

Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji

Daria Kostecka-Jurczyk

Wrocław 2014

Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji

Daria Kostecka-Jurczyk

**Porozumienia kooperacyjne w polskim
i europejskim prawie konkurencji**

Wrocław 2014

Komitet Redakcyjny
Przewodniczący – *prof. dr hab. Leonard Górnicki*
Członek – *mgr Bożena Górna*
Sekretarz – *mgr Aleksandra Dorywała*

Recenzent
prof. dr hab. Konrad Nowacki

© Copyright by **Daria Kostecka-Jurczyk**

Korekta
Anna Miecznikowska

Projekt i wykonanie okładki
Andrzej Malenda

Skład i opracowanie techniczne
Marta Uruska, Tomasz Kalota eBooki.com.pl

Wydawca
E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-61370-82-6

Spis treści

Wykaz skrótów	11
Wstęp.....	13

ROZDZIAŁ I

Wprowadzenie do prawa konkurencji.....	17
1. Cele prawa konkurencji.....	17
2. Zakres przedmiotowy i podmiotowy prawa konkurencji.....	20
2.1. Zasada jednej jednostki ekonomicznej.....	22
3. Ekstraterytorialne stosowanie prawa konkurencji UE.....	23
3.1. Współpraca bilateralna.....	24
4. Prawo konkurencji UE a prawo krajowe państw członkowskich.....	25
5. Granice jurysdykcji organów UE i krajowych organów antymonopolowych.....	28
5.1. Porozumienie ograniczone do jednego państwa członkowskiego	32
6. Rynek właściwy.....	33
6.1. Rynek właściwy produktowo	34
6.2. Definicja rynku geograficznego.....	37
6.3. Rynek właściwy czasowo.....	37
6.4. Błąd celofanowy.....	38
7. Aspekty ekonomiczne prawa konkurencji.....	38

ROZDZIAŁ II

Praktyki ograniczające konkurencję	47
1. Porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw, uzgodniona praktyka.....	47
1.1. Cel lub skutek porozumienia, decyzji lub uzgodnionej praktyki	51
2. Porozumienia horyzontalne i wertykalne	53
2.1. Porozumienia horyzontalne.....	53
2.2. Porozumienia wertykalne	56
2.3. Klauzule cenowe	59
2.4. Ekonomiczne skutki porozumień wertykalnych	60
3. Wymiana informacji między przedsiębiorstwami	61
4. Kartel	64
5. Cicha zмова	67
6. Rozróżnienie pomiędzy porozumieniem a jednostronnym działaniem.....	68
7. Kolektywna pozycja dominująca a zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję	70

ROZDZIAŁ III

Wspólne przedsiębiorstwo	75
1. Wspólne przedsiębiorstwo w prawie konkurencji UE	75
1.1. Test pełnofunkcyjności.....	78
1.1.1. Autonomia operacyjna	79
1.1.2. Zasoby.....	79
1.1.3. Działalność wychodząca poza jedną szczególną sferę funkcji założycieli	80
1.1.4. Zależność od założycieli	80
1.1.5. Trwałe podstawy	81
2. Zmiana zakresu działalności istniejącego wspólnego przedsiębiorstwa	82
3. Rozróżnienie pomiędzy kooperacyjną i koncentracyjną JV.....	84
4. Problemy konkurencyjne w odniesieniu do wspólnego przedsiębiorstwa	85
4.1. Cel lub skutek koordynacji.....	87
4.2. Symetria działalności założycieli	88
4.3. Wymiana informacji między założycielami	89
4.4. Rola wspólnego przedsiębiorstwa w procesie podejmowania decyzji przez założycieli	89
5. Ograniczenie konkurencji sprzeczne z art. 101 ust. 1 TFUE	89

ROZDZIAŁ IV

Wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję	93
1. Wyłączenia indywidualne.....	93
1.1. Reguła rozsądku	93
1.2. Bardziej ekonomiczne podejście do art. 101 ust. 1 TFUE	94
1.3. Materialnoprawne przesłanki wyłączenia	98
2. System wyłączeń grupowych	102
2.1. Nowy typ rozporządzeń o wyłączeniach grupowych.....	104
2.2. Rozporządzenie Komisji Nr 330/2010 z 20.04.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE do porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych	105
2.3. Wyłączenia grupowe porozumień specjalizacyjnych.....	107

ROZDZIAŁ V

Stosowanie prawa konkurencji przez Komisję Europejską	113
1. Rola Komisji Europejskiej w egzekwowaniu przepisów prawa konkurencji ..	113

2. Kooperacja między krajowymi organami ochrony konkurencji państw członkowskich i sądami.....	116
2.1. Kompetencje organów konkurencji państw członkowskich	116
2.2. Współpraca Komisji z sądami krajowymi.....	116
2.3. Podział spraw	117
3. Postępowanie	121
3.1. Przeszukanie	122
3.2. Oświadczenie o zarzutach	124
3.3. Wysłuchanie	124
3.4. Ciężar dowodu.....	125
4. Decyzje Komisji	125
 ROZDZIAŁ VI	
Narzędzia zwalczania porozumień ograniczających konkurencję.....	127
1. Sankcje finansowe	127
2. Leniency	136
2.1. Model leniency Europejskiej Sieci Konkurencji	138
3. Postępowanie ugodowe	140
3.1. Istota postępowania ugodowego	140
3.2. Procedura ugodowa	141
3.3. Uprawnienia procesowe stron	142
4. Postępowanie ugodowe w Polsce	143
5. Leniency a postępowanie ugodowe.....	144
6. Dochodzenie roszczeń na gruncie prawa prywatnego.....	144
Zakończenie.....	147
Bibliografia	149

Wykaz skrótów

- CLR – Competition Law Review
- CMLRev – Common Market Law Review
- Dz. U. – Dziennik Ustaw
- Dz. Urz. – Dziennik Urzędowy
- ECLR – European Competition Law Review
- ELR – European Law Review
- EPS – Europejski Przegląd Sądowy
- iKAR – internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
- Komisja – Komisja Europejska
- OSNP – Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych
- PPH – Przegląd Prawa Handlowego
- PUG – Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
- RPEiS – Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
- SG – Sąd Generalny
- SOKiK – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
- TFUE – Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej
- TSUE – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
- TUE – Traktat o Unii Europejskiej
- TWE – Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską
- UOKiK – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
- u.o.k.k. – ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 16.02.2007
- WRLAiE – Wrocław Review of Law, Administration and Economics
- JV – joint venture
- WP – wspólne przedsiębiorstwo
- ICLQ – International Comparative Law Quarterly

Wstęp

Naturalną konsekwencją rozwoju współczesnych stosunków gospodarczych w skali światowej, a w szczególności procesów globalizacji jest wzrost kooperacji wśród przedsiębiorstw. Zjawisko to jest odpowiedzią na rosnącą presję konkurencyjną na rynku międzynarodowym. Z jednej strony kooperacja prowadzi do znacznych korzyści nie tylko dla przedsiębiorstw współpracujących ze sobą, ale też dla konsumentów, gdyż wzmacnia efektywność przedsiębiorstw, przyczynia się do obniżania cen i umożliwia łatwiejszy dostęp do pewnych produktów. Z drugiej jednak strony często motywem kooperacji jest dążenie do zwiększenia zysku przedsiębiorstwa. W wielu przypadkach kooperacja stanowi swego rodzaju strategię rynkową, której celem nie jest zwiększenie korzyści dla konsumenta, ale dla stron współpracujących ze sobą. Kooperacja, która budzi problemy z punktu widzenia prawa konkurencji, polega na zawieraniu jawnych bądź ukrytych porozumień dotyczących np. podziału rynku, ustalania poziomu i podwyżek cen, ustalania wielkości produkcji.

Prawo konkurencji zakazuje zawierania porozumień kooperacyjnych, a łamanie zakazu jest sankcjonowane. Jednakże osiągania zysków monopolowych nie jest w stanie powstrzymać przedsiębiorstw od zawierania porozumień zakazanych przez prawo konkurencji. Współpraca polegająca m.in. na ustalaniu cen, podziale rynków, ograniczeniu produkcji, ustalaniu wyników przetargów ze względu na jej negatywny wpływ na rynek i na konsumentów jest zabroniona w wielu systemach prawnych. W UE zakaz zawierania takich porozumień przewidują zarówno przepisy prawa europejskiego, jak i prawo krajowe poszczególnych państw członkowskich, a organy antymonopolowe stosują coraz bardziej drakońskie kary. Zasadniczym celem sankcji w sprawach kartelowych jest prewencja. Organy antymonopolowe wskazują, że efektywna walka z przedsiębiorstwami zawierającymi antykonkurencyjne porozumienia powinna mieć charakter prewencyjny, gdyż może zniechęcać do tego typu kooperacji. Główną przesłanką takiego podejścia są trudności w wykrywaniu porozumień (głównie w zebraniu materiału dowodowego, albowiem przedsiębiorstwa często ukrywają dowody zmywy, aby uniknąć kary).

Celem pracy jest ukazanie ograniczających konkurencję form kooperacji i ich skutków w świetle prawa antymonopolowego, a także próba znalezienia odpowiedzi na pytanie, na ile skuteczna jest aktualna polityka zwalczania porozumień ograniczających konkurencję, a na ile i w jakim zakresie pożądana jest jej rewizja.

W pracy przedstawiono przykładowe rodzaje porozumień ograniczających konkurencję, uwzględniając możliwość kooperacji w formie wspólnego przedsiębiorstwa. Skoncentrowano się jednak na sposobie oceny porozumień ograniczających konkurencję.

Uwzględniono tutaj tzw. podejście bardziej ekonomiczne zorientowane na gospodarcze skutki zachowań przedsiębiorstw. Analizę tą uzupełniają dane dotyczące sankcji nakładanych na przedsiębiorstwa przez organy antymonopolowe.

W opracowaniu przyjęto hipotezę, że pomimo dotkliwości sankcji administracyjnych nakładanych na przedsiębiorstwa przez organy ochrony konkurencji, skuteczność polityki zwalczania porozumień ograniczających konkurencję jest raczej ograniczona. Weryfikacja przyjętej hipotezy badawczej zostanie przeprowadzona w oparciu o analizę porozumień przedstawioną w kolejnych częściach pracy. Całość została podzielona na sześć rozdziałów.

Rozdział pierwszy został poświęcony aksjologicznym aspektom prawa konkurencji, istocie efektywności ekonomicznej w prawie konkurencji, a także problemowi terytorialnego zakresu obowiązywania prawa konkurencji UE oraz kryteriom wyznaczającym zakres jurysdykcji organów antymonopolowych (Komisji Europejskiej i krajowych organów ochrony konkurencji w państwach członkowskich).

W rozdziale drugim obok kwestii definicyjnych ukazano złożoność pojęcia „porozumienie”. Zawarto w nim także klasyfikację porozumień w ramach klasycznego podziału na horyzontalne i wertykalne oraz przedstawiono tzw. jednostronne zachowanie przedsiębiorstwa wyznaczające granice pojęcia „porozumienie”. W tej części omówiono również kwestie kooperacji przedsiębiorstw wykonujących zbiorową pozycję dominującą.

Kolejny, trzeci rozdział poświęcony został szczególnemu zagadnieniu – wspólnemu przedsiębiorstwu, które będzie definiowane jako porozumienie, przez które co najmniej dwa niezależne przedsiębiorstwa dążą do częściowej integracji działalności gospodarczej dla osiągnięcia określonych celów ekonomicznych. W praktyce wspólne przedsiębiorstwo obejmuje szeroki zakres działań – od łążeń (fuzji) mających na celu kooperację po inne szczególne funkcje, jak np. działalność badawczo-rozwojowa, wspólna produkcja czy dystrybucja. W tej części pracy ukazano istotę wspólnego przedsiębiorstwa zarówno z punktu widzenia partnerów gospodarczych, jak i organów antymonopolowych. Główną cechą charakteryzującą wspólne przedsiębiorstwo jest ograniczona integracja działalności gospodarczej w połączeniu z utrzymaniem ekonomicznej niezależności stron (niezależności spółek dominujących wspólnego przedsiębiorstwa). Ze względu na te dwie wspólne cechy ten typ porozumienia może powodować wzrost zarówno pozytywnego, jak i negatywnego stosunku do prawa antymonopolowego. Fakt, że założyciele wspólnego przedsiębiorstwa pozostają niezależni, może rodzić obawy z punktu widzenia konkurencji co do zakresu, w którym jego istnienie może jednoczyć interesy ekonomiczne spółek-matek, ułatwiając zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję lub tworzenia antykonkurencyjnych efektów rozlewania (*spillover effects*).

W rozdziale czwartym natomiast zaprezentowano bardziej ekonomiczne podejście i możliwość wyłączenia porozumienia z zakazu zawartego w art. 101 ust. TFUE i w art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (u.o.k.k.). Ukazano tutaj kryteria zastosowania wyłączeń indywidualnych oraz przedstawiono ilościowe narzędzia wykorzystywane przy ocenie możliwości zastosowania wyłączenia grupowego. Ze względu na wielość regulacji dotyczących wyłączeń grupowych ograniczono się do omówienia najnowszych rozporządzeń Komisji Europejskiej obejmujących porozumienia wertykalne i specjalizacyjne.

W rozdziale piątym omówiono mechanizmy stosowania art. 101 ust. 1 TFUE regulowane przez przepisy rozporządzenia 1/2003. W tej części pracy przedstawiono rolę Komisji Europejskiej oraz krajowych organów administracji publicznej i sądów w zwalczaniu porozumień ograniczających konkurencję. Omówiono też zakres i charakter współpracy krajowych organów antymonopolowych w ramach Europejskiej Sieci Organów Ochrony Konkurencji (ESK), a także tryb postępowania w sprawach antymonopolowych. Treścią rozdziału szóstego jest polityka sankcji administracyjnych nakładanych na przedsiębiorstwa uczestniczące w nielegalnych porozumieniach, w której ramach wykorzystuje się instytucję leniency.

W prawie konkurencji UE najważniejszym organem stosującym jego przepisy w praktyce jest Komisja Europejska (jeśli chodzi zarówno o przepisy traktatowe, jak i przepisy prawa wtórnego). Ekonomiczne znaczenie niektórych jej decyzji potwierdza, że niewątpliwie w systemie trójpodziału władzy, nie realizuje ona samodzielnie władzy wykonawczej (nie jest *quasi*-rządem). Wykonuje jednak prawo inicjatywy ustawodawczej i niektóre kompetencje typowej władzy wykonawczej (decyzje w rozumieniu art. 288 TFUE są zgodne z naturą prawną decyzji administracyjnych). Stanowi też w pewnym sensie *quasi* władzę sądowniczą, zwłaszcza gdy chodzi o skargi na sprzeczne z zasadami konkurencji porozumienia lub inne praktyki przedsiębiorstw. Wiążące akty prawne Komisji ze względu na art. 263 TFUE mogą zostać zbadane przez TSUE.

W pracy zastosowano metodę dogmatyczną, przy czym analiza przepisów prawnych została uzupełniona o analizę i interpretację decyzji Komisji Europejskiej, decyzji Prezesa UOKiK oraz orzeczeń sądowych.

Rozdział I

Wprowadzenie do prawa konkurencji

1. Cele prawa konkurencji

Prawo konkurencji w Europie Zachodniej zaczęło się rozwijać w połowie XX w. W 1957 r. jedynym krajem, w którym wdrożono prawo konkurencji, była Republika Federalna Niemiec¹. Z czasem kultura konkurencji zaczęła się wyłaniać także w innych państwach członkowskich ówczesnych Wspólnot Europejskich. Na rozwój prawa konkurencji w Europie niewątpliwie wpłynęła neoliberalna polityka ekonomiczna, za którą opowiadali się Ronald Reagan w USA i Margareth Thatcher w Wielkiej Brytanii. Z jednej strony wywarła ona znaczny wpływ na władzę i przemysł w całej Europie, a z drugiej wymusiła wdrożenie pewnych regulacji dotyczących działalności gospodarczej, w tym prawa konkurencji. Gospodarcza liberalizacja wymagała silniejszej roli prawa konkurencji, aby zapewnić, że transformacja z gospodarki mieszanej na gospodarkę liberalną odbywa się płynnie. Ponadto ETS od roku 1960 wydał wiele orzeczeń w zakresie prawa konkurencji i stworzył linię orzeczniczą, która także wpłynęła na rozwój prawa konkurencji². Wiele państw członkowskich zaczęło wprowadzać prawo konkurencji w latach 90³.

W Polsce system prawa konkurencji reaktywowano w 1990 r. wraz ze zmianą ustroju społeczno-gospodarczego. Należy jednak podkreślić, że nasz kraj ma dosyć długą tradycję ochrony konkurencji. Już w okresie międzywojennym obowiązywały przepisy antymonopolowe: ustawa z 1926 r. zwalczająca praktyki monopolistyczne⁴, a także rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z 1933 r.⁵ w sprawie rejestru kartelowego. W 1939 r. miała wejść w życie ustawa o porozumieniach kartelowych, co stało się niemożliwe z powodu wojny⁶.

¹ M. Motta, *Competition Policy Theory and Practice*, Cambridge University Press 2004, s. 10–11.

² A. Weitbrecht, *From Freiburg to Chicago and Beyond – the first 50 Years of European Competition Law*, ECLR 2008, Nr 2, s. 81–88.

³ Na przykład w Irlandii i we Włoszech wprowadzono w 1990 r., w Holandii w 1997 r., w Luksemburgu w 2004 r.

⁴ Ustawa z dnia 2.08.1926 r. zwalczająca praktyki monopolistyczne, Dz. U. Nr 96, poz. 559.

⁵ Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 4.07.1933 r. w sprawie rejestru kartelowego, Dz. U. Nr 48, poz. 383.

⁶ Szerzej na ten temat zob. A. Fornalczyk, *Pierwsze doświadczenia Urzędu Antymonopolowego*, [w:] C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej. Studia prawno-ekonomiczne*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2005, s. 25 i n.; C. Banasiński,

W Unii Europejskiej nacisk na rozwój prawa konkurencji niewątpliwie wywarły przepisy Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE). W szczególności art. 3 ust. 1 lit. g TWE, zgodnie z którym działalność Wspólnoty Europejskiej powinna uwzględniać system zapewniający, że konkurencja na rynku wewnętrznym nie zostanie zakłócona, oraz art. 4 TWE (aktualnie 119 TFUE⁷), zgodnie z którym Unia Europejska i jej państwa członkowskie powinny stosować skoordynowaną politykę gospodarczą, opartą na zasadzie otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją. Traktat Lizboński uchylił art. 3 ust. 1 lit. g, ale Protokół 27 dołączony do Traktatu stanowi, że rynek wewnętrzny powinien opierać się na systemie zapewniającym, że konkurencja nie zostanie zakłócona. W literaturze można spotkać poglądy, że przeniesienie treści art. 3 ust. 1 lit. g TWE do Protokołu 27 będzie miało wpływ na interpretację i stosowanie europejskiego prawa konkurencji. Niektórzy komentatorzy wskazują, że ta zmiana osłabi pozycję Komisji i spowoduje, że polityka konkurencji nie będzie dłużej traktowana jako dominująca, głównie ze względu na sprzeczności pomiędzy jej założeniami a celami innych obszarów polityki Unii Europejskiej⁸. Protokół 27, tak jak inne tego typu dokumenty, ma tę samą wartość prawną co Traktat. Dlatego wydaje się mało prawdopodobne, że znaczenie prawa konkurencji będzie ograniczone właśnie ze względu na przeniesienie treści art. 3 ust. 1 lit. g do Protokołu 27⁹. Tezy tej nie potwierdzają też dotychczasowe doświadczenia.

Cele prawa konkurencji Wspólnot Europejskich a później UE nie były jasno określone. Obejmują one dosyć pojemny obszar regulacji, które odnoszą się do sposobu wykorzystania narzędzi prawnych i ekonomicznych w celu wspierania konkurencji. Kluczowym aspektem polityki konkurencji jest stymulacja trwałego wzrostu gospodarczego, konkurencyjności i zatrudnienia, jako że prowadzą one do optymalnej alokacji zasobów i rozwoju działalności badawczo-rozwojowej, innowacji oraz inwestycji. Poprzez taki mechanizm źródła efektywnej konkurencji i zatrudnienia przenoszą się z jednego sektora do drugiego, aby zmaksymalizować zyski ekonomiczne. Głównym obszarem zainteresowania prawa konkurencji jest ochrona konsumentów oraz rynku przed

Ewolucja ustawodawstwa antymonopolowego w Polsce, [w:] C. Banasiński (red.), *op. cit.*, s. 10 i n.; C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, PWN, Warszawa 1994, s. 28–36; T. Dolata, *The Fight Against Unfair Competition in Poland in the Years 1918–1939*, WRLAE 2012, Nr 2, s. 16–27.

⁷ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), Dz. Urz. C 115/4.

⁸ A. Riley, *The EU Reform Treaty and Competition Protocol: undermining EC Competition Law*, CMLR 2007, Nr 12, s. 703.

⁹ Takie rozwiązanie było raczej skutkiem polityki ówczesnego prezydenta Francji niż zamierzonym osłabieniem roli polityki konkurencji UE. B. Kurcz, *Lizboński misz-masz. Wpływ Traktatu lizbońskiego na prawo konkurencji*, [w:] B. Kurcz (red.), *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Wolters Kluwer business 2010, s. 32–35.

antykonkurencyjnymi praktykami przedsiębiorstw¹⁰. Obecnie do jego fundamentalnych celów należy ekonomiczna efektywność, dobrobyt konsumentów i konkurencyjność¹¹.

Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych potwierdzają, że „[...] ochrona konkurencji jest podstawowym celem europejskiego prawa konkurencji, jako że wzmacnia ona dobrobyt konsumentów i prowadzi do efektywnej alokacji zasobów. Dodatkowym celem prawa konkurencji UE jest integracja rynku, ponieważ stanowi ona czynnik wzmacniający konkurencję”¹². Jednym z celów polityki konkurencji UE jest konkurencyjność przedsiębiorstw, co potwierdza Raport w sprawie polityki konkurencji z 2004 r., w którym wskazano: „[...] polityka konkurencji będzie kontynuowała i tworzyła warunki konkurencyjności rynków z korzyścią dla konsumentów i przedsiębiorstw”¹³.

