i czy w takiej sytuacji krajowy organ ochrony konkurencji powinien stosować unijne przepisy dotyczące ochrony

⁸⁶² Wytoczne w sprawie priorytetów, pkt 32

⁸⁶³ Są to: wyrok w sprawie Syfait I oraz wyrok w sprawie Sot. Lélos

⁸⁶⁴ J. Szczodrowski, *Ograniczenia w handlu równoległym produktami farmaceutycznymi w świetle przepisów europejskiego prawa konkurencji*, Monitor Prawniczy 2009, nr 23, s. 1289 - 1290

⁸⁶⁵ Wyrok w sprawie Syfait I, pkt 18

⁸⁶⁶ Wyrok w sprawie Syfait I, pkt 20

konkurencji w pełnym zakresie⁸⁶⁷. Niestety TSUE uznał się za niewłaściwy do udzielenia odpowiedzi na pytania postawione przez Epitropi Antagonismou. W uzasadnieniu TSUE stwierdził, że grecka komisja ds. konkurencji nie spełnia kryteriów organu sądowego w rozumieniu obecnego art. 267 TFUE⁸⁶⁸.

Po złożeniu skargi do Epitropi Antagonismou hurtownicy wnieśli również skargi do Polymeles Protodikeio Athinon (sądu I instancji w Atenach), w których zażądali zobowiązania GlaxoSmithKline „do wykonania na ich rzecz dostawy produktów leczniczych o wielkości odpowiadającej średnim miesięcznym wielkościom dostaw wykonywanych przez GlaxoSmithKline między 1 stycznia a 31 października 2000r. oraz do wypłacenia na ich rzecz odszkodowania za poniesione szkody i utracone korzyści”⁸⁶⁹.

Polymeles Protodikeio Athinon mimo że uznał prawie w całości skargi za dopuszczalne (z wyjątkiem wniosków o zasądzenie odszkodowania za utracone korzyści) oddalił je jako bezzasadne, ponieważ w jego opinii GlaxoSmithKline miał prawo odmówić sprzedaży produktów leczniczych i tym samym nie nadużył swojej pozycji dominującej⁸⁷⁰.

W drugiej instancji Efeteio Athinon (sąd apelacyjny w Atenach) zawiesił postępowanie, oczekując na wydanie orzeczenia przez TSUE w trybie prejudycjalnym na podstawie wniosku złożonego przez Epitropi Antagonismou – o którym była mowa wyżej. Po wydanym wyroku w sprawie Syfait I, Efeteio Athinon ponownie zawiesił postępowanie kierując do TSUE zestaw identycznych pytań⁸⁷¹.

W uzasadnieniu wyroku w sprawie Sot. Lélos TSUE poruszył wiele ważnych kwestii związanych z zagadnieniem importu równoległego w kontekście nadużywania pozycji dominującej (prawa ochrony konkurencji). Był to również wyrok wielce wyczekiwany z powodu braku merytorycznego rozstrzygnięcia TSUE w wyroku w sprawie Syfait I⁸⁷² oraz opublikowania dwóch istotnie różniących się opinii Rzeczników Generalnych⁸⁷³.

W pierwszej kolejności TSUE przypomniał swoje dotychczasowe stanowisko na temat odmowy zrealizowania zamówienia złożonego przez dotychczasowego klienta przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą na rynku. Działanie takie jest wyrazem

⁸⁶⁷ Wyrok w sprawie Syfait I, pkt 20

⁸⁶⁸ Wyrok w sprawie Syfait I, pkt 37

⁸⁶⁹ Wyrok w sprawie Sot. Lélos, pkt 18

⁸⁷⁰ Wyrok w sprawie Sot. Lélos, pkt 18

⁸⁷¹ Zob. wyrok w sprawie Sot. Lélos, pkt 23

⁸⁷² Dotyczył on tego samego stanu faktycznego

⁸⁷³ Opinia Rzecznika Generalnego F. G. Jacobsa do wyroku w sprawie Syfait I; opublikowana 28.10.2004r., Zb. Orz. 2004, s. I - 4611 oraz opinia Rzecznika Generalnego Dámasa Ruiza Jaraba Colomera do wyroku w sprawie Sot. Lélos; opublikowana 1.04.2008r., Zb. Orz. 2008, s. I - 07139

nadużywania pozycji dominującej, ale tylko wtedy, jeżeli bez obiektywnych względów może spowodować ograniczenie konkurencji „ze strony partnera handlowego”⁸⁷⁴.

TSUE zwrócił uwagę, że GlaxoSmithKline miała świadomość, że odmawiając zrealizowania dostaw dla greckich hurtowników ograniczała przez to import równoległy na inne państwa członkowskie⁸⁷⁵. Przyznał również, że przyczynami dla których przywóz równoległy jest objęty ochroną ze strony prawa unijnego jest to, że przyczynia się on do „rozwoju handlu i wzmocnienia konkurencji”⁸⁷⁶.

TSUE w wyroku w sprawie Sot. Lélos podjął się zbadania kilku okoliczności, które mogły mieć istotne znaczenie dla wydania rozstrzygnięcia.

Zagadnieniem na które zwrócił uwagę była ewentualna możliwość występowania przyczyn o charakterze obiektywnym⁸⁷⁷, z powodu których praktyka dominującego przedsiębiorstwa farmaceutycznego nie może być uznana za nadużywanie jego pozycji. Zasadniczo przepis art. 102 TFUE nie wskazuje przesłanek, poprzez spełnienie których postępowanie o cechach praktyki naruszającej konkurencję mogłoby być wyjęte spod zakazu⁸⁷⁸. Dla poparcia swoich twierdzeń TSUE przywołał wyrok w sprawie United Brands, w którym została uznana możliwość niewykonania zamówienia posiadającego anormalny charakter⁸⁷⁹ i podjęcia rozsądnych kroków umożliwiających ochronę „uzasadnionych interesów handlowych”⁸⁸⁰. Analizując problem od innej strony należy podkreślić, że przedsiębiorstwo dominujące nie może wstrzymać dostaw produktów cieszących się uznaniem wśród konsumentów dla swojego dotychczasowego kontrahenta, „jeżeli jego zamówienia nie posiadają anormalnego charakteru”. Słuszność tego stwierdzenia ma swoje uzasadnienie w tym, że „odmowa sprzedaży ograniczyłaby rynki zbytu ze szkodą dla konsumentów i stanowiłaby dyskryminację mogącą spowodować nawet wyeliminowanie partnera handlowego z właściwego rynku”⁸⁸¹.