Polityka konkurencji UE obejmuje zatem różne cele i skutecznie przyczynia się do rozwoju rynku wewnętrznego UE¹⁴. Jednak podstawowym celem jest dobrobyt konsumenta¹⁵. Warto zaznaczyć, że we wczesnym okresie rozwoju prawa konkurencji korzyści konsumenta nie były brane pod uwagę¹⁶. Komisja Europejska często uznawała, że zawieranie przez przedsiębiorstwa porozumień handlowych czy produkcyjnych nie eliminuje konkurencji całkowicie. W związku z tym nie było potrzeby szczególnej ochrony konsumenta¹⁷.

Aktualnie wraz z rozwojem procesu „europeizacji” prawa i polityki ochrony konsumentów zgodnie z TFUE wzrasta zainteresowanie konsumentem ze strony instytucji UE, w szczególności KE. Art. 169 TFUE pozwala Komisji wziąć pod uwagę interes konsumenta, w szczególności w przepisach prawnych odnoszących się do rynku wewnętrznego. Interes konsumenta powinien być także brany pod uwagę przy określaniu i wdrażaniu wszystkich działań UE. W kontekście prawa konkurencji wzrost zainteresowania konsumentem potwierdza m.in. utworzenie w 2003 r. nowej instytucji Consumer Liaison Officer, która skupia się na polityce konkurencji z punktu widzenia konsumenta. Pełni ona funkcję punktu kontaktowego dla organizacji konsumentów. Jej celem jest m.in. wzmocnienie kontaktów pomiędzy Dyrekcją Generalną ds. Konkurencji

¹⁰ Por. M. Krasnodębska-Tomkiel, *Przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję – art. 81 i 82 TWE a krajowe prawo antymonopolowe*, PPH 2005, Nr 7, s. 25.

¹¹ Zob. *XXIII Raport w sprawie polityki konkurencji*, Komisja Europejska, Bruksela 1994, s. 24–25; White Paper on Modernisation of Rules Implementing Articles 81 i 82 of the EC Treaty, Dz. Urz. 1999, C 132/1.

¹² Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz. Urz. 2010, C 130/1, pkt 5–7.

¹³ Raport w sprawie polityki konkurencji 2006, COM (2007) 358 final, pkt 1.

¹⁴ M. Stefaniuk, *Publicznoprawne reguły konkurencji*, VERBA 2005, s. 105–108.

¹⁵ Zob. B. Jedlicková, *One among many or one above all? The role of consumer and their welfare in competition law and policy*, ECLR 2013, Nr 33, s. 568 i n.

¹⁶ Z. Jurczyk, *Wybrane zagadnienia polityki konkurencji*, UOKiK, Warszawa 2004, s. 6–8.

¹⁷ A. Evans, *European Competition Law and Consumers: The Article 85 (3) Exemption*, ECLR 1981, Nr 2, s. 425.

i innymi Dyrekcjami Generalnymi, których obszar działania obejmuje kwestie ochrony konsumentów.

Niektórzy wskazują jednak, że szeroki zakres działań UE ma wpływ na decyzje w zakresie prawa konkurencji i czasami prawo konkurencji może mieć drugorzędne znaczenie. Z jednej strony zasadne wydaje się dążenie do realizacji innych celów UE przy jednoczesnym ograniczeniu roli prawa konkurencji, np. w sytuacji kryzysu. Z drugiej strony, takie podejście będzie osłabiało pewność obrotu gospodarczego i może szkodzić konsumentom. Głównym celem polityki i prawa konkurencji jest zatem ochrona konsumenta przed antykonkurencyjnymi zachowaniami przedsiębiorstw.

2. Zakres przedmiotowy i podmiotowy prawa konkurencji

Przedmiotowy zakres prawa konkurencji obejmuje zachowania ograniczające konkurencję i antykonkurencyjne koncentracje¹⁸. Takie zachowania są przedmiotem postępowania organów ochrony konkurencji (zarówno krajowych, jak i unijnych). Istotne jest jednak rozgraniczenie jurysdykcji krajowych organów ochrony konkurencji i Komisji Europejskiej. Kryterium służącym do ustalenia właściwości organu jest wpływ na handel, co zostanie omówione w pkt 6 niniejszego rozdziału. Należy jednak podkreślić, że niektóre porozumienia wykraczają poza zakres prawa konkurencji ze względu na dobra lub usługi, których dotyczą. Te zagadnienia ograniczają zakres stosowania art. 101 i art. 102 TFUE¹⁹. Zakres przedmiotowy prawa konkurencji UE odnosi się do działalności przedsiębiorstw, przy czym pojęcie przedsiębiorstwo, do którego odnoszą się przepisy prawa konkurencji, nie zostało wyjaśnione ani w przepisach Traktatu, ani aktach prawa wtórnego. Zostało ono jednak określone w orzecznictwie TSUE. Pojęcie przedsiębiorstwa obejmuje każdą osobę fizyczną lub prawną prowadzącą działalność gospodarczą i posiadającą pewną autonomię w zakresie zachowania się na rynku właściwym²⁰. Chodzi tu o każdą działalność polegającą na dostarczaniu dóbr lub świadczeniu usług na rynku właściwym, bez względu na jej formę prawną i sposób finansowania²¹. Jednostka taka powinna posiadać pewną autonomię pozwalającą jej na samodzielne podejmowanie decyzji i kształtowanie zachowań na rynku właściwym.

¹⁸ Wyrok SN z 3.03.2010, III SK 37/09, OSNP 2011, Nr 64, s. 19–20.

¹⁹ Test wpływu na handel wewnątrzunijny nie ma zastosowania do przepisów w sprawie kontroli koncentracji.

²⁰ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie konkurencji*, Wolters Kluwer business 2009, s. 27–32; *idem*, *Adresaci zakazu praktyk ograniczających konkurencję w prawie polskim i wspólnotowym*, EPS 2009, Nr 6, s. 29–37; D. Szafranski, *Przedsiębiorca zagraniczny jako przedsiębiorca w zakresie praktyk ograniczających konkurencję*, EPS 2009, Nr 6, s. 13–18.

²¹ Orzeczenie w sprawie C-41/90 *Höfner and Elser przeciwko Macrotron GmbH*, Zb. Orz. 1991, s. I-1979, pkt 21.

W Polsce ustawodawca posługuje się pojęciem przedsiębiorcy, które zostało zdefiniowane w art. 43.1 k.c.²² i art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej²³. Pojęcie przedsiębiorcy zawarte jest również w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, przy czym jest ono szersze niż w kodeksie i ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Przedsiębiorcą w świetle u.o.k.k. jest nie tylko osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 4 ust. 1) do kategorii przedsiębiorców zalicza także:

a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej,

b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,

c) osobę fizyczną, posiadającą kontrolę, w rozumieniu art. 4, pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13 u.o.k.k.

d) związek przedsiębiorców – izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, o których mowa w art. 4 pkt 1, jak również związki tych organizacji;

Pojęcie przedsiębiorstwa nie zostało zdefiniowane w Traktacie, ale jego znaczenie zostało określone w orzecznictwie TSUE. Jest ono interpretowane szeroko. Obejmuje osobę fizyczną lub prawną bez względu na jej status prawny, sposób jej finansowania i bez względu na to, czy osiąga zyski, jeśli jest zaangażowana w działalność gospodarczą. W polskim systemie prawnym pojęcie „przedsiębiorstwo” jest ujmowane przedmiotowo, podmiotowo i funkcjonalnie. Definicja pojęcia przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym zawarta jest w art. 55¹ k.c. Pojęcie „przedsiębiorstwo” w ujęciu podmiotowym oznacza jednostkę organizacyjną wyposażoną w osobowość prawną, która w zależności od normatywnego sposobu ukształtowania może spełniać określone funkcje gospodarcze. Termin przedsiębiorstwo odnosi się w tym przypadku do przedsiębiorstwa jako podmiotu określonych praw i obowiązków. Przedsiębiorstwo w ujęciu funkcjonalnym jest utożsamiane z prowadzoną działalnością gospodarczą²⁴.

²² Ustawa z dnia 23.04.1964 Kodeks Cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

²³ Ustawa z dnia 2.07.2004 o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

²⁴ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 148–153.

Aby uniknąć posługiwania się różnymi pojęciami wykorzystywanymi w prawie krajowym i unijnym (np. „porozumienia przedsiębiorstw” i „porozumienia przedsiębiorców” w niniejszej pracy będzie używane pojęcie przedsiębiorstwa w znaczeniu podmiotowym, a nie przedmiotowym²⁵).

2.1. Zasada jednej jednostki ekonomicznej

W prawie konkurencji obowiązuje zasada jednej jednostki ekonomicznej. Zachowania przedsiębiorstw są bowiem oceniane w ramach określonego podmiotu, który jest przedsiębiorstwem. Podmiot taki musi mieć pewien zakres swobody w określeniu swojego sposobu działania na rynku, bez względu na to, czy posiada odrębną osobowość prawną. Jeżeli przedsiębiorstwo nie posiada takiej swobody, nie będzie uznane za odrębny podmiot. Na przykład spółka zależna nie będzie uznawana za odrębnego przedsiębiorcę, jeśli zarówno spółka-matka, jak i spółka córka stanowią jedną jednostkę ekonomiczną, w której spółka zależna nie ma realnej swobody określania swoich zachowań rynkowych²⁶. Oznacza to, że jeśli spółka dominująca i spółka zależna nie są zdolne do podejmowania niezależnych zachowań rynkowych a zostanie między nimi zawarte porozumienie sprzeczne z przepisami prawa konkurencji, nie można mówić o naruszeniu art. 101 TFUE, o ile takie porozumienie (lub uzgodniona praktyka) będzie wynikiem wewnętrznej polityki całej jednostki²⁷.

W sprawie C-97/08P *AkzoNobel przeciwko Komisji*²⁸ TSUE stwierdził, że kiedy spółka-matka posiada 100% udziałów w spółce zależnej, istnieje domniemanie, że spółka-matka ma decydujący wpływ na zachowanie spółki zależnej i ponosi odpowiedzialność za jej zachowanie na rynku. Jeśli udział założyciela w spółce córce wynosi mniej niż 100%, jego wpływ na spółkę zależną jest oceniany w oparciu o następujące czynniki: czy wyznacza on zarząd, czy narzuca swoją politykę handlową jednostce zależnej²⁹.

W praktyce niezwykle istotne znaczenie ma zakres samodzielności spółki zależnej gdyż prawo konkurencji nie ingeruje w wewnętrzne stosunki przedsiębiorstwa. Przedsiębiorstwa, próbując uniknąć sankcji za naruszenie przepisów prawa konkurencji, podejmują decyzje o integracji wertykalnej. Taką strategię podjął m.in. Parker Pen, producent artykułów piśmienniczych. Holenderski sprzedawca hurtowy złożył skargę do

²⁵ Tak też uczynił K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących*, Wolters Kluwer business 2012, s. 29.

²⁶ Orzeczenie w sprawie 22/71 *Beguelin Import przeciwko GL Import Export*, Zb. Orz. 1971, s. 949.

²⁷ Orzeczenie w sprawie C-73/95P *Viho Europe przeciwko Komisji* (Parker Pen), Zb. Orz. 1996, s. I-5457; zob. M. Kolański, *Obowiązek współpracy gospodarczej w prawie antymonopolowym*, Dom Organizatora, Toruń 2009, s. 155–156.

²⁸ Orzeczenie w sprawie C-97/08P *AkzoNobel przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2009, s. I-8237.

²⁹ Orzeczenie w sprawie T-102/92 *Viho Europe BV przeciwko Komisji*, 1995, s. II-17.

KE, ponieważ chciał kupić produkty firmy Parker w Niemczech, aby odsprzedać je w Holandii, ale nie udało mu się zakupić dóbr od niemieckiej spółki zależnej. Parker Pen nie zezwolił bowiem dystrybutorowi w Niemczech na sprzedaż towarów holenderskiemu hurtownikowi. To stanowiło porozumienie naruszające art. 101 TFUE. Jednak zdaniem TSUE, z uwagi na wewnętrzny charakter porozumienia, przepis ten nie miał w tym przypadku zastosowania. Strategia firmy Parker była efektem wcześniejszej decyzji Komisji (podjętej w odpowiedzi na skargę holenderskiego hurtownika) stanowiącej, że jego umowa z niezależnym dystrybutorem w Niemczech naruszała art. 101 TFUE, ponieważ zawierała zakaz eksportu produktów firmy Parker³⁰. W odpowiedzi Parker utworzył swoją własną sieć dystrybucji.

TSUE zwrócił uwagę, że Parker posiada 100% udziałów w spółkach zależnych w Niemczech, Belgii, Hiszpanii, Francji i Holandii, a działania marketingowe i sprzedaż podległych jednostek są bezpośrednio ustalane przez spółkę dominującą, która kontroluje w szczególności wielkość sprzedaży, koszty, płynność, marżę handlową. Czynności te wykonują specjalne zespoły powołane do działania na danym obszarze. Przedstawiciele tych zespołów określają (ustalają) także asortyment produktów przeznaczonych do sprzedaży oraz nadzorują reklamę, ceny i systemy rabatów³¹. TSUE wskazał, że Parker i jednostki zależne tworzą zatem całość gospodarczą, w której jednostki zależne nie posiadają autonomii w ustalaniu kursu akcji na rynku, ale są zobowiązane do przestrzegania wytycznych spółki dominującej. Dlatego TSUE wykluczył zastosowanie art. 101 ust. 1 do grupy Parker³².

Istotnym problemem w zakresie realizacji celów polityki konkurencji UE jest umiędzynarodowienie działalności wielu przedsiębiorstw. Wzrost antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorstw pod koniec XIX w. zrodził dyskusję na temat ekstraterytorialnej jurysdykcji krajowych organów ochrony konkurencji.

3. Ekstraterytorialne stosowanie prawa konkurencji UE

W praktyce ekstraterytorialne stosowanie prawa konkurencji UE rodzi wiele problemów. Po pierwsze postępowanie dochodzeniowe poza obszarem UE w sprawie domniemanego naruszenia europejskiego prawa konkurencji często wymaga współpracy z właściwymi organami z państw trzecich. Po drugie istnieją trudności w egzekwowaniu decyzji organów ochrony konkurencji UE, wydanych w postępowaniach o naruszenie

³⁰ Decyzja KE w sprawie *Viho/Parker Pen*, Dz. Urz. 1992, L 233/27 i orzeczenie w sprawie T-77/92 *Parker v Commission*, Zb. Orz. 1994, s. II-549.

³¹ Orzeczenie w sprawie C-73/95 P *Viho Europe przeciwko Komisji* (Parker Pen), *op. cit.*, pkt 15–18.

³² *Ibidem*, pkt 18.

unijnego prawa konkurencji, w których uczestniczą przedsiębiorcy posiadający siedzibę w państwie trzecim. Państwo nienależące do Unii Europejskiej, gdzie przedsiębiorstwo naruszające europejskie prawo konkurencji posiada swoją siedzibę, nie ma obowiązku współpracować z organem innego państwa ani na etapie śledztwa, ani egzekwowania decyzji. Wyjątek od tej reguły dotyczy państw, z którymi UE zawarła stosowne umowy regulujące kwestie współpracy w obszarze wyegzekwowania przepisów prawa konkurencji. Po trzecie istnieje małe prawdopodobieństwo, że przedsiębiorstwa, których dotyczy postępowanie, będą skłonne współpracować na przykład z Komisją Europejską na etapie śledztwa i zapłacić karę pieniężną, o ile nie zostaną do tego zmuszone przez władze państwa swojej siedziby. Aby ograniczyć trudności w egzekwowaniu europejskiego prawa konkurencji Unia Europejska zawarła wiele bilateralnych umów dotyczących współpracy w sprawach naruszenia przepisów prawa konkurencji.

3.1. Współpraca bilateralna

Unia Europejska od wielu lat realizuje działania zmierzające do rozwoju międzynarodowej kooperacji ze swoimi głównymi partnerami handlowymi. Podjęła ona także współpracę międzynarodową w ramach międzynarodowych organizacji, jak WTO, UNCTAD i OECD. Istotną rolę w zakresie ekstraterytorialnego egzekwowania prawa konkurencji UE odgrywa także współpraca w ramach Międzynarodowej Sieci Konkurencji. Podjęty został też dialog z Chińską Republiką Ludową zmierzający do wymiany doświadczeń i poglądów w sprawach konkurencji.

Możliwości bilateralnej współpracy nie gwarantują uniknięcia problemów związanych ze stosowaniem i egzekwowaniem prawa konkurencji UE. Na przykład, pomimo że w sprawie Microsoft Komisja Europejska i organy antymonopolowe USA w pełni współpracowały w toku postępowania, w USA sprawa przeciwko Microsoft została rozstrzygnięta w 2001 r.³³, a w UE postępowanie zostało zakończone wyrokiem ówczesnego SPI (aktualnie Sąd Generalny) w 2007 r.³⁴. Komisja Europejska w decyzji zaskarżonej do Sądu Generalnego zarzuciła Microsoft naruszenie art. 102 TFUE i nałożyła największą w historii karę 497 mln euro. Dobrym przykładem jest też sprawa GE/Honeywell³⁵, w której KE zakazała łączenia dwóch międzynarodowych koncernów, a organ amerykański nie miał zastrzeżeń co do największej koncentracji w dotychczasowej historii

³³ J. Apon, *Cases against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies*, ECLR 2007, Nr 6, s. 327–336; S. Vezzoso, *The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A Pro-Innovation „Economics-Based” Approach*, ECLR 2006, Nr 7, s. 382–390.

³⁴ Orzeczenie w sprawie T-201/04 *Microsoft przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2007, s. II-3601.

³⁵ Decyzja Komisji została potwierdzona w orzeczeniu w sprawach połączonych T-209/01 *Honeywell i GE przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2005, s. II-5527.

łączeń. W sprawie *Gencor/Lonrho*³⁶ Komisja zakazała koncentracji między dwoma spółkami, których główna działalność gospodarcza była prowadzona w Południowej Afryce. Ponadto organy południowoafrykańskie zaakceptowały koncentrację zanim została ona zgłoszona Komisji. Gencor zaskarżył decyzję Komisji do Sądu Generalnego, twierdząc, że ze względu na to iż jego działalność objęta przedmiotową decyzją była prowadzona poza obszarem UE, Komisja nie miała kompetencji do oceny zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym. SPI odrzucił jednak argumenty podnoszone przez Gencor twierdząc, że zgodnie z art. 1 rozporządzenia 139/04, Komisja Europejska jest właściwa do oceny wszystkich koncentracji o wymiarze unijnym, bez względu na to, gdzie skupiona jest działalność łączących się stron.

Powyższe przykłady potwierdzają zróżnicowane podejście organów antymonopolowych do egzekwowania prawa konkurencji, co uzasadnia konieczność rozwoju międzynarodowej współpracy w tym zakresie.

4. Prawo konkurencji UE a prawo krajowe państw członkowskich

W UE, obok krajowego prawa konkurencji, które zostało wdrożone w przeważającej większości państw członkowskich, przedsiębiorstwa, krajowe organy antymonopolowe i sądy krajowe mają obowiązek przestrzegania także europejskiego prawa konkurencji.

W świetle art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 krajowe organy ochrony konkurencji i sądy krajowe obok przepisów prawa krajowego są także zobligowane stosować art. 101 i 102 TFUE do zachowań stanowiących porozumienie, decyzję lub uzgodnioną praktykę w rozumieniu art. 101 TFUE lub nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE, które ma wpływ na handel między państwami członkowskimi. W świetle art. 3 ust. 1. rozporządzenia 1/2003 krajowe organy ochrony konkurencji i sądy stosujące krajowe prawo konkurencji do porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, stosują także art. 101 TFUE do takich porozumień, decyzji lub praktyk uzgodnionych³⁷. Natomiast w przypadku gdy ww. organy rozpatrują sprawy dotyczące naruszenia art. 102 TFUE, mają obowiązek stosowania tego

³⁶ Orzeczenie w sprawie T-102/96 *Gencor Ltd. przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1999, s. II-753.

³⁷ M. Bernatt, A. Jurkowska, T. Skoczny, *Ochrona konkurencji i konsumentów*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2007, s. 20–22; C. Banasiński, *Kompetencje decyzyjne Komisji Europejskiej i Prezesa UOKiK wynikające z rozporządzenia Rady UE nr 1/2003 w świetle zasady równoległego stosowania wspólnotowego i krajowego prawa antymonopolowego*, PPH 2009, Nr 3, s. 4–9.

przepisu³⁸. Zgodnie z art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 państwa członkowskie mogą stosować na swoim terytorium bardziej restrykcyjne krajowe przepisy prawne, które zakazują lub przewidują sankcje za jednostronne praktyki stosowane przez przedsiębiorstwa. Jednakże zastosowanie krajowego prawa konkurencji nie może prowadzić do zakazania porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, ale nie skutkują ograniczeniem konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE lub spełniają warunki art. 101 ust. 3 TFUE. Możliwość równoległego stosowania prawa krajowego i europejskiego może rodzić konflikty pomiędzy tymi systemami. Aby je ograniczyć, rozporządzenie (art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003) przewiduje tzw. regułę konwergencji, zgodnie z którą krajowe organy³⁹ i sądy krajowe⁴⁰ nie mogą podejmować decyzji zakazujących naruszeń prawa konkurencji, jeżeli prawo krajowe jest bardziej restrykcyjne, niż wymaga tego stosowanie art. 101 TFUE. Oznacza to, że porozumienie, decyzja związków przedsiębiorców lub uzgodniona praktyka, która ma wpływ na handel między państwami członkowskimi, nie może być zakazana, jeśli nie narusza art. 101 ust. 1 lub jeśli narusza ten przepis, ale spełnia przesłanki wyłączenia określone w art. 101 ust. 3 TWE lub rozporządzenia o wyłączeniach.

Art. 3 rozporządzenia 1/2003 dotyczy relacji między art. 101 i 102 TFUE oraz przepisami prawa krajowego obowiązującymi w państwach członkowskich. Przepis ten obliguje krajowe organy ochrony konkurencji do stosowania art. 101 i 102 TFUE w całej rozciągłości i potwierdza zasadę pierwszeństwa europejskiego prawa konkurencji w stosunku do prawa krajowego. Od tej zasady istnieją jednak wyjątki. W ostatnim zdaniu art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 zawarta jest norma pozwalająca organom krajowym stosować bardziej restrykcyjne przepisy prawa krajowego dotyczące zachowań jednostronnych jak np. nadużycie pozycji dominującej. Zarówno Komisja Europejska, jak i krajowe organy państw członkowskich oraz sądy krajowe mogą stosować art. 101 i 102 TFUE. Krajowe organy ochrony konkurencji są wręcz obowiązane do stosowania art. 101 i 102 TFUE i do uznania pierwszeństwa prawa konkurencji UE wobec prawa krajowego. Z tego względu ich kompetencje są częściowo ograniczone. Nie mogą one zakazywać porozumień dozwolonych przez art. 101 TFUE.

Rozporządzenie 1/2003 czyni w pewnym sensie narodowe organy ochrony konkurencji organami unijnymi. Z punktu widzenia przedsiębiorstw rozporządzenie 1/2003

³⁸ K. Kohutek, *Stosunek między art. 81 i 82 Traktatu a krajowym prawem konkurencji (reguły konwergencji)*, PUG 2006, Nr 4, s. 15.

³⁹ Wytyczne Komisji w sprawie kooperacji w ramach sieci organów ochrony konkurencji (ESK), Dz. Urz. 2004, C 101/43, pkt 43.

⁴⁰ Commission Notice on the cooperation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of art. 81 i 82 of the EC Treaty, Dz. Urz. 2004, C 101/54, pkt 6.

pozwała redukować koszty dostosowania do rozwiązań unijnych. Te same przepisy obowiązują bowiem w całej UE. Dlatego ich stosowanie w praktyce będzie kontrolowane niezależnie od tego, które z państw członkowskich prowadzi postępowanie. Z punktu widzenia Komisji nowe rozwiązania kreują cały system organów ochrony konkurencji, co wpłynie na poprawę systemu egzekwowania prawa konkurencji.

Oznacza to, że porozumienie zgodne z art. 101 TFUE nie może być zakazane przez prawo krajowe. Głównym powodem, dla którego art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 pozwala na stosowanie bardziej surowego podejścia do art. 102 TFUE, wykluczając je w odniesieniu do art. 101 TFUE, jest to, że gdy porozumienie jest zgodne z art. 101 TFUE (tzn. nie narusza konkurencji, spełnia kryteria określone w art. 101 ust. 3 TFUE lub spełnia warunki wyłączenia grupowego), jego zakazanie w państwie członkowskim podważyłoby podstawowe cele art. 101 TFUE. Po trzecie, art. 3 ust. 3 rozporządzenia 1/2003 wyklucza stosowanie pkt 1 i 2 tego przepisu do krajowego prawa kontroli koncentracji lub postanowień przewidzianych w przepisach prawa krajowego, których cele nie są zgodne z celami prawa konkurencji, jak np. cele społeczne.

Konkludując, art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 implikuje stosowanie generalnej zasady – prymatu prawa europejskiego. Zgodnie z tym przepisem, w sprawach równoległego stosowania europejskich i krajowych przepisów prawa konkurencji porozumienia naruszające art. 101 TFUE lub skutkujące nadużywaniem pozycji dominującej w świetle art. 102 TFUE nie powinny w żadnym wypadku być uznawane za legalne, nawet jeżeli są dopuszczalne w przepisach prawa krajowego.

Ten mechanizm wspomaga utrzymanie spójności na każdym poziomie przez wzrost efektywności działalności organów ochrony konkurencji. Na przykład oznacza to, że Komisja i krajowe organy ochrony konkurencji wymieniają się informacjami co do stosowania tych samych reguł. Ponadto system ten pozwala na bardziej efektywną współpracę krajowych organów ochrony konkurencji w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji (dalej ESK)⁴¹. Jest to konieczny warunek zarówno do wymiany informacji wykorzystywanych jako materiał dowodowy (art. 12), jak i do wzajemnej pomocy między organami krajowymi w poszukiwaniu dowodów naruszenia na ich terytorium (art. 22). Takie mechanizmy współpracy mogą być wykorzystywane tylko w zakresie dochodzenia przeprowadzanego na podstawie art. 101 i 102 TFUE. Istotną kwestią jest ustalenie zakresu jurysdykcji krajowych i unijnych organów antymonopolowych.

⁴¹ Wytyczne Komisji w sprawie kooperacji w ramach sieci organów, *op. cit.*, pkt 3.

5. Granice jurysdykcji organów UE i krajowych organów antymonopolowych

Granice jurysdykcji wyznacza kryterium „wpływu na handel między państwami członkowskimi”. Porozumienie, decyzja lub uzgodniona praktyka bądź też nadużycie pozycji dominującej naruszające art. 101 i 102 TFUE, które wywiera wpływ na handel między państwami członkowskimi, podlega jurysdykcji KE. Pojęcie „wpływ na handel między państwami członkowskimi” wyznacza granice jurysdykcji w zakresie art. 101 i 102 TFUE.

Pojęcie „wpływ na handel między państwami członkowskimi” zostało wyjaśnione w orzeczeniu w sprawie C56/65 *Société Minière v Maschinenbau Ulm*⁴², w którym TSUE orzekł, że aby spełnić ten wymóg, należy przewidzieć prawdopodobieństwo wpływu porozumienia na model handlu między państwami członkowskimi⁴³.

Prawo konkurencji UE nie znajduje zastosowania, o ile praktyki, o których mowa, nie wywierają znacznego wpływu na handel między państwami członkowskimi. Aby określić, czy zachowanie przedsiębiorstwa wywiera „wpływ na handel wewnątrzunijny”, w każdym przypadku należy ocenić na podstawie obiektywnych czynników prawnych lub faktycznych, czy porozumienie może wpływać pośrednio lub bezpośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie oddziaływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi⁴⁴. W zasadzie chodzi tu o możliwość wpływania na wielkość importu i eksportu⁴⁵.

W orzeczeniu *Consten i Grundig przeciwko Komisji* TSUE rozwinęła tę formułę, stwierdzając, że ustalenie wpływu porozumienia na handel wewnątrzunijny, nie wymaga oszacowania, czy efekt ten jest pozytywny czy negatywny⁴⁶. Ma to na celu wyłącznie określenie, czy do oceny porozumienia ma zastosowanie prawo UE.

Pojęcie „handlu” zostało szeroko zinterpretowane przez instytucje UE. Obejmuje ono działalność gospodarczą, włączywszy dostarczanie usług bankowych, ubezpieczeń i usług finansowych. Pojęcie to uwzględnia nie tylko import, ale i eksport między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi i państwami nie należącymi do UE.

Szeroka definicja wpływu na handel wpłynęła na poszerzenie zasięgu europejskiego prawa konkurencji, ale jednocześnie stanowiła obciążenie dla Komisji, ponieważ każde porozumienie nawet pomiędzy przedsiębiorstwami o nieznaczących rozmiarach

⁴² Orzeczenie w sprawie 56/65 *Société Minière przeciwko Maschinenbau Ulm*, Zb. Orz. 1966, s. 235.

⁴³ K. Kowalik-Bańczyk, *Pojęcie „wpływu na handel” jako kryterium stosowania przez sądy krajowe wspólnotowego prawa konkurencji*, PUG 2008, Nr 2, s. 24–29.

⁴⁴ Zob. Orzeczenie w sprawie 56/65 *Société Minière przeciwko Maschinenbau Ulm*, *op. cit.*, pkt 249.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Orzeczenie w sprawach połączonych nr 56 i 58/64, *Consten i Grundig przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1966, s. 299.

mogło wchodzić w zakres art. 101 TFUE. Dlatego Trybunał podjął próbę odciążenia Komisji, orzekając, że art. 101 TFUE może być stosowany tylko jeśli wpływ na handel jest poważny. Oznacza to, że porozumienie między przedsiębiorstwami, które mają niewielki udział w rynku, nie wchodzi w zakres art. 101 TFUE, ponieważ jego skutki mają charakter *de minimis*⁴⁷.

Reforma prawa konkurencji UE skłoniła Komisję do opublikowania wytycznych w sprawie wpływu na handel między państwami członkowskimi⁴⁸. Wytyczne w sprawie wpływu na handel, o którym mowa w art. 101 i 102 TFUE, zostały oparte na wcześniejszym orzecznictwie TSUE i praktyce decyzyjnej KE. Stanowią one, że pojęcie handlu nie jest ograniczone do tradycyjnej wymiany dóbr i usług między państwami. To jest pojęcie szersze, obejmujące również całą międzynarodową działalność. Ta interpretacja jest spójna z podstawowymi celami Traktatu promującymi swobodę przepływu towarów, usług, osób i kapitału⁴⁹.

Rozważanie potencjalnych skutków oznacza, że nawet jeśli przedsiębiorstwo, którego dotyczy postępowanie, w praktyce nie stosuje zakazanej praktyki lub porozumienia, jego zachowanie będzie *de facto* stanowiło zakazaną praktykę lub porozumienie lub będzie wchodziło w zakres zakazu zawartego w przepisach prawa UE jako zdolne do wywołania zagrożenia dla handlu między państwami członkowskimi.

W orzeczeniu w sprawie T-374/94 *European Night Services przeciwko Komisji*⁵⁰, TFUE orzekł, że musi istnieć realna, a nie tylko hipotetyczna możliwość zakłócenia konkurencji. Nie można opierać się na spekulacjach niepopartych żadnymi dowodami ani analizami struktury rynku właściwego.

Zakaz zawarty w art. 101 i 102 TFUE ma zastosowanie, wówczas gdy wpływ niezgodnego z prawem zachowania na handel między państwami członkowskimi jest znaczący. Wytyczne w sprawie wpływu na handel przewidują, że próg, przy którym wpływ na handel może zostać uznany za znaczący, jest określany przez odniesienie do pozycji i znaczenia przedsiębiorstwa na rynku właściwym, odrębnie w każdym przypadku⁵¹. Aby wykazać, że porozumienie wdrożone przez strony nie narusza handlu między państwami członkowskimi (co jest równoznaczne z rozwiniętą w orzecznictwie TSUE zasadą *de minimis*), stosowane są kryteria ilościowe. Pierwotnie kryterium wpływu na handel miało na celu ograniczenie liczby notyfikacji, które otrzymywała

⁴⁷ Orzeczenie w sprawie 5/69 *Völk przeciwko Vervaecke*, Zb. Orz. 1969, s. 295.

⁴⁸ Wytyczne Komisji w sprawie pojęcia wpływu na handel między państwami członkowskimi zawartego w art. 81 i 82 TWE [101 i 102 TFUE], Dz. Urz. 2004, C 101/81.

⁴⁹ *Ibidem*, pkt 19.

⁵⁰ Orzeczenie w sprawie T-374/94 *European Night Services przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1998, s. II-3141, pkt 139–147.

⁵¹ Wytyczne Komisji w sprawie pojęcia wpływu na handel..., pkt 52.

Komisja, ale po 1 maja 2004 r., kiedy w rozporządzeniu 1/2003 zrezygnowano z notyfikacji porozumień, zmieniło się znaczenie kryterium poważnego wpływu na handel. Istotne pozostaje jednak dokonanie rozgraniczenia pomiędzy zachowaniem, do którego ma zastosowanie art. 101 TFUE, i zachowaniem regulowanym przez krajowe prawo konkurencji. Rozporządzenie 1/2003 stanowi, że jeżeli zachowanie narusza handel pomiędzy państwami członkowskimi, krajowe organy ochrony konkurencji i sądy muszą stosować reguły europejskiego prawa konkurencji tak jak prawa krajowego⁵². Wagę wpływu danego porozumienia na handel między państwami członkowskimi ocenia się poprzez tzw. test NAAT (ang. *no appreciable affectation of trade test*)⁵³. Według tego testu, porozumienia nie wpływają znacząco na handel, gdy łączny udział stron w rynku nie przekracza 5%. W przypadku porozumień horyzontalnych łączny obrót na obszarze UE nie powinien przekraczać 40 mln euro. Natomiast w przypadku porozumień wertykalnych obrót dostawców produktów nie powinien przekraczać 40 mln euro. Jednakże porozumienia skutkujące niższym udziałem w rynku lub niższym poziomem obrotu mogą być przedmiotem regulacji prawa krajowego⁵⁴.

Komisja przewiduje możliwość zwolnienia porozumienia, jeżeli łączny udział w rynku stron tego porozumienia nie przekracza powyższych progów o więcej niż 10% w przypadku obrotu i 2%, jeżeli chodzi o udział w rynku w okresie nie dłuższym niż dwa kolejne lata⁵⁵.

Wytyczne dotyczące oszacowania wpływu na handel pomiędzy państwami członkowskimi mają na celu zapewnienie spójności działań krajowych organów ochrony konkurencji w zakresie określenia sytuacji, w których należy stosować prawo konkurencji UE. Odrębną kwestią są porozumienia *de minimis*.

Reguła *de minimis* została rozwinięta jako uzupełnienie pojęcia „znacznego wpływu na handel”. Zgodnie nią niektóre porozumienia nie wchodzą w zakres prawa konkurencji UE. Dotyczy to sytuacji, gdy udział w rynku stron porozumienia jest na tyle niewielki, że ich porozumienie nie ma wpływu na handel między państwami członkowskimi. Po raz pierwszy reguła ta została wykorzystana w sprawie C 5/69 *Völk przeciwko Veravaecke*⁵⁶. *Völk*, małe przedsiębiorstwo produkujące pralki, zawarło porozumienie o wyłącznej dystrybucji z duńskim pośrednikiem handlowym. Jego udział w rynku pralek wynosił mniej niż 1%. Sąd holenderski skierował pytanie prejudycjalne

⁵² Art. 3 rozporządzenia Nr 1/2003.

⁵³ Wytyczne Komisji w sprawie pojęcia wpływu na handel..., pkt 2.4.

⁵⁴ Por. Obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [art. 101 ust. 1 TFUE] (*de minimis*), Dz. Urz. 2001, C 368/13.

⁵⁵ Wytyczne Komisji w sprawie pojęcia wpływu na handel, *op. cit.*, pkt 52.

⁵⁶ Orzeczenie w sprawie C 5/69 *Völk przeciwko Veravaecke*, Zb. Orz. 1969, s. 295.

do TSUE odnośnie do tego, czy można w tej sytuacji zastosować art. 101 ust. 1 TFUE, biorąc pod uwagę niewielki udział Völk w rynku. TSUE orzekł, że porozumienie o wyłącznej dystrybucji uwzględniające absolutną ochronę na określonym obszarze nie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1 TFUE, jeśli wpływ na handel między państwami członkowskimi nie jest znaczący⁵⁷.

Wytyczne nie są wiążące, ale są bardzo użyteczne dla przedsiębiorstw, jeśli porozumienie mieści się poniżej progu. Można wówczas zakładać, że porozumienie nie wchodzi w zakres prawa konkurencji UE. W przypadku takich porozumień nie można mówić o naruszeniu prawa konkurencji.

Wytyczne odnoszą się do porozumień między konkurentami (horyzontalne) i niekonkurującymi ze sobą przedsiębiorstwami (wertykalne). Wytyczne określają ilościowo, za pomocą progu udziału w rynku porozumienia, które nie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1 TFUE. Porozumienia między konkurentami (aktualnymi lub potencjalnymi) są dozwolone, jeśli łączny udział stron porozumienia na rynku właściwym nie przekracza 10%. Porozumienia zawarte między niekonkurującymi przedsiębiorstwami, tj. przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność na różnym poziomie procesu dystrybucji, nie naruszają prawa konkurencji, jeśli łączny udział w rynku stron porozumienia nie przekracza 15% na żadnym z rynków właściwych.

W przypadku porozumień mieszanych horyzontalno-wertykalnych, a także gdy trudno jest jednoznacznie zaklasyfikować porozumienie do horyzontalnych lub wertykalnych, ma zastosowanie próg 10%. W przypadku sieci porozumień, gdy konkurencja na rynku właściwym produktowo jest ograniczona przez łączny (skumulowany) efekt porozumienia między różnymi dostawcami i dystrybutorami, próg udziału w rynku został ograniczony do 5%. Taki skumulowany skutek porozumień może prowadzić do wykluczenia z rynku konkurentów, przy czym jest ono mało prawdopodobne, jeśli skumulowana sieć porozumień obejmuje mniej niż 30% rynku właściwego⁵⁸.

Komisja dopuszcza przekroczenie powyższych progów o 2% przez dwa kolejne lata kalendarzowe⁵⁹.

Obwieszczenie nie ma zastosowania do porozumień zawierających tzw. najcięższe ograniczenia, np. znajdujące się na „czarnej liście” w rozporządzeniu 330/2010. Dlatego porozumienia horyzontalne, które mieszczą się w zakresie reguły *de minimis*, ale ich celem jest podnoszenie cen, ograniczenie produkcji lub sprzedaży bądź też podział rynku, które *per se* są sprzeczne z art. 101 ust. 1 TFUE, są wykluczone z zakresu

⁵⁷ W omawianym przypadku porozumienie dotyczyło tylko 600 sztuk.

⁵⁸ Obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu..., pkt 8.

⁵⁹ *Ibidem*, pkt 9.

wytycznych⁶⁰. Jednakże Komisja zwykle nie będzie wszczyniała postępowania w odniesieniu do takich porozumień, o ile nie wymaga tego interes UE. Podobnie w przypadku porozumień wertykalnych, w których ustalane są ceny odsprzedaży lub przyznana jest całkowita ochrona uczestników porozumienia lub trzecich przedsiębiorstw na określonym terytorium.

Obwieszczenie wskazuje też, że porozumienia między małymi i średnimi przedsiębiorstwami, tj. takimi, które zatrudniają mniej niż 20 osób, a ich roczny obrót nie przekracza 40 mln euro lub wartość aktywów w bilansie nie przekracza 27 mln euro⁶¹, są uznane za niewywierające znacznego wpływu na handel między państwami członkowskimi. W Polsce porozumienia bagatelne reguluje art. 7 u.o.k.k. Należą do nich porozumienia zawierane między konkurentami, o ile ich łączny udział w rynku nie przekracza 5% w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia. Natomiast, jeżeli strony porozumienia nie są konkurentami, porozumienie jest uznawane za bagatelne, jeśli udział w rynku osiągany przez którąkolwiek ze stron w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%.

5.1. Porozumienie ograniczone do jednego państwa członkowskiego

Porozumienia wewnątrz jednego państwa członkowskiego mogą także wpływać na handel wewnątrzunijny. Na przykład kartel pomiędzy holenderskimi przedsiębiorstwami produkującymi pokrycia dachowe miał wpływ na handel między państwami członkowskimi, ponieważ ograniczał możliwości wejścia na holenderski rynek przedsiębiorstw z państw trzecich⁶². Porozumienia dotyczące dóbr, które nie znajdują się w obrocie międzynarodowym, potencjalnie wywierają wpływ na handel, jeśli istnieją dowody wskazujące, że nastąpi wzrost obrotów handlowych między państwami członkowskimi⁶³. Efekt ten może mieć charakter pośredni np. w sytuacji gdy porozumienie prowadzi do ustalania cen surowców, które nie są eksportowane, ale są używane do produkcji dóbr na eksport, albo jeśli sprzedawane produkty zawierają gwarancję ważności obowiązującą tylko w krajach, w których zostały nabyte⁶⁴. Wpływ na handel może także wywierać porozumienie dotyczące handlu z państwami nienależącymi do UE. Dlatego porozumienie dystrybucyjne, jakie np. Yves Saint Laurent zawarł z dystrybutorami jego produktów w krajach takich jak Rosja, Ukraina i Słowenia (która nie była jeszcze

⁶⁰ *Ibidem*, pkt 11.

⁶¹ Wytyczne Komisji w sprawie pojęcia wpływu na handel..., pkt 3.

⁶² Orzeczenie w sprawie 246/86 *Belasco and others v Commission*, Zb. Orz. 1989, s. 2117, pkt 33–38.

⁶³ Orzeczenie w sprawie 107/82 *AEG v Commission*, Zb. Orz. 1983, s. 3151, pkt 60.

⁶⁴ Orzeczenie w sprawie 123/83 *BNIC v Clair*, Zb. Orz. 1983, s. 391, pkt 29.

członkiem UE) i zawierające zakaz reimportu tych dóbr w UE, może wywierać znaczny wpływ na model handlu pomiędzy państwami członkowskimi⁶⁵.

Należy wskazać także, że porozumienie między przedsiębiorstwami na rynku wewnętrznym UE może mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi, jeśli prowadzi do powstania lub zwiększenia udziału w rynku międzynarodowym⁶⁶ i ogranicza zdolności produkcyjne w państwie członkowskim, np. podnosząc ceny w tym państwie⁶⁷ lub tworząc wspólną jednostkę zależną odpowiedzialną za produkcję i sprzedaż towarów.

W sprawach połączonych T-259-264/02 i T-271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG i inni przeciwko Komisji*⁶⁸ Sąd Generalny orzekł, że w sytuacji gdy porozumienie lub uzgodniona praktyka obejmują całe terytorium państwa członkowskiego, istnieje domniemanie, że takie porozumienie lub uzgodniona praktyka z natury ma skutek wzmacniający rozczłonkowanie rynków krajowych i dlatego jest zdolne do zakłócenia handlu między państwami członkowskimi. W tym przypadku austriackie instytucje kredytowe zaangażowane w kartel nie odparły tego założenia, wiedząc, że prawie wszystkie banki austriackie były zaangażowane w porozumienia obejmujące szeroki zakres produktów i usług bankowych, zwłaszcza depozyty i kredyty. Dlatego były one w stanie zakłócić handel między państwami członkowskimi.

Art. 101 TFUE ma zastosowanie, także gdy praktyka nadużycia co do zasady dotyczy importu z państwa nienależącego do UE. Oczywiście jeśli porozumienie jest ograniczone do państwa członkowskiego i nie narusza handlu wewnątrzunijnego, takie porozumienie nie będzie objęte jurysdykcją organów UE⁶⁹. W każdym przypadku, aby ocenić zachowanie przedsiębiorstw na rynku należy wyznaczyć rynek właściwy.