TSUE poddał również analizie możliwe konsekwencje, jakie mogą wynikać z handlu równoległego dla konsumentów końcowych. Pozytywną konsekwencją dla pacjentów, czy też kas ubezpieczeń zdrowotnych jest przede wszystkim możliwość posiadania „alternatywnego źródła zaopatrzenia”⁸⁸², co wiąże się ze sposobnością zakupu produktu leczniczego po cenie

⁸⁷⁴ Wyrok w sprawie Sot. Lélos, pkt 34

⁸⁷⁵ Wyrok w sprawie Sot. Lélos, pkt 36

⁸⁷⁶ Wyrok w sprawie Sot. Lélos, pkt 37

⁸⁷⁷ Zob. wytyczne w sprawie priorytetów, pkt 28 i nast.

⁸⁷⁸ Zob. art. 102 TFUE

⁸⁷⁹ Rozumiem przez to zamówienie w wielkości znacząco przekraczającej poprzednie zamówienia

⁸⁸⁰ Wyrok w sprawie Sot. Lélos, pkt 40

⁸⁸¹ Wyrok w sprawie Sot. Lélos, pkt 49

⁸⁸² Wyrok w sprawie Sot. Lélos, pkt 53

niższej niż cena oferowana przez przedsiębiorstwa farmaceutyczne na tym rynku właściwym⁸⁸³. TSUE uznał, że w niniejszej sprawie GlaxoSmithKline „nie może się oprzeć na założeniu, że wywóz równoległy, który chce ono ograniczyć, przyniósłby jedynie minimalne korzyści dla końcowych konsumentów”⁸⁸⁴.

TSUE podjął również próbę wyjaśnienia „wpływu reglamentacji państwa na ceny i zaopatrzenie w sektorze produktów leczniczych”. Stwierdził, że różnice w cenach w poszczególnych państwach wynikają z tego, że każde państwie indywidualnie, tzn. odmiennie ustala ceny leków. Jednakże urzędowe ustalanie cen przez państwo nie doprowadza do całkowitego zwolnienia cen produktów leczniczych „z działania zasady podaży i popytu”⁸⁸⁵.

Ostatecznie TSUE orzekł, że „artykuł 82 WE należy interpretować w ten sposób, że przedsiębiorstwo zajmujące dominującą pozycję na właściwym rynku produktów leczniczych, które w celu przeszkodzenia wywozowi równoległemu dokonywanemu przez niektórych hurtowników z danego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego odmawia wykonania zamówienia o normalnym charakterze złożonego przez tych hurtowników, nadużywa swej pozycji dominującej. Do sądu odsyłającego należy ustalenie normalnego charakteru tych zamówień przy uwzględnieniu wielkości tych zamówień w porównaniu z potrzebami rynku tego państwa członkowskiego oraz dotychczasowych relacji handlowych utrzymywanych przez to przedsiębiorstwo z zainteresowanymi hurtownikami”⁸⁸⁶.

Komentowane orzeczenie pozostaje w linii orzeczniczej TSUE, w której szczególny akcent położony jest na ochronę interesów dotychczasowych kontrahentów. Nałożenie obowiązku zawarcia umowy z nowym podmiotem, a przez to ograniczenie swobody zawarcia umów, może nastąpić tylko w ściśle określonych przypadkach. Przykładowo można wskazać na dostęp do urządzeń kluczowych albo udzielenie licencji na prawa własności intelektualnej⁸⁸⁷.

Sąd krajowy ustalając normalny charakter zamówienia powinien wziąć pod uwagę istniejące potrzeby na rynku krajowym oraz dotychczasowe relacje handlowe między przedsiębiorstwami. TSUE nie wskazał jednak żadnych kryteriów ilościowych, co z pewnością mogłoby stanowić istotną pomoc.

⁸⁸³ Wyrok w sprawie Sot. Lélos, pkt 55

⁸⁸⁴ Wyrok w sprawie Sot. Lélos, pkt 57

⁸⁸⁵ Wyrok w sprawie Sot. Lélos, pkt 59 i 61

⁸⁸⁶ Wyrok w sprawie Sot. Lélos, sentencja

⁸⁸⁷ D. Miąsik (w:) A. Jurkowska – Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004 - 2009*, Warszawa 2010, s. 169 - 170

W literaturze przedmiotu wyrokowi w sprawie *Sot. Lélós* zarzuca się to, że zagadnienia, które TSUE poddał pod dyskusję nie zostały wyjaśnione w sposób satysfakcjonujący. Wyrok ten stanowi bardziej próbę pogodzenia przeciwstawnych interesów producentów i importerów równoległych i dlatego nie jest spójny⁸⁸⁸. Jednakże z drugiej strony przyznanie przedsiębiorstwom farmaceutycznym możliwości odmowy dostaw, po to aby chronić własne interesy handlowe, jeżeli pozostaje to w zgodzie z zasadą proporcjonalności, zostało uznane jako niewątpliwa korzyść dla przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą na rynku⁸⁸⁹.

Przywołany już w tym rozdziale wyrok w sprawie *AstraZeneca*, podobnie jak wyżej wymienione orzeczenia, dotyczy zagadnienia ograniczania wolnej konkurencji na rynku farmaceutycznym. Wyjątkowość wyroku w sprawie *AstraZeneca* przejawia się w kilku kwestiach. Należy go interpretować w świetle stanowiska Komisji przedstawionego w komunikacie Komisji – streszczeniu sprawozdania⁸⁹⁰, gdyż węzłowy problem w sprawie *AstraZeneca* i zagadnienie podjęte w tym komunikacie są identyczne⁸⁹¹. Podkreślenia wymaga również fakt, że decyzja w sprawie *AstraZeneca* jest pierwszą decyzją Komisji stwierdzającą nadużycie pozycji dominującej w sektorze produktów leczniczych⁸⁹².

W wyroku w sprawie *AstraZeneca* TSUE rozstrzygnął odwołanie złożone przez przedsiębiorstwa AZ od wyroku w sprawie *AstraZeneca I*⁸⁹³, w którym Sąd zdecydował o oddaleniu w przeważającej części skargi o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji w sprawie *AstraZeneca*, na podstawie której została nałożona na grupę AZ grzywna o łącznej wysokości 60 mln EUR⁸⁹⁴.