6. Rynek właściwy

Zachowanie przedsiębiorstw w każdym przypadku musi być osadzone w rynku właściwym. Wyznaczenie takiego rynku ma kluczowe znaczenie i stanowi pierwszy krok do zastosowania art. 102 TFUE oraz rozporządzenia o kontroli koncentracji. Wyznaczenie rynku właściwego jest także istotne dla zastosowania art. 101 TFUE, przy

⁶⁵ Orzeczenie w sprawie C-306/96 *Javico International i Javico AG przeciwko Yves Saint Laurent Parfums SA*, Zb. Orz. 1998, s. I-1983, pkt 25.

⁶⁶ Orzeczenie w sprawie 8/72 *Vereiniging van Cementhandelaren przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1972, s. 977.

⁶⁷ Decyzja KE z 7.12.1988 w sprawie IV/31. 906 *Flat Glass*, Dz. Urz. 1989, L 33/44.

⁶⁸ Orzeczenie w sprawach połączonych T-259-264/02 i T-271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG i inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2006, s. II-5169; orzeczenie w sprawach połączonych C-125/07 P, C-125/07 P i 135/07 P *Erste Group Bank i inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2009, s. I-8681.

⁶⁹ Zob. Wytyczne Komisji w sprawie pojęcia wpływu na handel, *op. cit.*, pkt 60.

czym przedsiębiorstwa mające niewielki udział w rynku (tj. mniejszy niż 30%) wchodzi w zakres przepisów rozporządzenia o wyłączeniach grupowych.

Głównym celem wyznaczenia rynku właściwego jest zidentyfikowanie wszystkich aktualnych i potencjalnych konkurentów, którzy są zdolni do ograniczenia konkurencji⁷⁰. Wyznaczenie rynku jest najważniejszą kwestią w każdym przypadku, który rodzi problemy z zakresu konkurencji, ale jednocześnie stanowi ogromny problem ze względu na substytucyjność wielu produktów.

Rynek właściwy można podzielić na rynek właściwy produktowo, geograficznie i czasowo.

6.1. Rynek właściwy produktowo

Pierwotne podejście do definicji rynku może zostać ukazane poprzez przegląd decyzji w zakresie prawa konkurencji. Na przykład w decyzji w sprawie *United Brands*⁷¹, które było wiodącym amerykańskim przedsiębiorstwem produkującym banany. Zdaniem Komisji nadużyło ono pozycji dominującej na rynku bananów w niektórych państwach członkowskich UE. *United Brands* kwestionowało jednak definicję rynku, uznając, że odpowiednim produktem były świeże owoce, a nie banany. Jednak Trybunał podtrzymał pogląd, że banany stanowiły odrębny rynek. Podejście Trybunału uzasadnia zainteresowanie sprawą *United Brands* z kilku względów: wykorzystania dowodów ekonomicznych i roli konsumentów w ustaleniu rynku relewantnego.

Trybunał w oparciu o dowody ekonomiczne uznał, że dokonana przez Komisję ocena rynku jest uzasadniona. Komisja stwierdziła bowiem, że przy ocenie dominacji ww. przedsiębiorstwa należy brać pod uwagę cały rok, a nie wybrane miesiące, zwłaszcza zimowe, kiedy inne owoce są niedostępne. Takie podejście wydaje się zasadne, gdyż banany są popularne także w okresie letnim, chociaż wtedy stanowią część większego rynku. Trybunał wykorzystał badania mieszanej elastyczności popytu, których istotą było określenie, czy cena jednego produktu ma wpływ na popyt na inny. *United Brands* próbowało wykorzystać badania ekonomiczne potwierdzające wysoki wskaźnik elastyczności mieszanej popytu, ale Trybunał uznał, że sugerują one, iż poziom mieszanej elastyczności popytu był sporadycznie niski. Należy podkreślić, że Trybunał, uzasadniając swoją decyzję, nie opiera się wyłącznie na dowodach ekonomicznych, ale uwzględnił mieszaną elastyczność popytu (w omawianym przypadku sprawdzał, czy banany są

⁷⁰ DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Komisja Europejska, grudzień 2005, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, pkt 12 [dostęp 21.02.2013].

⁷¹ Orzeczenie w sprawie 27/76 R *United Brands Company i United Brands Continentaal BV przeciwko Komisji – Chicquita Bananas*, Zb. Orz. 1976, s. 425.

substytutami innych owoców)⁷². Istotnym kryterium może być specyfika produktu. W sprawie ABB/Daimler-Benz Komisja stwierdziła, że w określaniu relewantnego produktu istotne jest rozważenie zdolności substytucji danego produktu w związku z jego konkretnym (określonym, szczególnym) użyciem przez konsumenta. Kluczowym kryterium są tutaj właściwości, cena i zakładany sposób jego wykorzystania⁷³. To podejście rodzi ryzyko niespójności. Ponadto kryteria wymienione przez Komisję nie miały tej samej wagi – podczas gdy np. woda mineralna i inne napoje bezalkoholowe miały to samo planowane użycie (zaspokojenie pragnienia), były odrębnymi rynkami, ponieważ woda mineralna jest uważana za produkt o dodatkowych właściwościach⁷⁴. Podobnie różne gatunki wysokoprocentowych alkoholi mogą być odrębnymi rynkami, pomimo podobieństwa, jakie wykazują co do planowanego wykorzystania⁷⁵. Rynek luksusowych kosmetyków jest odrębny od rynku pospolitych kosmetyków, mimo podobnych cech charakterystycznych i podobnego planowanego wykorzystania⁷⁶.

Zakres rynku właściwego produktowo można także ustalić poprzez analizę zachowania przedsiębiorstwa. Na przykład w orzeczeniu w sprawie C-62/86 AKZO Chemie BV⁷⁷, gdzie TSUE nie zdefiniował rynku właściwego produktowo przez odniesienie do substytucyjności popytu i podaży, ale przez badanie zachowania AKZO. TSUE stwierdził, że AKZO stosowało obniżki cen w sektorze dodatków do mąki, co było kluczowe dla sądu, ale samo w sobie miało ograniczone znaczenie. AKZO było zdolne do zrównoważenia strat, jakie ponosiło w sektorze dodatków do mąki poprzez zyski otrzymywane w innych obszarach działalności. Rynek właściwy w tym przypadku został wyznaczony przez zakres i charakter działalności AKZO.

Podejście Komisji do definicji rynku było krytykowane za brak wyrafinowanych instrumentów i tendencje do zawężania pojęcia rynku właściwego⁷⁸. W odpowiedzi na krytykę, w 1997 r. Komisja opublikowała obwieszczenie, w którym przedstawiła bardziej ekonomicznie zorientowaną metodologię definiowania rynku, co miało wpływ na wiele kolejnych decyzji.

Zgodnie z obwieszczeniem w sprawie wyznaczenia rynku właściwego ocena substytucyjności popytu pociąga za sobą określenie zakresu produktów, które są postrzegane

⁷² Podejście to zostało wznowione w sprawie 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin NV v Commission*, Zb. Orz. 1983, s. 3461, pkt 37.

⁷³ Decyzja KE z 18.10.1995 w sprawie IV/M.580 *ABB/Daimler-Benz*, Dz. Urz. 1997, L 11/1, pkt 13.

⁷⁴ Decyzja KE z 22.07.1992 w sprawie IV/M.190 *Nestlé/Perrier*, Dz. Urz. 1992, L 356/1.

⁷⁵ Decyzja KE z 15.10.1997 w sprawie IV/M.938 *Guinness/Grand Metropolitan*, Dz. Urz. 1998, L 299/24.

⁷⁶ Decyzja KE z 16.12.1991 w sprawie IV/33.242 *Yves Saint Laurent Parfums*, Dz. Urz. 1992, L 12/24.

⁷⁷ Orzeczenie w sprawie 62/86 *AKZO przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1991, s. 3359.

⁷⁸ S. Turnbull, *Barriers to Entry, Article 86 and the Abuse of a Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law*, ECLR 1996, Nr 2, s. 96.

przez konsumenta za substytuty⁷⁹. Należy odpowiedzieć na pytanie, czy klienci stron przestawią się od razu na dostępne substytuty lub na korzystanie z usług dostawców zlokalizowanych w innym miejscu w odpowiedzi na hipotetycznie mały (w zakresie 5–10%), ale stały (nie przejściowy) wzrost cen względnych produktów oraz obszarów rozważanych. Jeśli substytucja była wystarczająca, aby uniemożliwić czerpanie korzyści ze wzrostu cen ze względu na spadek sprzedaży, dodatkowe substytuty oraz obszary są włączane do właściwego rynku. Będzie to przeprowadzane do momentu, kiedy asortyment produktów oraz obszary geograficzne będą takie, że mały, stały wzrost cen będzie opłacalny (jest to tzw. test SSNIP – *small but significant, non-transitory increase of prices*).

W niektórych przypadkach test ten stosowany jest bezpośrednio (np. sprawa *Danish Crown*), ale często jest on jedynie tłem (przygotowaniem) do oceny innych ekonomicznych danych np. dotyczących możliwości substytucji, podobieństwa ruchu cen dwóch produktów i badań konsumentów. Obwieszczenie nie ma mocy wiążącej i nie może być poddane kontroli sądowej. Jednak indywidualne sprawy mogą być rozstrzygane zgodnie z ww. obwieszczeniem. Należy jednak zwrócić uwagę, że obwieszczenie jest aktem prawnym typu miękkiego bez jakichkolwiek prawnych zabezpieczeń, co budzi ryzyko niespójności pomiędzy podejściem Komisji i sądów krajowych państw członkowskich, ponieważ będą one (sądy krajowe) raczej opierać się na prawie krajowym niż na przepisach obwieszczenia. Rodzi to także problem procedury przewodu sądowego, zwłaszcza teraz, kiedy w oparciu o przepisy dotyczące łączy przedsiębiorstw Komisja opracowała wiele wytycznych w kwestiach proceduralnych. W sytuacji gdy nie ma możliwości apelacji (odwołania), powstaje pytanie, jak długo decyzje Komisji będą ważnym (uzasadnionym) precedensem w tym obszarze. Przegląd sądowy jakiegokolwiek decyzji jest ograniczony do sprawdzenia, czy Komisja właściwie wyznaczyła rynek. Mimo że obwieszczenie nie stanowi prawnie wiążącej zasady wyznaczania rynku. Podejście w nim przedstawione jest jednak wykorzystywane w wielu decyzjach. Dobitnie ukazuje to sprawa łączenia dwóch duńskich farmerów współpracujących ze sobą, w której Komisja wskazała, że wieprzowina i wołowina były odrębnymi rynkami produktowymi⁸⁰.

Badania rynkowe przeprowadzone wśród duńskich konsumentów potwierdzały, że różne rodzaje mięsa są jedynie niedoskonałymi substytutami i istniał tylko pewien stopień substytucji pomiędzy określonymi gatunkami świeżego mięsa.

Powyższa decyzja została przygotowana przez Komisję w oparciu o badania poglądu konsumentów z różnych grup społecznych (nie tylko jednej małej grupy). Wykorzystano w niej hipotetyczny test monopolowy pozwalający potwierdzić istnienie relewantnego

⁷⁹ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego, *op. cit.*, pkt 7, 15–17.

⁸⁰ Decyzja KE z 9.03.1999 w sprawie IV/M.1313 *Danish Crown*, Dz. Urz. 2000, L 20/1, pkt 22–25; por. decyzja KE z 15.06.2005 w sprawie COMP/A.37507/F3-AstraZeneca, Dz. Urz. 2006, L 332, s. 24, pkt 504.

rynku, odkrytego na podstawie badań opinii konsumentów. Jednak nie wszystkie decyzje zostały oparte na takiej metodologii. Oprócz rynku właściwego produktowo należy wyznaczyć rynek właściwy geograficznie.

6.2. Definicja rynku geograficznego

Generalnie rynek geograficzny stanowi terytorium, gdzie obiektywne warunki konkurencji stosowane do określonych produktów muszą być takie same dla wszystkich przedsiębiorstw z branży⁸¹. Do przykładowych narzędzi oceny należą koszty transportu, krajowe standardy techniczne, bariery wejścia, preferencje konsumentów.

Organy ochrony konkurencji opierają swoją ocenę na różnicach cenowych, choć nie stanowią one dowodu istnienia odrębnych rynków geograficznych. Różnice cen często odzwierciedlają różnice elastyczności popytu. Na przykład niektórzy konsumenci w określonych państwach członkowskich są zamożniejsi i skłonni więcej płacić za te same dobra. Jednak, jak pokazuje decyzja Komisji, powodem zróżnicowania cen jest zachowanie producentów, którzy są skłonni czerpać korzyści z odmiennych potrzeb konsumentów w poszczególnych krajach.

Rynek geograficzny jest określany przy wykorzystaniu podobnych kryteriów jak przy wyznaczaniu rynku produktowego. Główne kryteria wyznaczenia rynku właściwego geograficznie stanowią również popyt i podaż. Do pozostałych czynników należą:

- możliwość zaopatrzenia lub zbytu na innym obszarze,
- koszty zaopatrzenia lub zbytu w innych regionach geograficznych,
- podstawowe cechy popytu, tj. czy istnieją lokalne preferencje oparte na marce, języku narodowym, kulturze i potrzebie lokalnej obecności,
- bariery wejścia na rynek.

Odrębną kwestią jest też wyznaczenie rynku właściwego czasowo.

6.3. Rynek właściwy czasowo

Rynek czasowy wyznaczany jest stosunkowo rzadko. Określenie rynku w ujęciu czasowym pozwala zbadać siłę ekonomiczną przedsiębiorstwa w długim okresie czasu, przy czym należy tutaj uwzględnić również sezonowe fluktuacje podaży i popytu na określone produkty lub usługi (np. w miesiącach letnich i zimowych). Przy wyznaczeniu rynku właściwego czasowo należy także uwzględnić ryzyko, że konsumenci zmieniają swoje preferencje, np. w zależności od pory dnia i nocy (może to dotyczyć np. podaży energii)⁸².

⁸¹ Orzeczenie w sprawie 27/76 *United Brands Company przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1978, s. 207, pkt 44.

⁸² Zob. J. Šilhán, *The concept of relevant market: some critical remarks*, ECLR 2012, Nr 12, s. 589–597.

6.4. Błąd celofanowy

Na rynku, na którym istnieje wiele substytutów, ale nie należą one do tego samego rynku właściwego produktowo co towary (usługi) wytwarzane przez monopolistę istnieje ryzyko błędnego wyznaczenia rynku. Ten problem jest określany jako błąd celofanowy w związku ze sprawą rozstrzyganą w USA dotyczącą produktów celofanowych. Test SSNIP (*small but significant, nontransitory increase of prices test*) nie ma zastosowania w sytuacji, gdy ceny są powyżej poziomu konkurencyjnego. Jeżeli aktualne ceny są cenami monopolowymi, tj. cenami przewyższającymi poziom konkurencyjny, ich podwyższenie nie przyniesie wzrostu zysków, ponieważ prawdopodobnie konsumenci przeznąca się na substytuty. Istnieje bowiem granica, której konsumenci nie są w stanie przekroczyć. Dlatego jeśli obowiązujące ceny przewyższają ceny konkurencyjne, niewielki ich wzrost wynoszący 5% skłoni konsumentów do poszukiwania odpowiednich produktów (usług) poza rynkiem właściwym.

Sąd antymonopolowy w USA błędnie uznał, że celofan nie był odrębnym rynkiem, ale stanowił część rynku elastycznych opakowań jak fola aluminiowa, plastik, papier woskowany. W efekcie sąd szeroko wyznaczył rynek właściwy ujmując w nim, obok celofanu, powyższe rodzaje opakowań.

7. Aspekty ekonomiczne prawa konkurencji

W niektórych systemach prawnych, szczególnie w Stanach Zjednoczonych, przedstawiciele doktryny wskazują, że prawo konkurencji powinno być interpretowane według zasad zawartych w teorii ekonomii. Głównym wyznacznikiem konstrukcji norm prawa konkurencji powinna być zatem ekonomiczna efektywność. Alternatywne podejście wskazuje natomiast, że prawo konkurencji może wymusić realizację szerszych celów niż ekonomiczna efektywność⁸³.

Ekonomiści generalnie rozróżniają trzy szeroko rozumiane rodzaje efektywności, które są właściwe dla analizy konkurencji: alokacyjną, produkcyjną i dynamiczną.

Efektywność alokacyjna koncentruje się na optymalnym podziale zasobów. Konsumenci mogą nabywać dobra w celu zaspokojenia własnych potrzeb, zgodnie ze swoimi preferencjami po cenie, którą są w stanie zaakceptować. W rezultacie ceny rynkowe wyrównują koszty produkcji i dostarczania dóbr⁸⁴. Efektywność alokacyjna jest osiągalna w konkurencji doskonałej, gdzie jest bardzo wielu sprzedających oraz bardzo wielu

⁸³ Zob. W. Szpringer, *Regulacja konkurencji a konkurencja regulacyjna. Ujęcie instytucjonalne*, Poltext 2010, s. 134–139.

⁸⁴ G. Monti, *Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, s. 45–47.

kupujących i nikt nie ma wpływu na ceny. Dążenie do efektywności alokacyjnej z jednej strony skłania producentów do redukcji kosztów produkcji i wyprzedzania konkurencji, a z drugiej ma chronić konsumentów przed uleganiem kosztownym kampaniom reklamowym. Efektywność tę ograniczają między innymi: zmony cenowe, ustalanie limitów produkcji bądź też inne porozumienia, których celem jest zwalczanie (ograniczenie) konkurencji⁸⁵.

Efektywność produkcyjna (techniczna) ma węższy zakres niż efektywność alokacyjna. Koncentruje się na szczególnym przedsiębiorstwie lub branży oraz na kosztach produkcji. Zajmuje się problemem, czy określony wolumen produkcji jest wytwarzany przez przedsiębiorstwo (lub branżę) po najniższym koszcie. Wydajność produkcji zależy od dostępnych technologii i kosztów surowców. Stan technologii determinuje alternatywne wykorzystanie różnych kombinacji surowców do wytwarzania określonej wielkości produkcji. Cena surowców określa natomiast, która z alternatywnych kombinacji surowców jest najbardziej efektywna i pozwala na osiągnięcie najniższych kosztów produkcji. Wydajność jest osiągana, gdy produkcja jest wytwarzana w optymalnej skali i sprzedawana po relatywnie niskich cenach. W warunkach zdrowej konkurencji rynkowej przedsiębiorstwa dążą do ograniczania kosztów i tym samym do utrzymania stosunkowo niskich cen.

W przeciwieństwie do efektywności alokacyjnej i produkcyjnej, która ma charakter statyczny (jest zainteresowana wynikami ekonomicznymi branży lub przedsiębiorstwa w określonym czasie, przy określonym poziomie technologii i wiedzy), efektywność dynamiczna (innowacyjna) w ekonomii konkurencji jest powiązana z właściwym wysiłkiem i zdolnością do wzrostu produktywności i zaangażowania w aktywność innowacyjną, która może dostarczać tańsze i lepsze dobra albo nowe produkty zapewniające konsumentom więcej użyteczności.

Rozróżnienie pomiędzy efektywnością statyczną (alokacyjną lub produkcyjną) i efektywnością dynamiczną opiera się na założeniu, że ta ostatnia prowadzi do rozwoju innowacji (np. ulepszenia dostępnej technologii albo odkrycia nowych metod produkcji). Innymi słowy dynamiczna efektywność jest związana ze zdolnością przedsiębiorstw, branż lub gospodarki do wykorzystywania ich potencjalnej innowacyjności, rozwijania nowych technologii i przez to rozwijania możliwości produkcyjnych i innowacyjnych⁸⁶.

Ocena strategii rynkowych przedsiębiorstw z punktu widzenia prawa konkurencji wymaga analizy i porównania wszystkich typów wydajności, albowiem może zachodzić między nimi konflikt, tzn. osiągnięcie jednej z nich może ograniczać drugą. Wydajność produkcyjna lub innowacyjna może prowadzić do uzyskania pozycji dominującej,

⁸⁵ M. Motta, *Competition Policy Theory...*, s. 55 i n.

⁸⁶ Zob. M. Szydło, *Konkurencja regulacyjna w prawie spółek*, Wolters Kluwer business 2008, s. 20–21.

a utrzymanie efektywności alokacyjnej wymaga, aby struktura rynku była rozproszona. To z kolei może ograniczać redukcję kosztów, osiąganie efektów skali i efektywność produkcyjną. Dlatego tak ważne jest badanie wszystkich typów wydajności, ich wzajemny wpływ na siebie oraz skutki dla konkurentów i konsumentów⁸⁷.

Wprowadzenie w życie (egzekwowanie) prawa konkurencji jest przesłanką do zrozumienia, jak prawna ingerencja powinna uniemożliwiać praktyki, które niszczą działanie rynków. Dobre prawo konkurencji wzmacnia porządek gospodarczy. Z punktu widzenia ekonomicznego, prawo konkurencji jest zasadniczym zbiorem norm dla nowoczesnego porządku ekonomicznego. Jest tak ważne, jak prawo własności i swoboda zawierania kontraktów. Tylko rynek, na którym panuje konkurencja doskonała, nie wymaga regulacji za pomocą norm prawnych. Rynek doskonale konkurencyjny znajduje się w stałej równowadze. Jednakże nie funkcjonuje on w rzeczywistości. W praktyce występuje monopol lub konkurencja niedoskonała.

Na ogół potrzeba ingerencji państwa w gospodarkę za pomocą prawa konkurencji wzrasta, gdy pojawia się zawodność rynku⁸⁸. Dopóty, dopóki rynki pozostają konkurencyjne, konsumenci odnoszą korzyści z niskich cen i innowacyjnych produktów, przedsiębiorstwa są zmotywowane do ich dostarczania przez chęć maksymalizacji zysków, a rynek jest uznawany za najlepszy mechanizm podejmowania decyzji. Konkurencja stanowi środek do zwiększania efektywności produkcyjnej na trzy sposoby: zmusza do ograniczania kosztów, jest środkiem selekcji przedsiębiorstw pozwalającym na przetrwanie tym najbardziej efektywnym, wreszcie obliuguje do innowacji. Konkurencja naturalnie może stanowić także czynnik motywujący do zwiększania efektywności dynamicznej. Kartel wszystkich przedsiębiorstw wytwarzających określony produkt, zdolnych do monopolizacji rynku skutkuje nieefektywnością alokacyjną przejawiającą się w ograniczeniu wielkości produkcji prowadzącej do marnotrawstwa czynników produkcji. Monopolizacja nie tylko skutkuje nieefektywnością alokacyjną, ale też może stanowić nieefektywność produkcyjną przejawiającą się brakiem motywacji do minimalizacji kosztów i efektywniejszego wykorzystania zasobów.