Zarówno w wyroku w sprawie *AstraZeneca I*, jak i *AstraZeneca* zarzuty strony skarżącej dotyczyły stwierdzenia przez Komisję nadużycia przez nią pozycji dominującej. Pierwsze nadużycie miało, w ocenie Komisji, polegać na złożeniu oświadczeń, wprowadzających w błąd, przed urzędami patentowymi w Belgii, Danii, Niemczech,

⁸⁸⁸ *Ibidem*, s. 166

⁸⁸⁹ J. Szczodrowski, *Ograniczenia...*, *op. cit.*, s. 1294

⁸⁹⁰ Komunikat Komisji – streszczenie sprawozdania z badania sektora farmaceutycznego dostępny jest na stronie internetowej pod adresem: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/envi/dv/200/200911/20091130_envi_pharmaceutical_inquiry_pl.pdf; dalej jako: komunikat Komisji – streszczenie sprawozdania

⁸⁹¹ Jest to ogólnie ujmując niedopuszczanie do rynku właściwego producentów leków generycznych

⁸⁹² T. Kozieł, *Nadużycie procedur regulacyjnych jako naruszenie art. 102 TFUE – uwagi do wyroku Sądu UE z 1.07.2010r. w sprawie T – 321/05 AstraZeneca v. Komisja*, Europejski Przegląd Sądowy 2011, nr 7, s. 40

⁸⁹³ Wyrok Sądu z 1.07.2010r. w sprawie pomiędzy *AstraZeneca AB* i *AstraZeneca plc* a Komisja, Zb. Orz. 2010, s. II- 2805, T – 321/05; dalej jako: wyrok w sprawie *AstraZeneca I*

⁸⁹⁴ Wyrok w sprawie *AstraZeneca*, pkt 1. Grzywna w wysokości 46 mln EUR została nałożona na AZ na zasadzie odpowiedzialności wspólnej i solidarnej, natomiast grzywna w wysokości 14 mln EUR została nałożona wyłącznie na spółkę *AstraZeneca AB* - Wyrok w sprawie *AstraZeneca*, pkt 20

Niderlandach, Zjednoczonym Królestwie i Norwegii, a także przed sądami krajowymi w Niemczech i Norwegii. W ocenie Komisji powyższe oświadczenia wpisują się w całokształt strategii AZ, której celem było odizolowanie wytwórców produktów generycznych od rynku właściwego⁸⁹⁵. Działania AZ były skierowane na uzyskiwanie nowych lub utrzymywanie ważności wcześniej wydanych SPC⁸⁹⁶ na omeprazol, do których AZ nie miała w ogóle prawa albo „do których miała prawo, ale na krótszy okres”. W ramach pierwszej postaci nadużywania pozycji dominującej Komisja wyróżniła dwie fazy. Pierwsza dotyczyła czynności składania oświadczeń do rzeczników patentowych w dniu 7 czerwca 1993r., natomiast druga polegała również na składaniu wniosków, ale docelowo już do urzędów patentowych i sądów krajowych w państwach innych niż w pierwszym przypadku⁸⁹⁷.

Skutkiem drugiego nadużycia pozycji dominującej było bezpośrednie zagrożenie interesów producentów produktów generycznych. Komisja negatywnie oceniła działania AZ polegające na składaniu wniosków o cofnięcie pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego o nazwie Losecu (w kapsułkach) w Danii, Szwecji i Norwegii i faktycznym jego wycofaniu z obrotu oraz wprowadzeniu w jego miejsce na terytorium tych państw tabletek Losec MUPS. Mimo że przedsiębiorstwa farmaceutyczne mają prawo składać takiego rodzaju wnioski, jednakże zdaniem Komisji, w konkretnym stanie faktycznym, były to świadome działania podjęte w celu zamknięcia drogi do uproszczonej procedury⁸⁹⁸, z której mogliby skorzystać producenci generyczni omeprazolu. Taka polityka grupy AZ niewątpliwie wpłynęła na zwiększenie „prawdopodobieństwa utraty przez importerów równoległych ich pozwoleń”. Należy wyraźnie podkreślić, że wyżej przedstawiona praktyka została uznana za ograniczającą konkurencję z tego względu, że sposób interpretacji i stosowania przepisów

⁸⁹⁵ Wyrok w sprawie AstraZeneca, pkt 18

⁸⁹⁶ SPC – tj. dodatkowe świadectwo ochronne dla produktu leczniczego. Instytucja ta została wprowadzona na podstawie rozporządzenia Rady (EWG) nr 1768/92 z 18.06.1992r. dotyczącego stworzenia dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych (Dz. U. L 182, s. 1); dalej jako: rozporządzenie 1768/92. Prawodawca unijny nie wskazał w rozporządzeniu 1768/92 definicji „dodatkowego świadectwa ochronnego”, jednakże z całokształtu przepisów można stwierdzić, że owe świadectwo może być udzielone na „wniosek posiadacza patentu krajowego lub europejskiego na produkt leczniczy” (wstęp do rozporządzenia 1768/92); zaczyna obowiązywać po upływie ważności patentu podstawowego, jednakże nie dłużej niż przez 5 lat (art. 13 ust. 1 i 2 rozporządzenia 1768/92); jest nierozdzielnie związane z patentem podstawowym co do przedmiotu i skutków (zob. art. 4 i 5 rozporządzenia 1768/92); wygaśnięcie oraz unieważnienie świadectwa może nastąpić jedynie z przyczyn ściśle określonych w rozporządzeniu 1768/92 (zob. art. 14 i 15 rozporządzenia 1768/92). Przyczyna wprowadzenia dodatkowego świadectwa ochronnego tkwi w tym, że rzeczywista ochrona wynikająca z patentu w okresie pomiędzy „wypełnieniem wniosku o patent dla nowego produktu leczniczego a wydaniem zezwolenia na obrót” (wstęp do rozporządzenia 1768/92) jest nieadekwatna do wysokości środków pieniężnych wydanych na prace badawcze. Ważnym elementem sporu pomiędzy AZ a Komisją był sposób interpretacji przepisów rozporządzenia 1768/92 dotyczącego warunków uzyskania świadectwa.

⁸⁹⁷ Wyrok w sprawie AstraZeneca, pkt 18

⁸⁹⁸ W tym stanie faktycznym miał zastosowanie art. 4 akapit trzeci pkt 8 lit. a) ppkt iii) dyrektywy w sprawie zbliżenia

prawnych przez AZ „nienaturalnie” chronił produkty, dla których okres ochrony zapewniony przez patent lub okres wyłączności danych już upłynął⁸⁹⁹.

Zarówno Sąd, jak i TSUE zasadniczo przychylił się do stanowiska Komisji wyrażonego w decyzji w sprawie AstraZeneca. Co do pierwszej postaci nadużycia przez AZ jej pozycji dominującej na rynku farmaceutycznym, TSUE potwierdził, że wprowadzenie urzędów patentowych w błąd było działaniem świadomym i celowym⁹⁰⁰. AZ w korzystny dla siebie sposób dokonała wykładni przepisów rozporządzenia 1768/92. Powołanie się na dobrą wiarę w tym względzie nie było wystarczającym elementem do uznania, że AZ swoim zachowaniem nie naruszyła wolnej konkurencji. Prawdopodobnie zaś wydaje się stwierdzenie, że polityka prowadzona przez AZ miała służyć jak najdłuższemu monopolistycznemu występowaniu na rynku właściwym⁹⁰¹. W tym przypadku TSUE zwrócił wyraźną uwagę na pozycję przedsiębiorstwa takiego jak grupa AZ, czyli posiadającego pozycję dominującą, bowiem jest ono obarczone „odpowiedzialnością za naruszenie skutecznej i niezakłóconej konkurencji w Unii Europejskiej”. Przedsiębiorstwo takie musi mieć świadomość tej odpowiedzialności, nawet w przypadku dokonywania czynności dozwolonej przepisami prawa⁹⁰². Zdaniem TSUE wystarczającym elementem dla uznania, że oświadczenia, które wprowadzały w błąd mogły jednocześnie ograniczać konkurencję, jest pokazanie, że w takim przypadku zaistniały określone, ale rzeczywiste skutki antykonkurencyjne⁹⁰³.