Ekonomiści są zgodni, że koszty zawodności rynku są trudne do oszacowania. Niektórzy wskazują, że stanowią one 4–13% PKB i jednocześnie podkreślają, że bez prawa konkurencji byłyby one wyższe⁸⁹. Przedsiębiorstwa posiadające siłę rynkową

⁸⁷ Zob. P. Behrens, *Teoretyczne i praktyczne problemy stosowania instrumentów ekonomicznych w prawie kartelowym*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, UOKiK, Warszawa 2007, s. 67–68.

⁸⁸ Ch. Bangard, D. Möller, A. Raiman, N. Szadkowski, W. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, UOKiK, Bonn–Warszawa 2007, s. 48 i n.

⁸⁹ W.K. Viscusi, J.E. Harrington Jr, J.M. Vernon, *Economics of Regulation and Antitrust*, 4th ed., Cambridge University Press 2005, s. 90 i n.

mogą osiągać nadzwyczajne zyski ze swojej działalności. Takie zachowanie jest marnotrawstwem, gdyż wzrost dochodów nie podąża za wzrostem efektywności produkcyjnej dominujących przedsiębiorstw.

Jeśli monopolista zniechęca inne przedsiębiorstwa do wejścia na rynek z innowacyjnymi produktami, może ograniczyć efektywność dynamiczną. Dlatego prawo konkurencji stanowi środek zapewnienia efektywności alokacyjnej, produkcyjnej i dynamicznej. Nieefektywność często pojawia się, gdy przedsiębiorstwo ma siłę rynkową.

Siła rynkowa jest definiowana jako zdolność jednej albo kilku firm do utrzymywania cen powyżej poziomu odpowiadającego konkurencji doskonałej przez znaczny okres. Siła rynkowa może prowadzić do nieefektywności alokacyjnej i może pogorszyć wydajność produkcyjną. Także wpływ siły rynkowej na innowacyjność pozostaje kontrowersyjny.

Przedstawiciele szkoły harwardzkiej wyrażają pogląd, że siła rynkowa także może być zauważona, kiedy jest niewielka liczba firm, które prowadzą intensywną rywalizację. Rynek nie działa wówczas efektywnie. Firmy te ponoszą duże wydatki, próbując wykazać zróżnicowanie swoich wyrobów i zwiększyć sprzedaż.

Ceny byłyby niższe, a podaż większa, jeśli konkurenci nie rywalizowaliby cenowo i przeznaczali swoje zyski na redukcję kosztów produkcji, a nie na organizowanie ciągłych kampanii promocyjnych. Powyższe twierdzenia skłaniają do wniosku, że przedsiębiorstwa posiadające siłę rynkową są skłonne grać nieefektywnie i prawo konkurencji powinno być skierowane przeciwko takim przedsiębiorstwom. W 1960 r. niektórzy ekonomiści wierzyli, że istnieją bezpośrednie, swobodne relacje pomiędzy strukturą rynku a wydajnością ekonomiczną, dzięki czemu im mniej przedsiębiorstw (i tym samym większa koncentracja rynku), tym mniej konkurencyjna gałąź gospodarki. Ten pogląd miał wpływ na rozwój amerykańskiego prawa antymonopolowego do lat 70. XX w., kiedy stan gospodarki odwrócił takie strukturalne pojmowanie rynków⁹⁰.

W latach 70. XX w. mistrzowie szkoły chicagowskiej zaprezentowali odmienne opinie na temat funkcjonowania rynków⁹¹. Ich argumenty można podsumować w następujący sposób. Przedsiębiorstwa z dużym udziałem w rynku mogą ulegać pokusie zachowania antykonkurencyjnego poprzez redukcję produkcji i podnoszenie cen. Może to jednak stanowić sygnał dla innych graczy na rynku o istnieniu niezaspokojonego popytu i zachęcać nowe firmy do wejścia na rynek. To z kolei powinno spowodować obniżkę cen i przywrócić stopień konkurencji niezbędny do zaspokojenia oczekiwań konsumentów.

⁹⁰ F.M. Scherer, G. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd ed., Houghton Mifflin, Boston 1990; J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press 2007, s. 6–9.

⁹¹ Zob. A. Brzezińska-Rawa, *Wprowadzenie do prawa antymonopolowego*, TNOiK 2009, s. 18–22.

Innymi słowy, podczas gdy przedstawiciele szkoły harwardzkiej wyrażają pogląd, że struktura rynkowa może wpływać na wyniki ekonomiczne, szkoła chicagowska dodaje zastrzeżenie, że jeśli wynik ekonomiczny prowadzi do niezaspokojenia popytu konsumenta, może to powodować wejście innych firm. To oznacza, że prawo konkurencji było zbędne. Istotne jest, aby wejście nowego przedsiębiorstwa na rynek nie było hamowane przez przepisy prawne ograniczające swobodę wolności gospodarczej⁹². Jeżeli nie ma barier wejścia dla nowych konkurentów, rynek może wyleczyć się sam. Szkoła chicagowska wskazywała, że koncentracja rynków będzie bardziej efektywna, ponieważ przedsiębiorstwa będą zdolne do osiągania korzyści skali (tzn. produkcja jest relatywnie tańsza dla jednej firmy produkującej miliony samochodów niż dla wielu firm, z których każda produkuje tysiące). Przedstawiciele szkoły chicagowskiej wierzą, że przepisy prawa niszczą procesy konkurencji, gdyż ignorują działanie rynków⁹³.

Przedstawiciele tej szkoły wprowadzili trzy zasadnicze zmiany do podejścia wskazującego, że siła rynkowa jest przyczyną antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorstw. Po pierwsze został obalony związek między koncentracją przemysłu a skutkami antykonkurencyjnymi. Wskazywali oni, że w skoncentrowanej gałęzi przemysłu trudno zauważyć zachowania antykonkurencyjne. Wymagają one zawarcia porozumienia cenowego i porozumienia co do podziału rynku. Ponadto firmy muszą stosować środki odstraszające od oszukiwania. Utrzymanie koordynacji jest kosztowne. Wymaga przestrzegania postanowień porozumienia lub stosowania środków odstraszających, a każdy uczestnik kartelu ma motywację do odstąpienia od polityki wysokich cen, aby osiągnąć większe zyski. Oznacza to, że prawdopodobieństwo jakiegokolwiek skutecznej koordynacji jest niewielkie. Dlatego nie można zakładać, że na wszystkich skoncentrowanych rynkach będą występowały zachowania antykonkurencyjne. Mogą być one skutkiem ekonomicznej efektywności. W końcu korzyści skali uzasadniają wysoki poziom koncentracji. Nie ma idealnej struktury rynku, która pozwoliłaby na uzyskanie optimum efektywności.

Zdaniem przedstawicieli szkoły chicagowskiej struktura rynkowa mogłaby zostać naruszona przez możliwość endogenicznego wpływu na strukturę rynku. Istotą tego argumentu jest obserwacja, że jeśli przedsiębiorstwo z dużym udziałem w rynku zachowuje się antykonkurencyjnie przez ograniczanie produkcji, zachęca do wejścia na rynek nowych przedsiębiorstw, które wzbogacą konkurencję.

Przedstawiciele tej szkoły uznali, że barierą wejścia na rynek jest koszt dla firmy, która zamierza to uczynić, ale ten koszt nie dotyczy firmy, która już funkcjonuje w danej gałęzi. Chodzi więc o to, że wejście jest bardziej kosztowne dla nowego wchodzącego. Kosztem takim może być prawo własności intelektualnej. Na przykład koszt pozyskania

⁹² Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji UE*, C.H. Beck 2012, s. 15–64.

⁹³ G. Monti, *Competition Law*, s. 63–68; M. Motta, *Competition Policy Theory...*, s. 8–9.

licencji wynika z systemu prawa ustanowionego przez państwo, a nie przez posiadacza patentu. Regulacje prawne mogą zatem bardziej szkodzić gospodarce niż przedsiębiorstwa posiadające znaczną siłę rynkową.

W odróżnieniu od poglądów przedstawicieli szkoły chicagowskiej, szkoła postchicagowska opiera się na złożonych narzędziach oceniających, czy istnieje zawodność rynku. Kluczowym wskaźnikiem zawodności jest istnienie siły rynkowej określanej jako zdolność do ustalania cen powyżej marginalnego kosztu krańcowego. Oznacza on wzrost kosztów całkowitych w związku ze wzrostem produkcji o jednostkę (jest to koszt wyprodukowania dodatkowej jednostki danego dobra). W tym kontekście wiele firm posiada siłę rynkową, ponieważ cena jest równa kosztowi marginalnemu tylko wówczas, gdy na rynku panuje konkurencja doskonała. W pewnym zakresie potencjalna zawodność rynku jest obecna na wszystkich rynkach. Im większa jest siła rynkowa, tym większy jest zakres działalności i zdolność do zduszenia konkurencji. Nowa ekonomia przemysłowa utożsamia siłę rynkową z grą strategiczną, przez którą kreowana jest siła rynkowa. Strategiczne zachowanie może być określone jako zachowanie zmierzające do ograniczenia atrakcyjności oferty konkurentów. Uwaga koncentruje się tutaj na zachowaniu firm na rynkach niedoskonale konkurencyjnych i na tym, w jaki sposób wpływa ono na zachowanie innych firm na rynku. Przedstawiciele szkoły postchicagowskiej wyrażają pogląd, że rynki są wystarczająco silne, aby stłumić strategie antykonkurencyjne. Istotne jest, aby określić, jakie cechy rynku tworzą rzeczywiste ryzyko zawodności rynku, jeśli przedsiębiorstwo posiadające znaczną siłę rynkową zachowuje się w sposób zmierzający do osłabienia konkurentów.

W UE przez długi czas decyzje Komisji z zakresu prawa konkurencji były słabo poparte analizą ekonomiczną. Wzrost znaczenia nauk ekonomicznych w polityce konkurencji następował stopniowo. W 1996 r. Komisja wydała zieloną księgę, w której wskazała, że teoria ekonomiczna jest jednym z filarów polityki antymonopolowej. W praktyce zastosowanie teorii ekonomii musi nastąpić w kontekście obowiązujących przepisów prawa i orzecznictwa. Ponadto teoria ekonomii jest oparta na uproszczonych założeniach często tworzonych na modelach teoretycznych, które nie biorą pod uwagę złożoności realnych przypadków występujących w życiu gospodarczym⁹⁴.

Obecnie polityka konkurencji UE koncentruje się m.in. na maksymalizacji dobrobytu konsumenta, podczas gdy ekonomiści preferują zwrócenie uwagi na ogólny dobrobyt społeczny. Wzrost znaczenia efektywności ekonomicznej wywarł także wpływ na konstrukcję przepisów o kontroli koncentracji. Przejawem tego były zmiany w zakresie materialnoprawnej oceny koncentracji i w zakresie procedury kontroli

⁹⁴ G. Monti, *Competition Law*, s. 69–73.

transakcji koncentracyjnych. Na poziomie materialnej oceny Komisja coraz częściej wykorzystuje analizy ekonomiczne, aby określić skutki kontrolowanych praktyk dla dobrobytu społecznego. Na poziomie proceduralnym rozporządzenie 1/2003 tworzy środowisko, gdzie zakaz pewnych porozumień w świetle art. 101 TFUE ma znaczenie, jeśli porozumienie wywiera rzeczywiste skutki dla dobrobytu społecznego (w przeciwieństwie do systemu sprzed 2004 r., w którym porozumienia były blokowane *ex ante*, jeśli istniało prawdopodobieństwo antykonkurencyjnych skutków). Zmiany wprowadzone w 2004 r. w obszarze prawa konkurencji ugruntowują bardziej ekonomiczne podejście.

Wśród zwolenników ekonomicznego podejścia do prawa konkurencji panuje pogląd, że siła rynkowa stanowi wstępny filtr do określenia źródeł problemów konkurencji. Jednakże ocena siły rynkowej przedsiębiorstwa jest problematyczna, ponieważ tylko firmy na rynkach doskonale konkurencyjnych nie są zdolne do podnoszenia cen (jakikolwiek podniesienie cen przez jedną z firm będzie prowadzić do przerzucenia się konsumentów na innego konkurenta, który sprzedaje po cenach niższych). Doskonała konkurencja jest tylko modelem hipotetycznym. Oznacza to, że wszystkie firmy posiadają pewną siłę rynkową. Zadaniem organów ochrony konkurencji nie jest kreowanie konkurencji doskonałej, ale powstrzymywanie pewnych zachowań, które są szkodliwe dla dobrobytu społecznego. Dlatego też w zakres prawa konkurencji wchodzi tylko znacząca manifestacja siły rynkowej.

Istnieją cztery sposoby ujmowania (podejścia do) siły rynkowej. Pierwszy utożsamia ją ze zdolnością do podnoszenia cen (podejście neoklasyczne). Drugi zrównuje siłę rynkową z siłą handlową. Trzeci widzi siłę rynkową jako zdolność do wykluczenia rywali, a więc uzyskania siły do podnoszenia cen. Czwarty natomiast traktuje siłę rynkową jako formalny jurysdykcyjny test⁹⁵. Na przykład, Komisja określiła, że pewne typy porozumień są zgodne prawem, o ile udział rynkowy stron nie przekracza określonego progu. Jeśli strony horyzontalnego porozumienia, posiadają udział w rynku poniżej 10%, Komisja może uznać, że porozumienie nie ogranicza konkurencji w sposób znaczący⁹⁶.

Z ekonomicznego punktu widzenia siła rynkowa oznacza zdolność do „utrzymywania zyskowności cen ponad poziom konkurencyjny”⁹⁷. Może rodzić ona problemy z zakresu prawa konkurencji jeśli jest znacząca i utrzymywana w dłuższym okresie czasu⁹⁸. Jednakże siła rynkowa jest także względnym pojęciem: im większa siła, tym większą szkodę przedsiębiorstwo może wyrządzić. Dlatego pewne naruszenia jak

⁹⁵ *Ibidem*, s. 125–126.

⁹⁶ Wytyczne w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, Dz. Urz. 2001, C 368/13, pkt 7 (a).

⁹⁷ M. Monti, *Competition Law*, s. 125–126.

⁹⁸ G. Werden, *Demand Elasticities in Antitrust Analysis*, *Antitrust Law Journal* 1998, Nr 66, s. 373–380.

nadmiernie wygórowane lub drapieżne ceny są karane tylko wówczas, gdy przedsiębiorca ma znaczną siłę rynkową, podczas gdy inne rodzaje naruszeń, jak na przykład antykonkurencyjne porozumienia dystrybucyjne mogą być sankcjonowane nawet jeśli przedsiębiorstwo ma mniejszą siłę rynkową, ale jest w stanie spowodować szkody dla konsumentów lub konkurentów. Z reguły stopień antykonkurencyjnego ryzyka wzrasta wraz z wyższym poziomem siły rynkowej. Jednakże sam pomiar siły rynkowej może prowadzić do błędnych wniosków. Ważne jest także sprawdzenie barier wejścia na rynek jakie powstrzymują potencjalnych konkurentów przed rozpoczęciem działalności gospodarcze na rynku właściwym. Na prawo konkurencji Unii Europejskiej we wczesnym okresie jego rozwoju silny wpływ wywarła nauka niemiecka i konstrukcja niemieckich przepisów prawa antymonopolowego. Ich fundamentem była filozofia gospodarcza – ordoliberalizm. Przedstawiciele tego nurtu wykazują niechęć do siły rynkowej, która nie wynika z obawy nieefektywności, ale raczej z obawy ograniczenia zakresu wolności innych podmiotów gospodarczych przez przedsiębiorstwa posiadające siłę rynkową. Proces konkurencji i brak barier wejścia dla nowych przedsiębiorstw jest nieoceniony. Posiadanie przez przedsiębiorstwo siły ekonomicznej, uzasadnia interwencję organów antymonopolowych wyłącznie w przypadku, gdy zostaną dowiedzione antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorstwa.

Praktyki ograniczające konkurencję

1. Porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw, uzgodniona praktyka

Art. 101 ust. 1 TFUE oraz art. 6 u.o.k.k.⁹⁹ zakazuje wszelkich porozumień między przedsiębiorstwami, mogących zakłócić konkurencję na rynku wewnętrznym. Pojęcie porozumienia odnosi się głównie do kontraktu zawartego między przedsiębiorstwami. W praktyce ogromna większość umów zawierana jest między przedsiębiorstwami zintegrowanymi w sposób wertykalny. W przypadku porozumień horyzontalnych przedsiębiorstwa najczęściej unikają zawierania formalnych kontraktów. Z tego względu instytucje UE stosują pragmatyczne podejście do identyfikacji porozumienia w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE. Porozumienie stanowi konsensus pomiędzy stronami, które działają w określony sposób. Nie musi być ono zawarte w formie umowy cywilnoprawnej¹⁰⁰. Porozumienia są określane jako umowy konsensualne między przedsiębiorstwami bez względu na to, czy są one formalnie wiążące¹⁰¹.

Przepis art. 101 ust. 1 TFUE obejmuje trzy formy kooperacji mieszczące się w kategorii porozumienia: umowy między przedsiębiorstwami, decyzje związków przedsiębiorstw i uzgodnione praktyki. Za porozumienia uznaje się także: standardowe warunki sprzedaży¹⁰², ugody pozasądowe, korespondencję między przedsiębiorstwami i rozmowy między ich reprezentantami¹⁰³.

W przypadku kartelu chininowego¹⁰⁴ TSUE orzekł, że zarówno umowa, jak i inne porozumienia i pisemne, i ustne stanowią umowy w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE. Sąd stwierdził, że wystarczy, iż porozumienie stanowi wyraz wspólnych zamierzeń stron a zachowanie stron na rynku wewnętrznym UE mieści się w zakresie art. 101 ust. 1 TFUE.

⁹⁹ Ustawa z dnia 17.02.2007 o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn.zm.

¹⁰⁰ Decyzja KE z 23.04.1986 w sprawie IV/31.149 *Polypropylene*, Dz. Urz. 1986, L 230/1, pkt 81.

¹⁰¹ L. Mering, *Praktyki ograniczające konkurencję*, [w:] A. Pawłowski, S. Koroluk, L. Mering (red.), *Prawo ochrony konkurencji*, Prawo i Praktyka Gospodarcza 2004, s. 41–48.

¹⁰² Orzeczenie w sprawie T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2006, s. II-2969.

¹⁰³ Orzeczenie w sprawie T-7/89 *Hercules Chemicals NV przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1991, s. II-1711.

¹⁰⁴ Orzeczenie w sprawie 41/69 *Chemiefarma*, Zb. Orz. 1970, s. 661.

TSUE w orzeczeniu w sprawie T-56/02 *Bayerische Hypo und Vereinsbank przeciwko Komisji* zdefiniował pojęcie porozumienia, które jest właściwe zarówno w przypadku porozumień horyzontalnych, jak i wertykalnych¹⁰⁵. Stwierdził on, że sformułowane w orzecznictwie pojęcie porozumienia w świetle art. 101 ust. 1 TFUE koncentruje się na istnieniu zgodności woli między przynajmniej dwoma stronami, a jego forma nie jest istotna, jeżeli stanowi ono przejaw realizacji zamiaru stron.

Natura prawna porozumienia jest analizowana przez organy antymonopolowe w świetle okoliczności faktycznych, nie przez pryzmat stron, które ją zawarły. Jednakże w orzeczeniu w sprawie *Albany International*¹⁰⁶ TSUE nie zakwalifikował do kategorii porozumień decyzji organizacji reprezentującej pracodawców i pracowników w branży sprzedaży hurtowej materiałów budowlanych w Holandii dotyczącej utworzenia odrębnego funduszu emerytalnego dla pracowników tego sektora. Fundusz miał być odpowiedzialny za zarządzanie dodatkowym (uzupełniającym) systemem emerytalnym pracowników. Prawo holenderskie pozwalało wprawdzie na tworzenie takich funduszy, ale przedsiębiorstwa funkcjonujące na tym rynku odmówiły uiszczenia w nim składek, wskazując m.in., że korzystniejsze było gromadzenie składek w prywatnym systemie emerytalnym. Decyzja pracodawców i pracowników o przymusowym przystąpieniu do funduszu emerytalnego naruszała prawo konkurencji z dwóch powodów: po pierwsze ograniczyła możliwości poszukiwania alternatywnych form zorganizowania systemu emerytalnego, a po drugie wykluczyła ubezpieczycieli z rynku właściwego. Trybunał orzekł jednak, że art. 101 TFUE nie znajduje w tym przypadku zastosowania, pomimo antykonkurencyjnych skutków¹⁰⁷.

Należy zwrócić uwagę, że porozumienia zawarte w wyniku negocjacji między pracownikami i pracodawcami nie są postrzegane jak porozumienia w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, jeżeli ich celem jest poprawa warunków pracy i zatrudnienia¹⁰⁸. Sąd Generalny w orzeczeniu w sprawie T-99/04 *AC-Treuhand AG przeciwko Komisji*¹⁰⁹ stwierdził, że pojęcie porozumienia powinno być interpretowane szeroko. W tym przypadku za porozumienie w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE sąd uznał zachowanie firmy konsultingowej, która nie prowadziła działalności na rynku właściwym, ale przyczyniła się do wdrożenia kartelu m.in. poprzez organizację spotkań trzech producentów nadtlenków organicznych.

¹⁰⁵ Orzeczenie w sprawie T-56/02 *Bayerische Hypo und Vereinsbank przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2004, s. II-3495.

¹⁰⁶ Orzeczenie w sprawie C-67/96 *Albany International BV przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Zb. Orz. 1999, s. I-5751.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pkt 52–60.

¹⁰⁸ Orzeczenie w sprawie C 67/96 *Albany International BV przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, *op. cit.*

¹⁰⁹ Orzeczenie w sprawie T-99/04 *AC-Treuhand AG przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2008, s. II-1501.