Z kolei przy analizie drugiej formy nadużycia pozycji dominującej TSUE wyjaśnił, że nieuprawnione jest powoływanie się przez AZ na konieczność ochrony inwestycji w celu uniemożliwienia skorzystania przez producentów produktów leczniczych generycznych z jej wyników badań. Podstawą dla takiego stwierdzenia jest fakt, że z chwilą zakończenia okresu wyłączności dane przedsiębiorstwo nie może korzystać z wyników badań naukowych w sposób wyłączny⁹⁰⁴. Ponadto TSUE co prawda uznał, że obiektywnym uzasadnieniem dla żądania cofnięcia pozwolenia na dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu jest znoszenie obowiązku „w zakresie nadzoru nad bezpieczeństwem farmakoterapii”, jednakże w tym konkretnym stanie faktycznym jest to zagadnienie o charakterze ubocznym, z uwagi na jej podniesienie po raz pierwszy dopiero na etapie postępowania spornego⁹⁰⁵.

⁸⁹⁹ Wyrok w sprawie AstraZeneca, pkt 19

⁹⁰⁰ Wyrok w sprawie AstraZeneca, pkt 84

⁹⁰¹ Wyrok w sprawie AstraZeneca, pkt 93 i 94

⁹⁰² Wyrok w sprawie AstraZeneca, pkt 98

⁹⁰³ Wyrok w sprawie AstraZeneca, pkt 112

⁹⁰⁴ Wyrok w sprawie AstraZeneca, pkt 131

⁹⁰⁵ Wyrok w sprawie AstraZeneca, pkt 131

Wyroki w sprawie AstraZeneca I oraz w sprawie AstraZeneca pokazują, że za praktykę antykonkurencyjną nie musi być uznane jedynie działanie podmiotu posiadającego pozycję dominującą o charakterze gospodarczym, ale takie, które ewentualnie może wpływać na ograniczenie konkurencji na rynku⁹⁰⁶

Moim zdaniem, czynniki w postaci skomplikowanego charakteru reguł ochrony konkurencji oraz trudności w wyważeniu interesów uczestników handlu równoległego z pewnością będą powodować w przyszłości różnorodne spory. Należy jednak podkreślić, że zakazanymi praktykami ograniczającymi import równoległy będą tylko te praktyki, które są uznane za antykonkurencyjne na gruncie unijnych i krajowych reguł konkurencji.

4. Decentralizacja kompetencji wykonywania prawa ochrony konkurencji

W niniejszym punkcie przedstawię założenia reformy unijnego prawa ochrony konkurencji oraz wynikający z tego podział kompetencji pomiędzy Komisję oraz organy krajowe.

Zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 lit. b TFUE „ustanawianie reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego” przynależy do wyłącznych kompetencji Unii Europejskiej⁹⁰⁷. Oznacza to, że w tej dziedzinie „jedynie Unia może stanowić prawo oraz przyjmować akty wiążące, natomiast Państwa Członkowskie mogą to czynić wyłącznie z upoważnienia Unii lub w celu wykonania aktów Unii”⁹⁰⁸. Z drugiej strony nie pozbawia to państw członkowskich kompetencji prawotwórczych. Mogą one tworzyć regulacje dotyczące reguł konkurencji, ale tylko niezbędnych dla prawidłowego funkcjonowania rynku krajowego⁹⁰⁹.

Obecny system wykonywania prawa ochrony konkurencji na szczeblu unijnym jest systemem zdecentralizowanym, którego podstawę stanowi rozporządzenie 1/2003. Przed uchwaleniem powyższego rozporządzenia w Unii Europejskiej istniał system scentralizowany mający swoje źródło w rozporządzeniu nr 17. Przyczyną zmian była potrzeba reorganizacji struktury wykonywania unijnych reguł konkurencji przez sądy i krajowe organy ochrony

⁹⁰⁶ T. Kozieł, *Nadużycie...*, *op. cit.*, s. 44

⁹⁰⁷ Art. 3 ust. 1 lit. b TFUE

⁹⁰⁸ Art. 2 ust. 1 TFUE

⁹⁰⁹ B. Kurcz, *Lizboński miszmasz. Wpływ traktatu lizbońskiego na prawo konkurencji* (w:) B. Kurcz, *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2010, s. 37

konkurencji oraz wyeliminowania systemu notyfikacji kierowanych do Komisji w celu wyjęcia danej praktyki spod ogólnego zakazu⁹¹⁰.

Należy wyraźnie podkreślić, że nowy system wykonywania unijnych reguł konkurencji to nie tylko rozporządzenie 1/2003. Przed początkową datą jego stosowania, tj. przed 1 maja 2004r.⁹¹¹ Komisja wydała rozporządzenie wykonawcze oraz obwieszczenia⁹¹², które stanowią tzw. pakiet modernizacyjny⁹¹³.

W literaturze przedmiotu wyróżnia się następujące założenia nowego zdecentralizowanego systemu wykonywania reguł konkurencji:

- przyznanie uprawnienia dla krajowych organów ochrony konkurencji i sądów krajowych do stosowania w całości obecnego art. 101 TFUE, co powoduje możliwość bezpośredniego stosowania wyłączeń spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję;
- zobowiązanie krajowych organów ochrony konkurencji i sądów krajowych do stosowania obecnych art. 101 i 102 TFUE, jeżeli analizowana przez nie praktyka wypełnia hipotezę któregośkolwiek z wymienionych przepisów;
- wprowadzenie zasady, że poprzez zastosowanie przepisów krajowego prawa ochrony konkurencji nie można zakazać porozumień, których zawieranie zostało dopuszczone na podstawie unijnych reguł konkurencji;
- przeniesienie uprawnień Komisji do stosowania unijnych reguł konkurencji na rzecz sądów i organów krajowych, co wpłynęło na poszerzenie zakresu podmiotów uprawnionych do stosowania art. 101 i 102 TFUE⁹¹⁴.