Formę zmowy (porozumienia) stanowi także uzgodniona praktyka, gdy strony ustalają sposób i zakres współpracy, naruszając warunki konkurencji na rynku¹¹⁰. Na przykład, praktyką uzgodnioną może być wymiana informacji między przedsiębiorstwami¹¹¹. Nie zawiera się w tym przypadku porozumienia, ponieważ specyficzne zachowania nie zostają ustalone, ale zachowanie każdego z podmiotów pozostaje pod wpływem informacji, które otrzymał, i istnieje prawdopodobieństwo, że ceny zostaną podniesione, a produkcja spadnie w porównaniu z sytuacją, kiedy każdy określałby wysokość cen i produkcji w sposób niezależny. Uzgodnione praktyki różnią się co do formy od porozumienia z uwagi na ich siłę oddziaływania na uczestniczące w nich przedsiębiorstwa, ale oba typy zachowań są sposobem (formą) zmowy, gdyż wywołują ten sam efekt – koordynację zachowań uczestników.

Decyzja podjęta przez zrzeszenie przedsiębiorstw jest formą zarządzania zrzeszeniem, np. korporacja taksówkarska może podjąć decyzję o podniesieniu cen usług przez należących do niej taksówkarzy lub zrzeszenie rolników może koordynować ceny w interesie swoich członków¹¹².

W sprawie *Wouters* Stowarzyszenie Adwokatów w Holandii zakazało zakładania spółek prawników i księgowych. Zakaz ten został wprowadzony decyzją stowarzyszenia, która została zakwestionowana przez prawników zamierzających pracować dla firm rachunkowych. Taka decyzja ograniczyła konkurencję przez niedopuszczenie do tworzenia nowych form działalności usługowej. Jednakże Trybunał orzekł, że art. 101 ust. 1 TFUE nie znajduje w tym przypadku zastosowania, ponieważ ograniczenie konkurencji było konieczne dla zapewnienia właściwych praktyk wykonywania zawodu prawniczego. W szczególności zakaz tworzenia interdyscyplinarnych kancelarii był konieczny dla zapewnienia, że prawnicy będą służyć swoim klientom i nie będzie dochodziło do konfliktu interesów czy naruszenia tajemnicy zawodowej. Holenderskie Stowarzyszenie Adwokatów zauważyło, że interdyscyplinarne usługi zagrażają zobowiązaniu profesjonalnego zachowania, ponieważ w odróżnieniu od prawników księgowi mają obowiązek kontroli klientów i informowania o jej wynikach zainteresowanych stron trzecich. Dlatego zobowiązania obu grup zawodowych są sprzeczne. TSUE orzekł, że krajowe przepisy przyjęte przez adwokaturę holenderską nie naruszają art. 101 ust. 1 TFUE, mimo że przepisy te mogą skutkować ograniczeniem konkurencji. Są też niezwykle ważne dla właściwej praktyki zawodów prawniczych.

¹¹⁰ Uzgodnione praktyki zostały zdefiniowane w orzeczeniu w sprawie 48-69 *ICI przeciwko Komisji (Dyestuffs)*, Zb. Orz. 1972, nr 619, pkt 64.

¹¹¹ S. Gronowski, E. Wojtaszek-Mik, *Ustawa antymonopolowa. Orzecznictwo. Piśmiennictwo. Przepisy*, C.H. Beck, Warszawa 1998, s. 70.

¹¹² Zob. orzeczenie w sprawie C-309/99 *J.C.J. Wouters, J. W. Savelbergh i Price Waterhaus Belastingadviseurs przeciwko Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Zb. Orz. 2002, s. I-1577.

W praktyce trudno rozróżnić te trzy typy porozumień, ponieważ są one często powiązane. TSUE wskazał, że pojęcie porozumienia, uzgodnionej praktyki lub decyzji związków przedsiębiorstw (z przedmiotowego punktu widzenia) obejmuje praktykę tej samej natury. Różnią się one od siebie formą i siłą oddziaływania ale wywołują ten sam skutek jakim jest zmowa¹¹³.

W orzeczeniu w sprawie C-49/92P *Komisja przeciwko Anic SpA*¹¹⁴ TSUE orzekł, że choć celem art. 101 TFUE jest objęcie różnych form koordynacji i zmowy między przedsiębiorstwami. Z tego też względu rozróżnia między „uzgodnioną praktyką”, „porozumieniem” i „decyzją związków przedsiębiorstw”. W świetle art. 4 ust. 5 u.k.k. lit. a) pod pojęciem porozumienia należy rozumieć umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców a także między przedsiębiorcami i ich związkami, w tym także niektóre postanowienia tych umów. Przepis art. 4 ust. 5 u.k.k. lit. b) do kategorii porozumień zalicza także uzgodnienia między co najmniej dwoma przedsiębiorcami dokonywane w jakikolwiek sposób a także uzgodnienia między przedsiębiorcami i ich związkami. Z zakres pojęcia porozumienia wchodzi także uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców i ich organów statutowych (art. 4 ust. 5 u.k.k. lit. a).

TSUE uznał, że pewne zachowania podejmowane jednocześnie przez kilka przedsiębiorstw stanowią nadużycie odpowiadające częściowo porozumieniu a częściowo uzgodnionej praktyce. Te pojęcia są spójne. Pewne zachowania mogą być kwalifikowane jako uzgodniona praktyka i jako porozumienie lub jednocześnie stanowią uzgodnioną praktykę i decyzję związku przedsiębiorstw¹¹⁵. Rozróżnienie między porozumieniem i uzgodnioną praktyką jest o tyle istotne, że aby uznać określone zachowanie za uzgodnioną praktykę, muszą zostać spełnione trzy warunki: musi być kontakt między przedsiębiorstwami, którego skutkiem jest zgodne zachowywanie się, późniejsze zachowania na rynku muszą być spójne z podjętymi uzgodnieniami i musi istnieć związek przyczynowy między kontaktem i sposobem zachowywania się. Jeśli przedsiębiorstwa mają ze sobą kontakt, ale nie są spełnione pozostałe warunki, Komisja nie będzie w stanie udowodnić uzgodnionej praktyki. Uzgodniona praktyka nie może być traktowana jako zachowanie antykonkurencyjne, jeżeli takowe nie zostało udowodnione.

Uzgodniona praktyka zwykle stanowi formę nieformalnej koordynacji między przedsiębiorstwami. Dlatego też trudno jest ją udowodnić. Aby można było mówić o uzgodnionej praktyce, musi istnieć bezpośredni lub pośredni kontakt między konkurentami, który ma wpływ na przyszłe zachowania przedsiębiorstw i występuje związek

¹¹³ Orzeczenie w sprawie C 8/08 *T-Mobile Netherlands BV i inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2009, s. I-4529.

¹¹⁴ Orzeczenie w sprawie C-49/92P *Komisja przeciwko Anic SpA*, *op. cit.*, s. I-4125.

¹¹⁵ Decyzja KE z 24.07.2002 w sprawie COMP/29.373 *Visa International*, Dz. Urz. 2002, L 318/17.

przyczynowo-skutkowy między kontaktem i zachowaniem rynkowym¹¹⁶. Samo paralelne zachowanie przedsiębiorstw na rynku właściwym nie dowodzi uzgodnionej praktyki. Może być ono uzasadnione przez inne czynniki, np. wysoki stopień przejrzystości rynku lub oligopolistyczne tendencje na rynku, gdy jest on zdominowany przez niewielką liczbę dużych przedsiębiorstw. W tym kontekście trudno jest potwierdzić uzgodnione praktyki, ponieważ zmiana cen przez jedno przedsiębiorstwo implikuje zmiany cen przez pozostałe obecne na tym rynku. Aby uznać, że celem uzgodnionej praktyki jest ograniczenie konkurencji, wystarczy dowieść, że wywiera ona potencjalnie antykonkurencyjne skutki¹¹⁷.

Obok uzgodnionej praktyki, formę porozumienia stanowi także uchwała związków przedsiębiorstw lub zrzeszeń handlowych lub ich statutowych organów. Pojęcie „związku” w świetle art. 101 ust. 1 TFUE głównie dotyczy związków przedsiębiorstw. TSUE zinterpretował je jednak szeroko i obecnie obejmuje ono także stowarzyszenia zawodowe¹¹⁸. Zakłócenie konkurencji może nastąpić, gdy stowarzyszenie (lub zrzeszenie handlowe) nakłada pewne reguły zachowań na swoich członków. Ograniczenie konkurencji może wynikać również z decyzji podjętej przez organy zarządzające zrzeszeniem przedsiębiorstw, która jest wiążąca dla członków zrzeszenia.

1.1. Cel lub skutek porozumienia, decyzji lub uzgodnionej praktyki

Art. 101 ust. 1 TFUE obejmuje wszystkie antykonkurencyjne porozumienia między przedsiębiorstwami, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji. Należy jednak ocenić, w jakich przypadkach porozumienie powinno być dozwolone, a w jakich zakazane. Art. 101 TFUE rozróżnia porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji, i takie, których skutkiem jest jej naruszenie¹¹⁹. TSUE stwierdził, że pojęcie „cel” lub „skutek” powinny być czytane rozłącznie¹²⁰. W efekcie Komisja musi ustalić, czy porozumienie, uzgodniona praktyka lub decyzja związku przedsiębiorców ma na celu ograniczenie konkurencji. Cel, jakim jest ograniczenie konkurencji, zawiera domniemanie, że zmowa ma antykonkurencyjne skutki dla rynku. Domniemanie naruszenia prawa konkurencji może opierać się nega-

¹¹⁶ Orzeczenie w sprawach połączonych T-25/95, T-26/95, T-30/95 do T-32/95, T-34/95 to T-39/95, T-42/95 to T-46/95, T-48/95, T-50/95 to T-65/95, T-68/95 to T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 i T-104/95, T-25-104/95 *Cimenteries CBR i inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2000, s. II-491.

¹¹⁷ Orzeczenie w sprawie C 199/92 *Hüls przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1999, s. I-4287.

¹¹⁸ Zob. orzeczenie w sprawie C-309/99 *J.C.J. Wouters, J. W. Savelbergh i Price Waterhaus Belastingadviseurs przeciwko Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Zb. Orz. 2002, s. I-577.

¹¹⁹ Porozumienia mogą ograniczyć, zniekształcić lub wyeliminować konkurencję. We wszystkich przypadkach stosuje się jednakowy zakres analizy.

¹²⁰ Orzeczenie w sprawie 56/65 *Société Technique Minière przeciwko Maschinenbau Ulm GmbH*, Zb. Orz. 1966, s. 235.

tywnych skutkach zarówno na rzeczywistych, jak i potencjalnych. TSUE stwierdził, że różnica między celem naruszenia i skutkiem naruszenia wynika z tego, że pewne formy zмовy między przedsiębiorstwami mogą być postrzegane z natury jako szkodliwe dla właściwego funkcjonowania konkurencji. W orzeczeniu w sprawie 8/08 *T-Mobile Netherlands BV*¹²¹ TSUE określił kryteria, które należy zastosować, aby ustalić, czy celem uzgodnionej praktyki jest ograniczenie konkurencji. Należy do nich treść i cel uzgodnionej praktyki, która powinna zostać oceniona w świetle okoliczności sprawy, np. jej uwarunkowań prawnych i gospodarczych. Ponadto istotny jest zamiar stron, choć nie stanowi on kluczowego czynnika w określeniu, czy uzgodniona praktyka jest ograniczająca.

O porozumieniu, którego celem jest ograniczenie konkurencji, świadczą jego postanowienia (np. ceny minimalne)¹²². Zakaz obejmuje tylko te przypadki, w których osiągnięty został zamierzony skutek¹²³. W rezultacie, gdy ograniczenie konkurencji jest nieuchronnym skutkiem porozumienia, decyzji lub określonej praktyki, jak np. zakaz eksportu, będzie ono postrzegane jako praktyka, której celem jest ograniczenie konkurencji bez względu na to, czy aktualnie ogranicza konkurencję lub czy może wywołać negatywne skutki dla konkurencji. Aby zbadać, czy porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, np. standardowe porozumienie dystrybucyjne, organ ochrony konkurencji musi ocenić, czy porozumienie, decyzja lub uzgodniona praktyka mają ograniczające skutki dla konkurencji. W sprawie 7/95 P *John Deere* TSUE orzekł, że aby określić, czy porozumienie może być uznane za zakazane ze względu na ograniczenie konkurencji, które jest skutkiem porozumienia, należy ocenić stan konkurencji, jaki istniałby, gdyby porozumienie nie zostało zawarte¹²⁴. Jednakże nie tylko aktualny i bezpośredni skutek, ale też pośredni i potencjalny skutek ograniczenia konkurencji jest brany pod uwagę. Negatywne skutki porozumienia muszą zostać stwierdzone z uzasadnionym prawdopodobieństwem.

Istnieje wiele czynników, które powinny być brane pod uwagę, aby ocenić skutek porozumienia na danym rynku. Są to:

– łączny udział stron w rynku właściwym (może zostać on określony w ujęciu procentowym lub ilościowym). Jednakże w orzeczeniu 19/77 *Miller przeciwko Komisji*¹²⁵ TSUE uznał, że porozumienie, w którym łączny udział stron w rynku właściwym wynosił tylko 5%, miało znaczący wpływ na handel między państwami członkowskimi.

¹²¹ Orzeczenie w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV i inni przeciwko Komisji*, *op. cit.*

¹²² Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 1.03.2012, VI ACa 1179/11.

¹²³ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19.12.2012, VI ACa 752/12.

¹²⁴ Orzeczenie w sprawie 7/95 P *Deere*, *Zb. Orz.* 1998, s. I-3111.

¹²⁵ Orzeczenie w sprawie 19/77 *Miller przeciwko Komisji*, *Zb. Orz.* 1978, s. 131.

– rodzaj porozumienia – niektóre porozumienia są zdolne do wywołania znaczącego wpływu na konkurencję, nawet jeśli łączny udział stron w rynku nie jest znaczący. Są to przede wszystkim porozumienia, w których pośrednio lub bezpośrednio ustalane są ceny, podział rynku, nakładany jest zakaz eksportu lub są jednym z porozumień podobnych do porozumień sieciowych, które mają łączny (skumulowany) wpływ na rynek.

2. Porozumienia horyzontalne i wertykalne

Konkurencja może zostać ograniczona przez porozumienia horyzontalne (m.in. porozumienia pomiędzy konkurentami jak np. kartele) lub też porozumienia wertykalne (porozumienia między przedsiębiorstwami reprezentującymi rozmaite stadia produkcji lub dystrybucji np. wytwórca i sprzedawca detaliczny).

2.1. Porozumienia horyzontalne

Porozumienia horyzontalne są zawierane między przedsiębiorstwami konkurującymi ze sobą na tym samym poziomie łańcucha produkcji lub dystrybucji, np. porozumienia między producentami lub sprzedawcami. Porozumienia horyzontalne, które są sprzeczne z art. 101 TFUE, należą do najbardziej szkodliwych w świetle prawa konkurencji. Przedsiębiorstwa zamiast konkurować ze sobą, zawierają porozumienia (zmagają się) i mogą zachowywać się w taki sam sposób na rynku właściwym. Przykładowe typy porozumień zostały określone w art. 101 TFUE¹²⁶ oraz w art. 6 u.o.k.k. Lista zawarta w obu przepisach nie stanowi wyczerpującego katalogu. Do porozumień ograniczających konkurencję w świetle art. 101 ust. 1 TFUE należą porozumienia ustalające ceny lub warunki handlowe; porozumienia ograniczające produkcję, zbyt lub rozwój; porozumienia w sprawie podziału rynków lub źródeł zaopatrzenia; porozumienia dyskryminacyjne; porozumienia wiązane. Art. 6 ust. 1 u.o.k.k. poszerza ten katalog o porozumienia ograniczające dostęp do rynku lub eliminowanie z rynku przedsiębiorców nieuczestniczących w porozumieniu oraz porozumienia przetargowe.

Porozumienia dotyczące cen lub warunków handlowych należą do najcięższych ograniczeń konkurencji. Ceny na rynku powinny kształtować się swobodnie pod wpływem oddziaływania sił podaży i popytu. Swoboda kształtowania się cen jest jednym z najistotniejszych warunków funkcjonowania skutecznej konkurencji na rynku.

¹²⁶ W sytuacji gdy jedno przedsiębiorstwo posiada pozycję dominującą, porozumienie może być analizowane zarówno z punktu widzenia art. 101, jak i art. 102 TFUE. Nie ma wytyczonej jasnej i precyzyjnej linii demarkacyjnej; zob. np. sprawa T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2003, s. II-4653, TSUE zastosował tu art. 101 TFUE do porozumienia dystrybucyjnego dominującego przedsiębiorstwa.

Każde wywieranie wpływu na sposób ustalania cen podlega zakazowi. Przedsiębiorstwa próbują ingerować w mechanizmy rynkowe, na przykład ustalając ceny na niższym (lub wyższym) poziomie od tego, jaki wyznaczy rynek lub wyznaczając ceny minimalne i maksymalne. Ceny ustalane mogą być zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio. Bezpośrednie ustalanie cen polega np. na określeniu cen minimalnych. Pośrednie natomiast polega na uzgodnieniu składników cen, marż, upustów, ograniczeń w zakresie udzielania rabatów, terminów płatności, zasad kalkulowania cen, wysokości, daty wprowadzania i długości trwania podwyżek cen, wydawaniu katalogów zawierających ceny. Inne warunki handlowe odnoszą się natomiast do porozumień, które *per se* ograniczają dostęp do rynku, np. do zakazów eksportu/importu¹²⁷, bez względu na to, czy są stosowane w praktyce¹²⁸, i innych środków ograniczających eksport/import.

Porozumienia polegające na ograniczeniu lub kontrolowaniu produkcji (np. przez ustalanie limitów lub kontyngentów produkcji), rynków zbytu, rozwoju technicznego lub inwestycji mają na celu zmniejszenie lub wyeliminowanie konkurencji między członkami porozumienia, m.in. poprzez zredukowanie nadprodukcji oraz utrzymanie dotychczasowej struktury rynku, a także cen. Jeśli w danej gałęzi gospodarki istnieje wysoki poziom nadprodukcji, przedsiębiorstwa są skłonne zawrzeć porozumienie ograniczające jej zakres. Ekonomiczne i społeczne skutki ograniczenia popytu w pewnych gałęziach produkcji zmieniły podejście instytucji UE do mających na celu ograniczenie produkcji porozumień między przedsiębiorstwami. W jednym z raportów w sprawie polityki konkurencji¹²⁹, Komisja przedstawiła swój pogląd na przebudowę przemysłu w czasie kryzysu. Komisja jest skłonna zaakceptować porozumienia ograniczające produkcję, jeśli:

– strukturalna nadprodukcja dotyka wszystkie przedsiębiorstwa na danym rynku w przedłużającym się okresie,

– nadprodukcja skutkuje poważnymi stratami na działalności operacyjnej,

– nie ma oczekiwań trwałej poprawy w średnim okresie czasu.

Komisja będzie przyznawała wyłączenia takim porozumieniom, o ile ograniczenie nadprodukcji jest trwałe i nieodwracalne, a wielkość redukcji pozwoli istniejącym przedsiębiorstwom konkurować przy niższym poziomie produkcji. Ograniczenie produkcji musi ułatwiać specjalizację przedsiębiorstw, a terminy ograniczenia muszą minimalizować skutki społeczne, np. wzrost bezrobocia.

Porozumienia podziałowe mogą polegać na podziale rynku nie tylko według kryteriów geograficznych, ale też produktowych lub podmiotowych. Podział rynku

¹²⁷ Decyzja KE z 21.12.2000 w sprawie COMP.F.1/35.918 – *JCB*, Dz. Urz. 2002, L 69, s. 1.

¹²⁸ Orzeczenie w sprawie T-77/92 *Parker Pen przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1994, s. II-549.

¹²⁹ XII Raport w sprawie polityki konkurencji.

może nastąpić nie tylko w rozumieniu odrębnych części terytorialnych, lecz także na procentowym określeniu udziałów poszczególnych konkurentów w danym rynku. Porozumienia w sprawie podziału rynków lub źródeł zaopatrzenia są zakazane głównie ze względów ochrony rynku wewnętrznego. Chodzi tu o uniknięcie podziału rynku wewnętrznego według granic narodowych.

Porozumienia dyskryminacyjne zmierzają do zróżnicowanego (w niektórych przypadkach uprzywilejowanego) traktowania partnerów handlowych¹³⁰. Przedsiębiorcy powinni traktować swoich klientów i kontrahentów w taki sam sposób, tzn. powinni oferować te same warunki do równorzędnych transakcji, chyba że zróżnicowanie jest obiektywnie uzasadnione¹³¹.

Porozumienia wiązane dotyczą sytuacji, gdy akceptacja pewnych zobowiązań stanowi wstępny warunek zawarcia umowy. Tego typu zobowiązania często są nakładane przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą, chociaż występują także w kontekście art. 101 ust. 1 TFUE. Na przykład sprzedaż przez producenta dużych partii towaru wraz z dostawą. Kupujący nie może zorganizować własnego transportu i w ten sposób ograniczyć kosztów. W praktyce są one spotykane bardzo rzadko. W zakres przepisu art. 101 ust. 1 lit. e TFUE, jak również art. 6 ust. 1 pkt 5 wchodzi wyłącznie przypadki, gdy wiązanie sprzedaży jest uzgodnione przez co najmniej dwa przedsiębiorstwa. Inne przypadki sprzedaży wiązanej nie są objęte treścią tego przepisu¹³².

Jak już wcześniej wskazano, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów poszerza traktatowy katalog zakazanych porozumień o porozumienia ograniczające dostęp do rynku lub eliminujące z rynku przedsiębiorców nieuczestniczących w porozumieniu oraz porozumienia przetargowe. W pierwszym przypadku chodzi o porozumienia, w których wyniku przedsiębiorstwa obecne na rynku w sztuczny sposób tworzą bariery wejścia dla nowych podmiotów. Porozumienia przetargowe natomiast polegają m.in. na ustalaniu cen przez oferentów¹³³. Stanowią one znowę między oferentami lub między oferentami i zamawiającym. Najczęściej polegają one na odstąpieniu przedsiębiorcy, który wygrał przetarg, od podpisania umowy. Umowa zostaje zawarta z kolejnym oferentem, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę. Może to doprowadzić do sytuacji,

¹³⁰ Zob. Ł. Węgrzynowski, *Kontrola treści umowy w prawie ochrony konkurencji*, PPH 2009, Nr 4, s. 10–15.