Charakterystyczną cechą nowego systemu jest decentralizacja, która polega na przekazaniu, na podstawie przepisów prawnych – to jest rozporządzenia 1/2003 kompetencji do wykonywania unijnych reguł konkurencji, zwłaszcza obecnego art. 101 ust. 3 TFUE⁹¹⁵. Nie można jednak mówić o całkowitej niezależności krajowych podmiotów (organów i

⁹¹⁰ Rozporządzenie 1/2003, pkt 3

⁹¹¹ Art. 45 Rozporządzenia 1/2003

⁹¹² Obwieszczenie Komisji dotyczące współpracy w ramach sieci organów ochrony konkurencji (Dz. Urz. WE C 101 z 27.04.2004r., s. 43); dalej jako: Obwieszczenie Komisji dotyczące współpracy w ramach sieci; Obwieszczenie Komisji dotyczące współpracy pomiędzy Komisją i sądami państw członkowskich UE w stosowaniu art. 81 i 82 TWE (Dz. U. WE C 101 z 27.04.2004r., s. 54); Obwieszczenie Komisji dotyczące ułatwiania przez Komisję skarg na podstawie art. 81 i 82 TWE (Dz. U. WE C 101 z 27.04.2004r., s. 65); Obwieszczenie Komisji dotyczące nieformalnych wskazówek w sprawie nowych pytań dotyczących art. 81 i 82 TWE, które powstają w indywidualnych sprawach (listy informacyjne) (Dz. U. WE C 101 z 27.04.2004r., s. 78); wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel; Obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (Dz. U. WE C 101 z 27.04.2004r., s. 97); cyt. za: M. Krasnodębska – Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Warszawa 2006, s. 143 - 144

⁹¹³ M. Krasnodębska – Tomkiel, *Wspólnotowe...*, op. cit., s. 143

⁹¹⁴ *Ibidem*, s. 147

⁹¹⁵ Stosowanie tego przepisu w systemie scentralizowanym należało wyłącznie do Komisji

sądów), ponieważ Komisja w dalszym ciągu posiada dominującą pozycję, czego podstawa normatywna znajduje się w art. 11 i 16 rozporządzenia 1/2003⁹¹⁶.

Cechą system zdecentralizowanego jest równoległe stosowania krajowego i unijnego prawa konkurencji⁹¹⁷. Oznacza to, że ten sam stan faktyczny jest oceniany przez pryzmat norm należących do różnych systemów prawnych⁹¹⁸.

Przepisy rozporządzenia 1/2003 są skierowane do trzech kategorii podmiotów: Komisji, organów ochrony konkurencji państw członkowskich oraz sądów krajowych i wskazują, że te podmioty posiadają uprawnienie do stosowania art. 101 i 102 TFUE (według obecnej numeracji)⁹¹⁹.

W Unii Europejskiej nie występują organy, które spełniałyby wyłącznie funkcje organów antymonopolowych. Tak więc organem antymonopolowym jest każdy organ stosujący unijne reguły konkurencji. Wskazać można tutaj na Radę, jako na organ posiadający kompetencje prawotwórcze⁹²⁰. Jednakże Komisja, jako organ administracyjno – wykonawczy⁹²¹ odpowiada za politykę konkurencji w ramach Unii Europejskiej. Regulacja pozycji ustrojowej Komisji znajduje się w art. 244 i nast. TFUE.

Wprowadzenie nowego systemu istotnie zmieniło rolę Komisji jako unijnego organu antymonopolowego. Wynika to głównie z faktu zastąpienia obowiązku notyfikacji dokonywanym przez przedsiębiorców systemem bezpośrednio stosowanych wyłączeń. Uznaje się, że obecne kompetencje Komisji mają charakter mniej szczegółowy, a bardziej ogólny i sprowadzają się zasadniczo do: kształtowania polityki ochrony konkurencji; stosowania art. 101 i 102 TFUE, ale tylko w sprawach o szczególnym znaczeniu dla ochrony konkurencji na płaszczyźnie Unii Europejskiej; kooperacji z krajowymi organami ochrony konkurencji w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji; oferowania pomocy sądom krajowym⁹²².

Nadawanie kierunku polityce ochrony konkurencji przez Komisję następuje przez wydawanie rozporządzeń dotyczących wyłączeń grupowych. Podobne znaczenie ma opracowywanie wytycznych, w których Komisja nakreśla właściwy sposób wykładni unijnych przepisów antymonopolowych oraz wydawanie decyzji stwierdzającej brak zastosowania obecnego art. 101 do porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub

⁹¹⁶ M. Krasnodębska – Tomkiel, *Wspólnotowe...*, *op. cit.*, s. 214; wskazane przepisy dotyczą współpracy między Komisją a organami krajowymi dlatego zostaną omówione w dalszej części

⁹¹⁷ Zob. art. 3 rozporządzenia 1/2003

⁹¹⁸ D. Miąsik (w:) T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2009, s. 303

⁹¹⁹ Art. 4 – 6 rozporządzenia 1/2003

⁹²⁰ Przykłady aktów prawnych wydanych przez Radę w zakresie prawa konkurencji zostały wskazane wyżej

⁹²¹ M. Stefaniuk, *Publicznoprawne...*, *op. cit.*, s. 51

⁹²² M. Krasnodębska – Tomkiel, *Wspólnotowe...*, *op. cit.*, s. 148

praktyki uzgodnionej⁹²³. W aspekcie dynamicznej roli Komisji wskazuje się również na opinie, sporządzane w formie pisemnej, mające za swój przedmiot unijne przepisy ochrony konkurencji i które wydawane są przez służby Komisji⁹²⁴.

Zgodnie ze zreformowanym systemem Komisja powinna wszczynać postępowania antymonopolowe w sprawach o szczególnym charakterze, na przykład w sprawach mających znaczny zasięg terytorialny w ramach Unii Europejskiej⁹²⁵.

Jedną z cech wyróżniających system źródeł prawa Unii Europejskiej, ze szczególnym naciskiem kładzionym na prawo konkurencji jest występowanie tzw. aktów prawa miękkiego (soft law). Mimo że nie można im przypisać wiążącego charakteru, są to jednak akty w pełni legalne, ponieważ są wydawane przez organy „w granicach ich kompetencji i przy zastosowaniu określonej prawem procedury”⁹²⁶. Podnosi się, że tego rodzaju akty prawne są stosowane głównie w sferze organizacyjnej Unii Europejskiej i w jej relacjach z państwami trzecimi, jednakże nie są w stanie zmieniać prawa pierwotnego i prawa pochodnego Unii Europejskiej⁹²⁷.

Obwieszczenia, jako jeden z rodzajów aktów prawa miękkiego, wydawane przez Komisję mają niewątpliwy wpływ na kształtowanie i stosowanie prawa ochrony konkurencji. Wynika to z tego, że Komisja formułuje w obwieszczeniach pożądane kierunki (wytyczne) interpretacji prawa unijnego, które zasadniczo wywierają moc wiążącą wobec organu krajowego. Niepodporządkowanie się „zaleceniom” wydawanym przez Komisję może wywoływać określone reakcje ze strony unijnego organu antymonopolowego⁹²⁸. Ponieważ celem założonym przez prawodawcę unijnego przy tworzeniu tego typu regulacji było nakłonienie organów krajowych do działania zgodnego z żądaniami Komisji, bez konieczności wydawania aktów prawnie wiążących. Obowiązek wzięcia pod uwagę stanowiska Komisji został wypowiedziany w orzecznictwie TSUE⁹²⁹. W wyroku w sprawie Salvatore TSUE stwierdził, że obowiązek uwzględnienia aktów prawa miękkiego widoczny jest zwłaszcza w sytuacji dokonywania wykładni prawa krajowego będącego efektem obowiązku implementacji lub gdy prawo miękkie traktowane jest jako swego rodzaju

⁹²³ Zob. art. 10 rozporządzenia 1/2003

⁹²⁴ M. Krasnodębska – Tomkiel, *Wspólnotowe...*, *op. cit.*, s. 148

⁹²⁵ *Ibidem*, s. 148 - 149

⁹²⁶ R. Grzeszczak, *Władza wykonawcza w systemie Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 153

⁹²⁷ *Ibidem*, s. 155

⁹²⁸ M. Krasnodębska – Tomkiel, *Wspólnotowe...*, *op. cit.*, s. 280 - 281

⁹²⁹ Ł. Gołąb, *Oddziaływanie Komisji Europejskiej na funkcjonowanie krajowego organu regulacyjnego w zakresie transportu kolejowego* (w:) H. Gronkiewicz – Waltz, K. Jaroszyński, *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2011, s. 163

dopełnienie aktów tzw. hard law⁹³⁰. Należy przy tym pamiętać, że o kwalifikacji aktu do konkretnej kategorii nie decyduje jego nazwa, lecz faktyczny zakres przedmiotowy⁹³¹. Przypadek, gdzie organ krajowy powinien brać pod uwagę wytyczne Komisji jest między innymi okoliczność, w której musi dokonać wykładni zwrotu „wpływu na handel” zawartego w wytycznych w sprawie pojęcia wpływu na handel, po to aby określić, czy jest obowiązany stosować przepisy prawa unijnego do praktyk antykonkurencyjnych⁹³².

Kompetencje Komisji zawarte w rozporządzeniu 1/2003 nie zostały skatalogowane w jednym przepisie. Na podstawie literalnego brzmienia przepisów rozporządzenia 1/2003 można wyróżnić kompetencje Komisji w zakresie: wydawania decyzji⁹³³, współpracy z krajowymi organami ochrony konkurencji oraz z sądami krajowymi, prowadzenia postępowania dochodzeniowego⁹³⁴ nakładania kar z związku z naruszeniem art. 101 lub 102 TFUE⁹³⁵, wykonywania procedury wysłuchania stron⁹³⁶.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie organem krajowym właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁹³⁷. Jest on przede wszystkim organem właściwym w sprawach ochrony konkurencji w rozumieniu art. 35 rozporządzenia 1/2003⁹³⁸. Szczegółowy katalog⁹³⁹ działań

⁹³⁰ Wyrok w sprawie Salvatore; cyt. za. Ł. Gołąb, *Oddziaływanie...*, *op. cit.*, s. 163

⁹³¹ Wyrok z 15.07.1963r. w sprawie pomiędzy Plaumann and others a Komisja, Zb. Orz. 1963, s. 411, C – 16/62; wyrok z 5.05.1977r. w sprawie pomiędzy Koninklijke Scholten Hong NV a Council and Commission, Zb. Orz. 1977, s. 797, C – 101/76; cyt. za. Ł. Gołąb, *Oddziaływanie...*, *op. cit.*, s. 163

⁹³² M. Krasnodębska – Tomkiel, *Wspólnotowe...*, *op. cit.*, s. 280 - 281

⁹³³ Komisja może wydawać następujące rodzaje decyzji na podstawie Rozporządzenia 1/2003:

- 1) decyzja nakazująca zaprzestanie naruszenia art. 101 lub 102 TFUE – art. 7 ust. 1 zd. 1;
- 2) decyzja o zastosowaniu środków tymczasowych (na czas oznaczony) – art. 8 ust. 1 i 2;
- 3) decyzja o przyjęciu zobowiązań przedsiębiorców – art. 9;
- 4) decyzja stwierdzająca niestosowania art. 101 lub 102 TFUE – art. 10

Zob. Balcerowicz W., *I wilk syty i owca cała?. Wiążące zobowiązania przedsiębiorstw i decyzje Komisji Europejskiej na podstawie art. 9 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003* (w:) B. Kurcz, *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2010

⁹³⁴ Postępowanie dochodzeniowego prowadzone przez Komisję może dotyczyć konkretnego sektora gospodarki i określonych typów porozumień „jeśli tendencje w handlu między państwami członkowskimi, sztywność cen lub inne okoliczności wskazują, że konkurencja może być ograniczona lub zakłócona na obszarze wspólnego rynku”. Komisja przeprowadziła również takie dochodzenie w stosunku do sektora farmaceutycznego. Komisja badała głównie przyczyny opóźnień wprowadzania na rynek leków generycznych. Wyniki tego badania znajdują się w komunikacie Komisji – streszczeniu sprawozdania. W ramach postępowania dochodzeniowego Komisja jest uprawniona do: żądania informacji od przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw (art. 18); przyjmowania oświadczeń od osób fizycznych i prawnych, pod warunkiem wyrażenia przez nich zgody, dla celów postępowania (art. 19); przeprowadzania kontroli (art. 20)

⁹³⁵ Kary nakładane przez Komisję w drodze decyzji dzielą się na: grzywny (art. 23 rozporządzenia 1/2003) oraz okresowe kary pieniężne (art. 24 rozporządzenie 1/2003)

⁹³⁶ Procedura ta ma charakter fakultatywny – zob. art. 27

⁹³⁷ Dalej jako: Prezes Urzędu Ochrony. Jest on centralnym organem administracji rządowej. Na temat pozycji ustrojowej Prezesa Urzędu Ochrony zob. B. Szmulik, K. Miaskowska – Daszkiewicz, *Administracja publiczna, t. 1, Ustrój administracji państwowej centralnej*, Warszawa 2012, s. 358 i nast.

⁹³⁸ Art. 29 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie

⁹³⁹ Jest to katalog o charakterze otwartym

(obowiązków i uprawnień) Prezesa Urzędu Ochrony znajduje się w art. 31 ustawy o ochronie⁹⁴⁰.