¹³¹ Orzeczenie w sprawie 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1977, s. 1875.

¹³² T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, C.H. Beck 2009, s. 416; A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, LexisNexis 2011, s. 144–145.

¹³³ Zob. np. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 9.10.2012, RWR-31/2012 *Piekarnia*; decyzja Prezesa UOKiK z dnia 9.10.2012, RPZ-28/2012, „Instytut Edukacji Komputerowej” w Kolobrzegu oraz „Towarzystwo Handlowe ALPLAST A. Bąk i Spółka” Sp.j. z siedzibą w Niekaninie.

w której zamawiający będzie zmuszony do zawarcia umowy z przedsiębiorcą proponującym najmniej korzystne warunki. Kontrakt zostaje zatem zawarty z przedsiębiorcą z góry wybranym przez wszystkich oferentów. Ten sam cel można osiągnąć, składając konkurencyjne oferty, zawierające celowo błędy formalne lub mniej korzystne warunki bądź niespełniające warunków określonych w specyfikacji. Wówczas konkretny, ustalony wcześniej przedsiębiorca wygra przetarg. Pozostali zaś otrzymają rekompensatę w formie, np. zatrudnienia w formie podwykonawcy lub gratyfikacji finansowych. Zmowa przetargowa może być też narzędziem służącym do podziału rynku zamówień publicznych (oferenci umawiają się, kto wygra kolejne przetargi). W ten sposób eliminują między sobą konkurencję i dzielą rynek¹³⁴.

2.2. Porozumienia wertykalne

W odróżnieniu od porozumień horyzontalnych, porozumienia wertykalne są uznawane za mniej szkodliwe dla konkurencji. Są to porozumienia między co najmniej dwoma przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność gospodarczą na różnych poziomach łańcucha produkcji lub dystrybucji. Są to np. porozumienia między producentami i sprzedawcami detalicznymi. Przedsiębiorstwa nie konkurują między sobą, ponieważ prowadzą działalność na różnych poziomach rynku. Do najbardziej znanych porozumień wertykalnych należą porozumienia dystrybucyjne i porozumienia franczyzowe. Są one bardzo popularne. Pionowe porozumienia *prima facie* powinny być postrzegane pozytywnie, gdyż ułatwiają dystrybucję dóbr i przyczyniają się do integracji rynków. Porozumienia wertykalne są jak dotychczas najmniej szkodliwe, ponieważ mają na względzie dobrobyt konsumenta – m.in. ułatwiają dystrybucję dóbr i pozwalają producentom i sprzedawcom specjalizować się w obszarach, w których mają przewagi komparatywne.

Wielu ekonomistów (zwłaszcza ci należący do szkoły chicagowskiej) wskazuje, że porozumienia wertykalne mogą też wywoływać skutki prokonkurencyjne. Taki pogląd prezentuje obecnie również KE. W świetle rozporządzenia 330/2010 porozumienia wertykalne są zgodne z rynkiem wewnętrznym UE, jeśli udział stron w rynku właściwym produktowo wynosi mniej niż 30% (z pewnymi wyjątkami przewidzianymi w rozporządzeniu)¹³⁵.

¹³⁴ Szerzej na temat porozumień przetargowych w Polsce zob. m.in. P. Semeniuk, *Polskie z umowy przetargowe – krytyka*, iKAR 2013, Nr 1, s. 53–67.

¹³⁵ Rozporządzenie Komisji UE Nr 330/2010 z dnia 20.04.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej do porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. 2010, L 102, s. 1.

Możliwość zastosowania art. 101 TFUE w przypadku porozumień wertykalnych budziła przez pewien czas wątpliwości z uwagi na brak równorzędności sytuacji rynkowej stron takiego porozumienia. Ta kwestia była badana przez TSUE w sprawach połączonych *Établissements Consten Sarl and Grundig-Verkaufs-GmbH przeciwko Komisji*¹³⁶. Grundig, niemieckie przedsiębiorstwo produkujące sprzęt elektroniczny zawarło porozumienie o wyłącznej dystrybucji z francuskim dystrybutorem Consten, zgodnie z którym Consten był wyłącznym dystrybutorem Grundig we Francji, na Korsyce i Zagłębiu Saary. Zgodnie z porozumieniem Consten zgodził się nie prowadzić sprzedaży poza tym obszarem. Grundig zobowiązał się nie konkurować z Consten ani nie dostarczać swoich produktów innym przedsiębiorstwom (stronom trzecim) na obszarze działalności Consten. Zobowiązał się on także zapewnić, że dystrybutorzy z innych państw członkowskich nie będą podejmowali sprzedaży na obszarze, na którym wyłącznym dystrybutorem był Grundig. Komisja Europejska zakwestionowała takie praktyki i wszczęła postępowanie w sprawie porozumienia o wyłącznej dystrybucji. Stwierdziła, że porozumienie to było sprzeczne z art. 101 ust. 1 TFUE (art. 81 ust. 1 TWE), ponieważ porozumienie miało na celu zniekształcenie konkurencji wewnątrz UE przez ograniczenie handlu. Consten złożył skargę na decyzję KE do TSUE, który potwierdził, że porozumienia wertykalne mieszczą się w ramach art. 101 TFUE. W opinii sądu nie jest istotny fakt, że strony porozumienia nie są równe pod względem ich pozycji i funkcji w gospodarce. Zinterpretował art. 101 TFUE w sposób stosunkowo restrykcyjny, stwierdzając, że porozumienie między Consten i Grundig, jak również porozumienia zawarte między Grundig i jego dystrybutorami ograniczały import równoległy. Porozumienia te miały na celu wyodrębnić rynki krajowe dla produktów Grundig i tym samym podzielić rynek wewnętrzny UE według kryteriów narodowych, co samo przez się zakłóciło konkurencję na rynku wewnętrznym. Z tego względu (bez sprawdzania innych czynników, jak np. dane ekonomiczne wskazujące, że porozumienie spowodowało wzrost obrotów handlowych produktami Grundig między Francją i Niemcami, a także nie sprawdzając poprawności kryteriów, które Komisja stosowała, aby porównać rynek francuski z niemieckim itp.) TSUE orzekł, że porozumienie to naruszało art. 101 ust. 1 TFUE, i utrzymał w mocy decyzję Komisji.

Do najbardziej popularnych ograniczeń wertykalnych należą: selektywna dystrybucja, franczyza, wyłączna dostawa, wyłączna dystrybucja, wiązanie, jednomarkowość, wyłączność klienteli. W porozumieniach wertykalnych, podobnie jak w horyzontalnych, mogą być zawierane pewne klauzule cenowe. W tej części pracy najpierw zostaną przedstawione

¹³⁶ Orzeczenie w sprawach połączonych 56 i 58/64 *Établissements Consten Sarl i Grundig-Verkaufs-GmbH przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1966, Nr 299.

najczęściej występujące w praktyce ograniczenia wertykalne (pierwsze trzy typy: selektywna dystrybucja, franczyza, wyłączna dostawa), a następnie klauzule cenowe.

Selektywna dystrybucja zwykle jest wykorzystywana w przypadku sprzedaży dóbr luksusowych lub zaawansowanych technologicznie. Istnieje ryzyko, że może ona ułatwiać zмовę między dostawcami i dystrybutorami przez ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej (odnosi się to do konkurencji między dystrybutorami produktów danej marki), np. przez wykluczenie dostępu do rynku i podnoszenie cen ze szkodą dla konsumentów. Selektywna dystrybucja może jednak przynosić korzyści np. w formie większej efektywności dystrybucji. Zastosowanie art. 101 ust. 1 TFUE do porozumień w sprawie selektywnej dystrybucji było przedmiotem orzeczenia w sprawie 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG przeciwko Komisji*¹³⁷.

TSUE orzekł, że system selektywnej dystrybucji, jak ten wdrożony przez Saba, był uzasadniony, dopóki pośrednicy zajmujący się odsprzedają byli dobierani selektywnie na podstawie obiektywnych kryteriów jakościowych odnoszących się do kwalifikacji technicznych odsprzedających i ich personelu. Istotne też było jednolite stosowanie tych wymogów wobec wszystkich potencjalnych dystrybutorów.

Czysto jakościowe kryteria selektywnej dystrybucji nie wchodzą w zakres art. 101 ust. 1 TFUE. Jeżeli wymaga tego rodzaj produktu, dystrybutorzy są wybrani w oparciu o obiektywne kryteria jakościowe, a kryteria ich wyboru nie wykraczają poza to, co jest niezbędne do utrzymania odpowiedniej jakości produktów lub usług i systemu ich sprzedaży.

Porozumienia francyzyzowe z natury zawierają licencje dotyczące praw własności intelektualnej odnoszące się do marki handlowej, znaków towarowych lub *know-how* wykorzystywanych w celu dystrybucji dóbr lub usług. Francyzyzodawca dostarcza często technicznej i ekonomicznej pomocy francyzyzobiorcy w czasie trwania porozumienia. Biorca francyzyzy wykorzystuje te prawa, uiszczając opłatę za wykorzystywanie konkretnego pomysłu na działalność gospodarczą. Umowy francyzyzy często zawierają różne wertykalne ograniczenia odnoszące się do sposobu, w jaki produkty są dystrybuowane¹³⁸. Instytucje UE stosują liberalne podejście do ograniczeń zawieranych w umowach francyzyzy i rozważają raczej ogólne korzyści zarówno biorcy, jak i dawcy francyzyzy. Nawet klauzula zawarta w umowie Consten/Grundig, będącej przedmiotem postępowania przed TSUE, może nie wchodzić w zakres art. 101 ust. 1 TFUE, jeśli będzie uznana za niezbędną, aby skłonić francyzyzobiorcę do przystąpienia do porozumienia. Zabronione jest jednak

¹³⁷ Orzeczenie w sprawie 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1977, s. 1875.

¹³⁸ Wiodącym przykładem jest orzeczenie w sprawie 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Zb. Orz. 1986, s. 353.

narzucanie przez franczyzodawcę sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży produktów. Zakazu tego nie przestrzegала spółka Sfinks Polska SA, która zawarła z przedsiębiorcami prowadzącymi na zasadzie franczyzy restauracje pod marką Sphinx porozumienie ograniczające konkurencję polegające na ustalaniu sztywnych cen sprzedaży produktów oferowanych w restauracjach działających pod tą marką. Prezes UOKiK nałożyła na spółkę Sfinks Polska SA karę w wysokości 464 tys. zł¹³⁹. Jest to jedna z niewielu spraw dotyczących naruszenia konkurencji przez franczyzodawcę rozstrzyganych przez organy antymonopolowe zarówno w Polsce, jak i w innych krajach UE.

Porozumienie o wyłącznej dostawie charakteryzuje się tym, że kupujący jest obowiązany nabyć od producenta dobra objęte porozumieniem. Teoretycznie obie strony odnoszą korzyści z takiej umowy. Producentom łatwiej planować wielkość produkcji, a odbiorcy korzystają z bardziej atrakcyjnych cen, pomocy technicznej itp. Komisja, oceniając tego typu porozumienia, zwraca uwagę, czy takie porozumienie stanowi element sieci (łańcucha) podobnych praktyk. Jeśli tak, należy ocenić ich wpływ na handel między państwami członkowskimi. W orzeczeniu 23/67 *Brasserie de Haecht przeciwko Wilkin Janssens (No. 1)*¹⁴⁰ TSUE stwierdził, że porozumienia takie nie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1 TFUE, jeśli ich skutkiem nie jest „blokowanie” potencjalnych konkurentów¹⁴¹.

2.3. Klauzule cenowe

Porozumienia – zarówno horyzontalne, jak i wertykalne – mogą określać ceny zalecane, maksymalne, sztywne i minimalne, które naruszają art. 101 ust. 1 TFUE.

Cena zalecana (nazywana też rekomendowaną lub sugerowaną) określa poziom ceny, po której dostawca zaleca odbiorcy sprzedaż towarów. Rekomendacja tego rodzaju bywa umieszczona na opakowaniu produktu. Dostawca może również zakomunikować cenę rekomendowaną odbiorcy w inny sposób, na przykład w aneksie do umowy, pocztą elektroniczną etc. Ceny zalecane są zgodne z prawem konkurencji tylko wtedy, gdy dostawca w żaden sposób nie przymusza odbiorcy do stosowania jego rekomendacji. Jeżeli jednak dostawca stosuje jakikolwiek system formalnego lub nieformalnego przymusu (np. uzależnia realizację dostaw lub wypłatę premii od stosowania cen rekomendowanych), narusza prawo konkurencji¹⁴².

¹³⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 15.06.2013, DOK 1/2013.

¹⁴⁰ Orzeczenie 23/67 *Brasserie de Haecht przeciwko Wilkin Janssens (No.1)*, Zb. Orz. 1967, s. 407.

¹⁴¹ Orzeczenie w sprawach połączonych T-374, 375, 384 i 388/94 *European Night Services przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1998, s. 3141.

¹⁴² Zob. J. Bieliński, Z. Brodecki, K. Domachowska, J. Hirsz, M. Kucharski, I. Marcinkowska, M. Nestorowicz, P. Paradowski, P. Rosiak, A. Zielińska-Głębocka, I. Zużewicz, *Konkurencja*, LexisNexis, 2004, s. 214.

Klauzula o cenie maksymalnej z kolei określa uzgodnioną przez przedsiębiorców cenę, powyżej której nie mogą być sprzedawane towary. Co do zasady, praktyka ustalania cen maksymalnych nie stanowi naruszenia prawa konkurencji, o ile nie ma ona charakteru ceny sztywnej.

Cena sztywna natomiast jest uzgodnioną przez przedsiębiorców ceną, po której nabywca zobowiązuje się sprzedawać towary. Praktyka taka należy do najpoważniejszych naruszeń prawa konkurencji gdyż de facto stanowi ona ustalenie ceny odsprzedaży (jest to klauzula typu *hard-core*).

Cena minimalna natomiast jest uzgodnioną przez przedsiębiorców ceną, poniżej której zobowiązują się oni nie sprzedawać określonych towarów. Praktyka taka stanowi jedno z najpoważniejszych naruszeń prawa konkurencji, ponieważ w konsekwencji prowadzi do eliminacji rywalizacji między przedsiębiorstwami. Dotyczy to zarówno porozumień wertykalnych, jak i horyzontalnych.

2.4. Ekonomiczne skutki porozumień wertykalnych

Większość ekonomistów wyraża pogląd, że porozumienia wertykalne na ogół są korzystne, ponieważ zarówno producent, jak i dystrybutor jest zainteresowany sprzedażą danego dobra lub usługi. W dodatku porozumienia wertykalne mogą niwelować negatywne efekty w sytuacjach, gdy interesy producentów i dystrybutorów się różnią¹⁴³. Po pierwsze, takie porozumienia pozwalają uniknąć problemu „podwójnej marży”. W przypadku gdyby porozumienie wertykalne nie zostało zawarte mogłaby nastąpić sytuacja, że producenci sprzedający swoje wyroby bez porozumienia będą ustalać ceny na poziomie uwzględniającym ich koszty produkcji oraz marżę i podobnie zachowują się dystrybutorzy – ustalą ceny, uwzględniając swoje koszty i marżę. W efekcie poziom cen stanie się zbyt wysoki, gdyż zarówno producenci, jak i dystrybutorzy doliczają marżę do cen. Jeśli producenci i dystrybutorzy będą stanowili jedną zintegrowaną firmę, będzie tylko jedna marża dodana do kosztu. Porozumienia wertykalne pozwalają uniknąć podwójnej marży na wiele różnych sposobów. Na przykład, producent może ustalić cenę maksymalną dla dystrybutorów lub zmusić ich do zakupu określonej ilości dobra i nakazać sprzedaż całego towaru, aby wymusić obniżenie ceny. Te środki zapewniają niższe ceny dóbr w porównaniu z sytuacją, gdy relacja pomiędzy producentem a dystrybutorem opiera się na zwykłej umowie sprzedaży. Dotychczas wskazano prokonkurencyjne efekty porozumień wertykalnych przynoszących korzyści nie tylko stronom porozumienia, ale i konsumentom przez sprzyjanie optymalnym inwestycjom stronom porozumienia. Jednakże porozumienia

¹⁴³ Zob. M. Motta, *op. cit.*, s. 315 i n.

wertykalne mogą także prowadzić do negatywnych efektów dla dobrobytu konsumenta w sposób pośredni i bezpośredni.

Szkody dla konsumentów mogą pojawić się m.in. w sytuacji gdy porozumienie wertykalne prowadzi do wykluczenia wejścia innych przedsiębiorców na dany rynek.

Można tutaj także mówić o wykluczeniu klientów. Takie zachowanie nawiązuje do wykorzystywania umów i innych strategii, które ograniczają rywalom dostęp do podstawowej bazy klientów. Może to ograniczyć sprzedaż konkurentów w wystarczającym stopniu – tak aby jej poziom znalazł się na poziomie poniżej progu rentowności, co zmusi ich do wyjścia z branży. Jeśli nawet konkurent nie opuści rynku, może ponosić wyższe koszty marginalne, które ograniczą jego zdolność do efektywnej konkurencji. Może to także oznaczać ograniczenia zdolności do konkurencji pozacenowej. W rezultacie wykluczenie może być szkodliwe dla konsumentów i konkurentów, ponieważ pozwala przedsiębiorstwu wykluczającemu podnieść ceny¹⁴⁴.

Wykluczenie następuje także wówczas, gdy producent posiada taką siłę rynkową, dzięki której będzie mógł wykluczyć konkurentów przez utrudnienie innym przedsiębiorstwom możliwości znalezienia dystrybutorów chcących sprzedać ich produkty. Wykluczenie może nastąpić również wtedy, gdy pewna liczba producentów ma umowy wyłącznej sprzedaży z dystrybutorami. Wówczas przedsiębiorstwo, które wchodzi na dany rynek, może mieć trudności ze znalezieniem dystrybutorów¹⁴⁵.

3. Wymiana informacji między przedsiębiorstwami

Komisja uznaje, że wymiana informacji o poziomie cen między konkurentami stanowi naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE, jeśli dotyczy indywidualnych danych przedsiębiorstw odnoszących się bezpośrednio do cen lub elementów polityki cenowej, włączywszy rabaty, koszty, warunki wymiany handlowej itp. W orzeczeniu w sprawie T-334/94 *Sarrió SA przeciwko Komisji*¹⁴⁶ TSUE zawarł wyjaśnienia dotyczące wymiany informacji między przedsiębiorstwami. Orzekł on, że wymiana danych statystycznych sama w sobie nie stanowi naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE. Sam system wymiany informacji statystycznych, które mogą być wykorzystywane w celach antykonkurencyjnych, nie jest sprzeczny z art. 101 ust. 1 TFUE. Należy wówczas jednak ocenić aktualne antykonkurencyjne skutki.

¹⁴⁴ S.C. Salop, *Analysis of Foreclosure in the EC Guidelines on Vertical Restraints*, Fordham Corporate Law Institute, 2000, s. 191–192.

¹⁴⁵ Np. Orzeczenie w sprawie C-234/89 *Delimitis przeciwko Henninger Bräu AG*, Zb. Orz. 1991, s. I-935; Orzeczenie w sprawie 75/84 *Metro przeciwko Komisji (Metro Nr 2)*, Zb. Orz. 1986, s. 3021.

¹⁴⁶ Orzeczenie w sprawie T-334/94 *Sarrió SA przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1998, s. II-1439.

W wielu przypadkach Komisja stwierdziła, że wymiana informacji była sprzeczna z zasadami konkurencji, gdyż stanowiła część mechanizmu monitorowania i/lub wdrażania innych porozumień, które były sprzeczne z prawem. Zbieranie, przetwarzanie i rozpowszechnianie informacji może zostać osiągnięte poprzez stowarzyszenia handlowe lub inne wspólne agencje. Gdy weźmie się pod uwagę jakąkolwiek decyzję Komisji w sprawie najcięższych karteli wydaną w ciągu ostatnich kilku lat, można zauważyć, że bezprawne porozumienia w kwestii np. ustalania cen, podziału rynku geograficznego, kontyngentów lub ograniczenia konkurencji w inny sposób zawierały wymianę informacji handlowych.

Wymiana informacji odnośnie do kosztów na wysoko skoncentrowanym rynku może ograniczać stopień konkurencji cenowej i skutkować koordynacją cen. Podobnie wymiana informacji na temat inwestycji między konkurentami na rynku wysoko skoncentrowanym może ograniczać intensywność konkurencji, jeśli ujawnia plany dotyczące przyszłych strategii i może także powodować wzrost barier wejścia¹⁴⁷. Ujawnienie informacji o wydajności na wysoko skoncentrowanych rynkach może mieć podobny skutek jak przy ujawnieniu zdolności produkcyjnych indywidualnych przedsiębiorstw i oddziaływać na warunki rynkowe¹⁴⁸.

Wymiana informacji może także mieć korzystne skutki zarówno z punktu widzenia konkurencji, jak i konsumenta, jeśli przyczynia się do polepszenia produkcji lub dystrybucji dóbr bądź też wspiera postęp techniczny lub rozwój gospodarczy. Na przykład porozumienia, których wyłącznym celem jest wspólna wymiana opinii lub doświadczeń, wspólna działalność badawczo-rozwojowa lub wspólne opracowanie statystyk, raczej nie powinny wywoływać antykonkurencyjnych efektów i tym samym naruszać art. 101 ust. 1 TFUE. Wymiana informacji może także wyeliminować asymetrię informacji i tym samym przyczynić się do poprawy efektywności przedsiębiorstw¹⁴⁹.

Konkurenci mogą zyskiwać bez szkodenia klientom przez wymianę informacji w zakresie metod księgowości, zarządzania zapasami, nadzoru księgowego, formułowania standardów umów. Podobnie jeżeli chodzi o benchmarking, gdy przedsiębiorcy mierzą swoje wyniki na tle „najlepszych praktyk” w swojej gałęzi – wymiana informacji może im ułatwić podniesienie efektywności. Wymiana informacji może także dotyczyć nowych technologii i wyników prac badawczo-rozwojowych. Przy dyfuzji *know-how* porozumienia informacyjne mogą pomóc w zwiększeniu liczby przedsiębiorstw

¹⁴⁷ W sprawie *Zinc Producer Group* konkurenci ujawnili informacje o swoich planach inwestycyjnych, Decyzja KE z 6.08.1984 w sprawie IV/30.350 – *Zinc Producer Group*, Dz. Urz. 1984, L 220/27.