Co do zasady należy uznać właściwość Prezesa Urzędu Ochrony we wszelkich sprawach związanych z ochroną konkurencji, chyba, że odrębna ustawa wskazuje na inny organ właściwy⁹⁴¹. Oznacza to, że Prezes Urzędu jest kompetentny do prowadzenia postępowania w ramach każdego rynku i każdej działalności gospodarczej, inaczej niż ma to miejsce w przypadku określania kompetencji między innymi Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, czy też Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki⁹⁴². Prezes Urzędu Ochrony oraz inne wymienione tutaj organy określane są jako organy regulacyjne, przede wszystkim w związku z wyodrębnieniem funkcji regulacyjnej działalności państwa. Cechami wyróżniającymi tego rodzaju podmioty są ich specyficzne kompetencje i zadania, które opierają się na działaniach ingerujących w rynek. Organ regulacyjny posiada w miarę szeroki zakres uprawnień opartych na uznaniowości w podejmowaniu decyzji⁹⁴³. Wykorzystując środki administracyjne mogą modelować warunki typowo ekonomiczne prowadzenia działalności gospodarczej. Specyficzną cechą ich działalności jest również ochrona wartości ważnych z uwagi na interes publiczny i taką wartością jest między innymi omawiana w tym rozdziale konkurencja⁹⁴⁴. Równoczesne stosowanie przepisów prawa konkurencji oraz mechanizmów regulacyjnych może spowodować powstanie konfliktu kompetencyjnego o charakterze „poziomym”, co z dużym prawdopodobieństwem może wpłynąć na sytuację prawną innych uczestników rynku⁹⁴⁵. PrFarm nie wprowadza odrębnego organu, który byłby kompetentny w sprawach ochrony konkurencji na rynku farmaceutycznym, dlatego w tym zakresie należy uznać właściwość Prezesa Urzędu Ochrony.

Jak wynika z rozważań przeprowadzonych we wcześniejszych rozdziałach import równoległy jest tego rodzaju przepływem towarów, w którym wystąpienie elementu transgranicznego jest obligatoryjne. Z tego powodu postępowania antymonopolowe mające za swój przedmiot praktyki ograniczające handel równoległy będą prowadzone zgodnie z przepisami unijnego prawa ochrony konkurencji lub może dojść do równoległego stosowania krajowego i unijnego prawa ochrony konkurencji. Można zaryzykować stwierdzenie, że w

⁹⁴⁰ Zob. art. 31 ustawy o ochronie

⁹⁴¹ Zob. art. 3 ustawy o ochronie

⁹⁴² K. Jaroszyński, *Kilka uwag na temat europeizacji organów regulacyjnych* (w:) H. Gronkiewicz – Waltz, K. Jaroszyński, *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2011, s. 245

⁹⁴³ Dotyczy do oceny stanu faktycznego oraz określania skutków prawnych

⁹⁴⁴ K. Jaroszyński, *Kilka...*, *op. cit.*, s. 233

⁹⁴⁵ J. Baehr, A. Stawicki, *Rozważania wokół równoległego stosowania prawa konkurencji i instrumentów regulacyjnych* (w:) C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)*, Warszawa 2005, s. 146

prawie wszystkich przypadkach owe praktyki będą wywierały wpływ na handel między państwami członkowskimi, w rozumieniu przyjętym na tle art. 101 i 102 TFUE⁹⁴⁶.

W takich sytuacjach występują dwie możliwości. W pierwszej krajowy organ ochrony konkurencji i sąd stosują wyłącznie prawo unijne i są wtedy unijnymi organami antymonopolowymi lub sądem unijnym w znaczeniu funkcjonalnym. Natomiast w drugim przypadku dana praktyka oceniana jest z perspektywy dwóch porządków prawnych. Zastosowanie ma wówczas przepis art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003⁹⁴⁷.

Obowiązek stosowania unijnych reguł konkurencji przez Prezesa Urzędu Ochrony należy postrzegać jako obowiązek, który nie może być przekształcony ani zniesiony przez prawo krajowe, w tym ustawę o ochronie⁹⁴⁸. Prezes Urzędu Ochrony stosując art. 101 lub 102 TFUE w indywidualnych sprawach wydaje decyzje wskazane w art. 5 rozporządzenia 1/2003. Pokrywają się one z rodzajami decyzji wskazanymi w ustawie o ochronie, w przypadku gdy Prezes Urzędu Ochrony stosuje wyłącznie przepisy prawa krajowego. Można w tym zakresie wyróżnić⁹⁴⁹:

- „decyzję domagającą się zaprzestania naruszenia”⁹⁵⁰ - „decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania”⁹⁵¹;
- „decyzję zarządzającą środki tymczasowe”⁹⁵² - decyzję tymczasową⁹⁵³;
- „decyzję akceptującą zobowiązania”⁹⁵⁴ - decyzję zobowiązującą⁹⁵⁵;
- „decyzję nakładającą grzywny lub okresowe kary pieniężne lub inne kary przewidziane w krajowych przepisach prawnych”⁹⁵⁶ - decyzje nakładające kary pieniężne⁹⁵⁷.

Z powyższej komparatystyki wynika, że w prawie unijnym nie występuje typ decyzji, jakim jest decyzja stwierdzająca naruszenie praktyki ograniczającej konkurencję i stwierdzająca zaniechanie tego naruszenia⁹⁵⁸.

W poprzednim systemie wykonywania reguł konkurencji oprócz odpowiednich przepisów rozporządzenia nr 17 stosowało się bardziej szczegółową regulację w postaci

⁹⁴⁶ Odsyłam do wcześniejszych ustaleń

⁹⁴⁷ D. Miąsik (w):..., op. cit., s. 303

⁹⁴⁸ Zob. *Ibidem*, s. 313

⁹⁴⁹ Pierwsza decyzja jest wydawana według prawa unijnego, druga według prawa polskiego

⁹⁵⁰ Art. 5 zd. 1 tiret pierwsze rozporządzenia 1/2003

⁹⁵¹ Art. 10 ustawy o ochronie

⁹⁵² Art. 5 zd. 1 tiret drugie rozporządzenia 1/2003

⁹⁵³ Art. 89 ustawy o ochronie

⁹⁵⁴ Art. 5 zd. 1 tiret trzecie rozporządzenia 1/2003

⁹⁵⁵ Art. 12 ustawy o ochronie

⁹⁵⁶ Art. 5 zd. 1 tiret czwarte rozporządzenia 1/2003

⁹⁵⁷ Art. 106 i 107 ustawy o ochronie

⁹⁵⁸ W ustawie o ochronie jest to art. 11 ust. 2

Obwieszczenia Komisji w sprawie współpracy między Komisją a krajowymi organami ochrony konkurencji przy prowadzeniu spraw z zakresu stosowania art. 81 i 82 TWE⁹⁵⁹. Podział kompetencji, na podstawie obwieszczenia Komisji w sprawie współpracy, następował według zasady subsydiarności⁹⁶⁰ oraz w taki sposób aby uniknąć prowadzenia w tym samym czasie więcej niż jednego postępowania w tej samej sprawie⁹⁶¹. Natomiast obecnie zasady współpracy Komisji z krajowymi organami ochrony konkurencji zostały sformułowane w art. 11 i nast. rozporządzenia 1/2003 oraz w Obwieszczeniu Komisji w sprawie współpracy w ramach sieci. Przepisy rozporządzenia 1/2003 stanowią podłoże dla istnienia zdecentralizowanego modelu wykonywania prawa ochrony konkurencji⁹⁶². Przyczyną stworzenia takiej regulacji jest brak ścisłego przedmiotowego rozdzielenia kompetencji Komisji i organów krajowych⁹⁶³.

Stosowanie unijnych reguł konkurencji powinno mieć miejsce w ramach ścisłej współpracy Komisji i krajowych organów ochrony konkurencji⁹⁶⁴. Owa współpraca przebiega na różnorodnych płaszczyznach. Przejawia się ona w między innymi w przekazywaniu przez Komisję kopii najważniejszych dokumentów związanych z prowadzonymi postępowaniami antymonopolowymi⁹⁶⁵ oraz w obowiązku, nałożonym na krajowe organy ochrony konkurencji w postaci informowania Komisji oraz organów antymonopolowych innych państw członkowskich⁹⁶⁶ o wszczęciu postępowania na podstawie obecnego art. 101 lub 102 TFUE⁹⁶⁷. Stosując unijne prawo konkurencji organy krajowe mogą przeprowadzać konsultacje z Komisją⁹⁶⁸.

Krajowe organy ochrony konkurencji nie są uprawnione do prowadzenia postępowania w sprawie praktyk antykonkurencyjnych, jeżeli Komisja pierwsza wszczęła postępowanie celem wydania odpowiedniej decyzji na podstawie rozporządzenia 1/2003. Natomiast w sytuacji odwrotnej do wszczęcia postępowania przez Komisję potrzebne jest zasięgnięcie opinii krajowego organu antymonopolowego⁹⁶⁹. Taka regulacja, moim zdaniem,

⁹⁵⁹ Dz. Urz. WE C 313 z 15.10.1997 r. s. 3; dalej jako: obwieszczenie Komisji w sprawie współpracy; cyt. za: M. Krasnodębska – Tomkiel, *Wspólnotowe...*, *op. cit.*, s. 126

⁹⁶⁰ To znaczy, że decyzje zapadały na poziomie jak najbliższym dla obywateli

⁹⁶¹ Obwieszczenie Komisji w sprawie współpracy, pkt 10. Zob. więcej M. Krasnodębska – Tomkiel, *Wspólnotowe...*, *op. cit.*, s. 126 i nast.

⁹⁶² M. Krasnodębska – Tomkiel, *Wspólnotowe...*, *op. cit.*, s. 171

⁹⁶³ D. Miąsik (w:)..., *op. cit.*, s. 316

⁹⁶⁴ Art. 11 ust. 1 rozporządzenia 1/2003

⁹⁶⁵ Art. 11 ust. 2 rozporządzenia 1/2003

⁹⁶⁶ Jednak brak tutaj elementu obligatoryjności, ponieważ zgodnie z art. 11 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia 1/2003: „informacja ta może być również udostępniona”

⁹⁶⁷ Art. 11 ust. 3 rozporządzenia 1/2003

⁹⁶⁸ Art. 11 ust. 5 rozporządzenia 1/2003

⁹⁶⁹ Art. 11 ust. 6 rozporządzenia 1/2003

jednoznacznie wskazuje na dominującą rolę Komisji w stosowanie unijnych reguł konkurencji.

Narzędziem umożliwiającym i ułatwiającym prowadzenie postępowań na podstawie art. 101 i 102 TFUE jest system wymiany informacji, polegający na „wzajemnym przekazywaniu i wykorzystywaniu jako dowodu wszelkiego rodzaju materiałów o charakterze faktycznym lub prawnym, w tym informacji poufnych”⁹⁷⁰. Prawodawca unijny wprowadza jednak ograniczenia co do możliwości wykorzystania informacji uzyskanych w tym trybie⁹⁷¹.

Przepisy rozporządzenia 1/2003 reguluje ponadto okoliczności w przypadku zaistnienia których można zawiesić lub całkowicie zakończyć postępowanie antymonopolowe⁹⁷². Dzięki takiej regulacji prawnej w podobnych stanach faktycznych nie zostanie wydana więcej niż jedna decyzja przez organy różnych państw członkowskich Unii Europejskiej.

Komisja oraz krajowe organy antymonopolowe są członkami grupy, określaną mianem Europejskiej Sieci Konkurencji, której celem jest stworzenie warunków do ścisłej współpracy w celu ochrony konkurencji⁹⁷³. Nie może być ona rozumiana jako jeden z organów unijnych, nie jest wyposażona również w osobowość prawną. W ramach Europejskiej Sieci Konkurencji Komisja oraz krajowe organy ochrony konkurencji prowadzą rozmowy na temat praktyk ograniczających konkurencję. Europejska Sieć Konkurencji oparta na współpracy swoich członków umożliwia przepływ informacji o rozpoczętych i toczących się postępowaniach antymonopolowych⁹⁷⁴.

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że konkurencja rozumiana jako przejaw funkcjonowania wolnego rynku podlega szczególnej ochronie zarówno na poziomie unijnym, jak i krajowym. W tym aspekcie konieczne było uregulowanie kompetencji organów uprawnionych do wszczynania i prowadzenia postępowań antymonopolowych. Należy również wyraźnie podkreślić znaczenie prawidłowego wyważenia interesów podmiotów uczestniczących w imporcie równoległym, ponieważ co prawda istnieje obowiązek przeciwstawiania się naruszeniu bądź ograniczeniu wolnej konkurencji, jednakże wskazane jest również uwzględnianie w niektórych przypadkach słusznym interesów producentów produktów leczniczych dla których działania hurtowników

⁹⁷⁰ Art. 12 ust. 1 rozporządzenia 1/2003

⁹⁷¹ Art. 12 ust. 2 i 3 rozporządzenia 1/2003

⁹⁷² Art. 13 rozporządzenia 1/2003

⁹⁷³ Obwieszczenie Komisji w sprawie współpracy w ramach sieci; ust. 1 pkt 1

⁹⁷⁴ A. Powałowski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 240

prowadzących import równoległy przynoszą straty finansowe, co myślę udało mi się wskazać w powyższym opracowaniu.

INNE ŹRÓDŁA

Swobodny przepływ towarów. Przewodnik stosowania postanowień traktatowych regulujących swobodny przepływ towarów. Dostępny na stronie internetowej pod adresem http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/goods/docs/art34-36/new_guide_pl.pdf

Raport z badania rynku hurtowego obrotu lekami w Polsce, Warszawa 2006. Dostępny na stronie internetowej pod adresem http://uokik.gov.pl/analizy_ryнку2.php