¹⁴⁸ A. Ossowska, *Co, komu i za ile? Zastosowanie prawa konkurencji i mikroekonomii do oceny wymiany informacji między przedsiębiorstwami*, [w:] B. Kurcz (red.), *op. cit.*, s. 112–117.

¹⁴⁹ Wytoczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, Dz. Urz. 2011, C 11/1.

zdolnych do prowadzenia działalności na danym rynku i nie muszą wywoływać negatywnych skutków z punktu widzenia konkurencji.

W związku z tym, że wymiana informacji nie zawsze wywołuje negatywne efekty dla rynku, poważnym problemem okazuje się dokonanie rozróżnienia dopuszczalnej wymiany informacji od wymiany sprzecznej z regułami konkurencji¹⁵⁰. Ze względu na różnorodność informacji, jakie mogą być wymieniane, każda sprawa powinna być rozważana odrębnie z uwzględnieniem istotnych okoliczności¹⁵¹.

Ogólnie wymiana informacji może być podzielona na dwie dość pojemne kategorie:

– pierwsza dotyczy wymiany informacji, które wspierają lub stanowią integralną część umowy, jak np. ustalanie cen lub podział rynku. W takich okolicznościach wymiana będzie więc wchodziła w zakres art. 101 ust. 1 TFUE¹⁵². W rzeczywistości najbardziej znaczące kartele angażują się w wymianę poufnych informacji¹⁵³ i dlatego nie dziwi, że Komisja podejrzliwie podchodzi do wymiany informacji między przedsiębiorstwami¹⁵⁴.

– druga kategoria dotyczy wymiany informacji, które nie są związane z innymi uzgodnionymi zachowaniami¹⁵⁵.

Jeśli nie ma bezpośrednich dowodów na jakikolwiek kontakt – bezpośredni lub pośredni – między przedsiębiorstwami, ale wykazują one paralelne zachowania przez pewien czas, rodzi się pytanie, czy zachowanie takie stanowi uzgodnioną praktykę. To jest szczególnie istotne w sytuacji, gdy rynek właściwy jest oligopolistyczny. Jednakże zgoda co do pewnych zachowań stanowiąca jedyne przekonujące ich wyjaśnienie musi zostać udowodniona. Aby naruszyć art. 101 ust. 1 TFUE, przedsiębiorstwo musi wyrazić zgodę na wymianę informacji. Wymiana musi stanowić przedmiot porozumienia, praktyki uzgodnionej lub decyzji związku przedsiębiorstw¹⁵⁶. Nie wystarczy, że przedsiębiorstwa są zdolne do otrzymywania informacji od siebie wzajemnie co do swoich zachowań. To nie jest niezbędny składnik porozumienia. Kiedy trzecia strona zbiera, opracowuje i dostarcza informacji klientom, art. 101 ust. 1 nie powinien zostać naruszony¹⁵⁷. W sprawie

¹⁵⁰ Z. Jurczyk, *Kartele...*, s. 384.

¹⁵¹ VII Raport w sprawie polityki konkurencji, pkt 7.

¹⁵² Decyzja KE z 13.06.1994 w sprawie IV/C/33.833 *Cartonboard*, Dz. Urz. 1994, L 243/1 i Decyzja KE z 30.10.1994 w sprawach IV/33.126 i 33.322 – *Cement*, Dz. Urz. 1994, L 343/1.

¹⁵³ Decyzja KE z 7.06.2000 r. w sprawie COMP/36.545/F3 *Amino Acids*, *op. cit.*

¹⁵⁴ G.P. Kyprianides, *Critically evaluate treatment of information exchange in TFEU article 101 cases*, ECLR 2012, Nr 9, s. 406–412.

¹⁵⁵ Decyzja KE z 12.12.1983 r. w sprawie IV/31.370 and 31.446 – *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, Dz. Urz. 1992, L 68/19.

¹⁵⁶ Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, *op. cit.*, pkt. 60.

¹⁵⁷ Na temat sposobu wymiany informacji zob. A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2013, s. 200 i n.

*Wood Pulp*¹⁵⁸ ETS orzekł, że fakt, iż producenci miazgi drzewnej ogłosili wzrost cen, zanim ten wzrost nastąpił, nie był wystarczający do stwierdzenia naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE¹⁵⁹. Jeżeli jednak wymiana informacji, która nie była obligatoryjna (nie wynikała z umowy), stanowi umowę dżentelmeńską lub uzgodnioną praktykę, wchodzi w zakres art. 101 ust. 1 TFUE, o ile wywołuje skutek w postaci ograniczenia lub zniekształcenia konkurencji. W sprawie *Asnef-Equifax przeciwko Ausbanc*¹⁶⁰, TSUE orzekł, że jeśli instytucje kredytowe partycypowałyby w tworzeniu rejestru informacji o wypłacalności klientów, nie byłoby szczególnie istotne, czy to efekt porozumienia, uzgodnionej praktyki lub decyzji zrzeszenia przedsiębiorców. Taka praktyka została zakwalifikowana jako kartel.

4. Kartel

Kartel jest porozumieniem pomiędzy przedsiębiorstwami sprzedającymi (lub produkującymi) te same produkty, w którym strony stosują zmwę cenową albo ograniczają produkcję. M. Monti przyrównał kartele do raka współczesnej gospodarki¹⁶¹. Przedsiębiorstwa uczestniczące w kartelu znacząco podnoszą swoją siłę rynkową i w pewnych przypadkach mogą monopolizować rynek właściwy. Nie są też poddane presji innowacyjności (np. podnoszenia jakości produktów, tworzenia nowych produktów lub szukania nowych kanałów dystrybucji). Dlatego kartele ograniczają innowacyjność, nakładają wysokie ceny na dobra niższej jakości i ograniczają wybór produktów konsumentom. Konsumenty są zmuszani do akceptacji cen kartelowych (cen wyższych niż te, które byłyby ustalone w warunkach zdrowej konkurencji pod wpływem oddziaływania sił podaży i popytu). Ponadto kartele ograniczają możliwości wejścia na rynek nowych przedsiębiorstw. W konsekwencji uczestnicy kartelu zachowują się jak monopolisci i ograniczają dobrobyt konsumentów.

Aby kartel mógł trwać w dłuższym okresie, muszą być spełnione cztery warunki:

- główny dostawca produktu jest jedną ze stron porozumienia,
- uczestnicy ustalają sposób koordynacji własnych zachowań (np. wyrażając zgodę co do podnoszenia cen lub dzieląc rynek pomiędzy siebie);
- istnieje mechanizm pozwalający wykryć i ukarać uczestników kartelu, którzy oszukują, ustalając ceny poniżej poziomu wyznaczonego przez kartel;

¹⁵⁸ Orzeczenie w sprawie C-89/85 *Ahlström and others przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1993, s. I-1307.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pkt 59–65.

¹⁶⁰ Orzeczenie w sprawie C 238/05 *Asnef-Equifax przeciwko Ausbanc*, Zb. Orz. 2006, s. I-11125.

¹⁶¹ M. Monti, *Fighting Cartels, Why and How?*, referat na wygłoszony na konferencji 11–12 września 2000 r., www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/00/295&format=HTML&age=0&language=EN&guiLanguage=en [dostęp 21.02.2013].

– istnieją wysokie koszty wejścia, które chronią przed wejściem potencjalnych konkurentów i tym samym przed obniżeniem rentowności kartelu¹⁶².

Spełnienie tych warunków powoduje, że kartel jest zdolny do zachowywania się jak monopolista (redukuje produkcję i podnosi ceny). Niektóre kartele zostają złamane, ponieważ strony są niezdolne do przestrzegania wszystkich warunków i koordynacji zachowań w dłuższym czasie¹⁶³. Jednakże jeśli istnieje wysoki stopień zaufania pomiędzy członkami, kartel może trwać w długim okresie. Organy ochrony konkurencji mają poważne trudności z zebraniem materiału dowodowego w sprawach dotyczących karteli. Dlatego też prawo konkurencji tworzy dodatkowe źródła (czynniki) niestabilności kartelu. Na przykład program leniency daje bodźce dla członków kartelu do jego zdemaskowania poprzez możliwość uniknięcia wysokiej kary nakładanej przez krajowe lub europejskie organy ochrony konkurencji. Rozbijanie karteli jest podstawową dziedziną działalności KE (zagadnienia te zostały przedstawione w rozdziale V).

W większości spraw Komisja zdobywa (otrzymuje) mocne dowody w formie notatek służbowych lub nagrań rozmów potwierdzających zмовę. Jakość zebranego materiału dowodowego jest niezwykle istotna. Nie może budzić żadnych wątpliwości. Komisja w sprawie *Wood Pulp*¹⁶⁴ dowodziła zмовy na podstawie zachowań stron porozumienia. Jej poglądu nie podzielił jednak TSUE. Komisja stwierdziła, że ponad 40 producentów miazgi drzewnej naruszyło prawo konkurencji UE, pomimo faktu, że żaden z tych producentów nie miał siedziby w UE. Komisja na 36 z nich nałożyła grzywnę za naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE. Wiele z tych przedsiębiorstw zaskarżyło decyzję Komisji do TSUE. Podali oni w wątpliwość stanowisko Komisji co do naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE przez uzgadnianie cen swoich produktów i publikowanie kwartalnych katalogów cenowych. Czynniki, które Komisja wzięła pod uwagę (m.in. system ogłoszeń cen, który wpłynął na przejrzystość cen, jednolitość fluktuacji cen i jednolite podejście do cen), mogły zostać wyjaśnione tylko istnieniem oligopolistycznej struktury rynku, gdzie przedsiębiorstwa podążają za liderem rynkowym. Jednakże w tym czasie było ponad 50 producentów miazgi drzewnej. Na tej podstawie Komisja stwierdziła, że rynek nie był oligopolistyczny i jednolite zachowania rynkowe mogły zostać wyjaśnione tylko uzgodnioną praktyką.

TSUE uchylił decyzję Komisji, uznając, że Komisja nie przedstawiła precyzyjnych i spójnych dowodów naruszenia. TSUE powołał własnych ekspertów w celu przeprowadzenia analizy rynku. Wyniki tej analizy przekonały sąd, że paralelne zachowania

¹⁶² Odnośnie do ekonomiki kartelu zob. M. Motta, *op. cit.*, s. 146 i n.

¹⁶³ Zob. Decyzja KE z 6.08.1984 w sprawie IV/30.350 – *Zinc Producer Group*, Dz. Urz. 1984, L 220/27.

¹⁶⁴ Orzeczenie w sprawach połączonych 89, 104, 114, 116, 117 i 125–129/85 A. *Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji, Wood Pulp*, Zb. Orz. 1993, s. I-1307, pkt 70; A. Jones, *Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism?*, ECLR 1993, Nr 6, s. 273.

przedsiębiorstw można wyjaśnić strukturą rynku. Nie muszą one stanowić uzgodnionych działań. Ówczesnie rynek charakteryzował się cyklicznością. Publikacja katalogów cenowych była oczekiwana przez klientów. Biorąc pod uwagę cykliczność rynku, oczekiwali oni informacji na temat cen. TSUE stwierdził, że w tym przypadku uzgadnianie zachowań nie stanowi jedynego wytłumaczenia paralelnych zachowań. Publikacja katalogów cenowych stanowiła racjonalną odpowiedź na fakt, że zarówno kupujący, jak i sprzedający chcieli ograniczyć ryzyko handlowe. Podobieństwo terminów publikacji cen może być postrzegane jako bezpośredni skutek wysokiego stopnia przejrzystości rynku, której nie można uznać za sztuczną. Ponadto zbieżność cen może zostać wyjaśniona przez oligopolistyczne tendencje rynku i okoliczności występujące w pewnych okresach. Paralelne zachowanie nie stanowi jednak żadnego dowodu uzgodnionej praktyki.

TSUE stwierdził, że jeżeli Komisja nie posiada dokumentów, które bezpośrednio dowodzą istnienia kooperacji pomiędzy producentami, konieczne jest ustalenie, czy istnieje system kwartalnych ogłoszeń (obwieszczeń) cen, jednoczesność i równoczesność ogłoszeń, gdyż takie informacje stanowią materiał dowodowy potwierdzający wcześniejszą kooperację¹⁶⁵.

Należy wziąć pod uwagę, że chociaż art. 101 TFUE zakazuje jakiegokolwiek formy zmowy, która narusza konkurencję, nie pozbawia partnerów gospodarczych prawa dostosowywania się inteligentnie do istniejących lub przewidywanych zachowań konkurentów¹⁶⁶. Niezbędne jest, aby ustalić, czy domniemane przez Komisję podobieństwo zachowań (biorąc pod uwagę wielkość i liczbę przedsiębiorstw oraz wartość całego rynku) nie może zostać wytłumaczone inaczej niż zмова. Trybunał stwierdził, że podobieństwo zachowań może zostać uznane z powodów innych niż istniejące uprzednio porozumienie jako ustalona strategia rynkowa¹⁶⁷. System ogłoszeń cen może zostać uznany za stanowiący racjonalną reakcję (odpowiedź) na fakt, że rynek masy celulozowej wykazuje istnienie potrzeby współpracy sprzedających i kupujących w celu ograniczenia ryzyka handlowego. Ponadto podobieństwo co do dat ogłoszeń cenowych może zostać uznane za bezpośredni rezultat wysokiego stopnia przejrzystości rynku. Równoczesność ogłaszania cen i trendy cenowe mogą zostać uznane za tendencje oligopolistyczne na rynku i w pewnych (szczególnych, określonych) okolicznościach przeważać. Podobieństwo zachowań nie dowodzi kooperacji¹⁶⁸.

Powyższe argumenty wskazują, że organy ochrony konkurencji muszą posiadać niepodważalne dowody na istnienie kartelu i nie mogą nakładać sankcji na paralelne

¹⁶⁵ Orzeczenie w sprawach połączonych 89, 104, 114, 116, 117 i 125-129/85 *Wood Pulp*, *op. cit.*, pkt 70.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pkt 71.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pkt 72.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pkt 73.

zachowania przedsiębiorstw. Od sprawy *Wood Pulp* Komisja nie wykorzystuje ekonomicznych dowodów do ustalenia porozumienia, ale opiera się na dowodach uzyskanych podczas badania kartelu. Organy ochrony konkurencji nie mogą uzasadniać kary twierdzeniem, że zachowanie przedsiębiorstw daje podstawy do uznania istnienia porozumienia. Muszą one wykazać, że podobne zachowanie potwierdza wcześniejszą zmwę, albowiem mogą występować inne uwarunkowania podobnych zachowań.

W praktyce wiele decyzji Komisji nakładających kary finansowe jest zaskarżanych do TSUE, choć niewiele apelacji zakończyło się pomyślnie. W większości przypadków Sąd Generalny i Trybunał potwierdził większość decyzji podjętych przez Komisję, chociaż w niektórych przypadkach zmniejszył wymiar kary, gdyż w materiałach dowodowych Komisja błędnie określała czas trwania naruszenia lub nie brała pod uwagę informacji mających znaczenie w sprawie¹⁶⁹. Istnienie kartelu osłabia cele prawa konkurencji i niekorzystnie wpływa na konkurencyjność całej gospodarki. Dlatego też od kartelu należy odróżnić cichą zmwę. W zakresie kryteriów rozgraniczenia takich zachowań duże znaczenie miała sprawa *Wood Pulp*. Ukazała ona bowiem, iż jeden typ antykonkurencyjnych zachowań uchybia regulacji art. 101 TFUE¹⁷⁰.

5. Cicha zмова

Jednym z powodów tendencji do ustalania cen na zbliżonym poziomie (tendencji do wyrównywania się cen) przez wszystkich producentów jest oligopolistyczna struktura rynku. W gałęziach, gdzie jest kilku producentów, dobra są bliskimi substytutami, a bariery wejścia są wysokie, ceny mogą zostać podniesione, jeśli zostanie utworzony kartel, bez zaangażowania jakichkolwiek środków komunikacji, które mogłyby zostać zrozumiane jak porozumienie lub uzgodniona praktyka. Z ekonomicznego punktu widzenia oba przypadki zachowań oznaczają zmwę – kartel i cicha zмова ograniczają dobrobyt społeczny. Z ekonomicznego punktu widzenia nie ma znaczenia, czy plan zmowy cenowej został opracowany w sposób generujący dowody na istnienie aktualnych powiązań komunikacyjnych¹⁷¹. Z prawnego punktu widzenia tylko jeden oznacza naruszenie art. 101 TFUE. Cicha zмова nie wchodzi w zakres art. 101 TFUE, ponieważ jest efektem struktury rynku a nie zachowań przedsiębiorstw.

Skutkiem istnienia oligopolu są wysokie ceny, ponieważ strony podejmują konkretne działania, aby doprowadzić do antykonkurencyjnych efektów. Dlatego nie ma nic naturalnego w zachowaniach antykonkurencyjnych oligopolistów. Oligopoliście nie

¹⁶⁹ Szerzej na ten temat zob. rozdział V.

¹⁷⁰ Orzeczenie w sprawie *Wood Pulp*, *op. cit.*

¹⁷¹ R.A. Posner, *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press, Chicago 2000, s. 94–95.

opłaca się obniżyć ceny, gdy inni zrobią to samo, gdyż w rezultacie obniży się elastyczność popytu, spadnie utarg całkowity i zmniejszy się zysk. Tak więc zachowanie poszczególnych firm silnie zależy od postępowania konkurentów.

Organy ochrony konkurencji powinny najpierw ocenić w toku postępowania – czy na rynku są dojrzałe zmony (m.in. należy rozważyć, czy dany rynek jest strukturą oligopolistyczną), a następnie umówione podnoszenie cen¹⁷². To podejście obejmuje odmienny sposób analizy ekonomicznej od zaprezentowanego w sprawie *Wood Pulp*, kiedy Trybunał przedstawił pogląd, że antykonkurencyjne zachowania w oligopolu mogą wynikać ze struktury rynkowej. Strony mogą podejmować kroki w celu ułatwienia koordynacji zachowań i dlatego Komisja zapobiega porozumieniom, w których przedsiębiorstwa na rynku oligopolistycznym wyrażają zgodę na wymianę informacji, kiedy istnieje prawdopodobieństwo ułatwienia osiągnięcia cichego porozumienia¹⁷³. Jednakże aktualnie zakazane są porozumienia o wymianie informacji, a nie np. równoległe zachowania, których liczba stale wzrasta.

6. Rozróżnienie pomiędzy porozumieniem a jednostronnym działaniem

W praktyce stosowania prawa konkurencji istnieją trudności z rozróżnieniem porozumienia od tzw. jednostronnego zachowania (działania) przedsiębiorstwa. Problem ten pojawia się, gdy przedsiębiorstwo chce wykorzystać fakt istnienia różnic cenowych pomiędzy państwami członkowskimi i dąży do ograniczenia eksportu dóbr z krajów o niższych cenach do państw, w których poziom cen jest wyższy. Praktyka taka jest szkodliwa dla przedsiębiorstw, ponieważ ogranicza ich zyski na rynkach, gdzie sprzedają po wyższych cenach. Art. 101 TFUE zakazuje porozumień, które uniemożliwiają eksport. Dlatego przedsiębiorstwa muszą znaleźć drogę do zapobiegania równoległemu importowi, nie naruszając tego przepisu. Niektórzy decydują się na przejście dystrybutorów, unikając stwierdzenia porozumienia. Jest to jednak rozwiązanie kosztowne i niektóre przedsiębiorstwa próbują wówczas wysyłać subtelne sygnały do swoich dystrybutorów, aby nie zawierali umów kupna-sprzedaży z eksporterami równoległymi. Komisja wraz z Trybunałem interweniuje, chcąc udaremnić taką praktykę.

Jako przykład może służyć tutaj sprawa *Ford przeciwko Komisji*¹⁷⁴. Początkowo Ford dostarczał samochody do swoich dystrybutorów w Niemczech z kierownicą

¹⁷² *Ibidem*, s. 67.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ Orzeczenie w sprawie 25 i 26/84 *Ford przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1985, s. 2725.

umieszczoną zarówno po prawej, jak i po lewej stronie. Później w wyniku starań, aby chronić brytyjskich dystrybutorów przed tańszym importem samochodów z Niemiec, Ford zaprzestał sprzedaży samochodów z prawostronną kierownicą na terenie Niemiec. Ford twierdził, że przerwanie sprzedaży samochodów z prawostronną kierownicą w Niemczech było tylko jednostronnym działaniem, ale Trybunał orzekł, że decyzja o wycofaniu tych samochodów wynikała z umowy pomiędzy Fordem a dilerami. Dlatego uznano, że w sieci sprzedaży Forda w Niemczech wymaga się, aby dilerzy wyrazili zgodę na politykę producenta, włączywszy politykę zapobiegania równoległemu importowi¹⁷⁵. Orzeczenie w sprawie Forda zostało poddane krytyce, ponieważ dilerzy w Niemczech wyrazili sprzeciw wobec decyzji producenta, ale nie przerwali wzajemnych kontaktów handlowych. Wypowiedzenie umowy z dostawcą nie było opłacalne. Musieliby oni zwracać ogromne sumy przeznaczone na rozbudowę sieci sprzedaży¹⁷⁶. W tych okolicznościach wydaje się niewłaściwe uznanie istnienia porozumienia pomiędzy Fordem a jego dystrybutorami¹⁷⁷. W tym przypadku uznano, że stosowanie środków mających na celu zapobieganie równoległemu importowi wchodziło w zakres porozumienia.

Podobny przypadek był przedmiotem postępowania w sprawie firmy Bayer. Spółka Bayer AG produkowała różne preparaty medyczne na schorzenia sercowo-naczyniowe, m.in. preparat o nazwie „Adalat” lub „Adalate”. W wielu państwach członkowskich cena „Adalatu” była bezpośrednio określona przez krajowe organy ds. zdrowia. W latach 1989 i 1993 we Francji i Hiszpanii cena tego leku była o 40% niższa niż cena w Wielkiej Brytanii. Różnice cen zachęcały do importu równoległego. W rezultacie hurtownicy w Hiszpanii i Francji podjęli eksport tych leków do Wielkiej Brytanii, w wyniku czego przedsiębiorstwo Bayer UK poniosło poważne straty. Według firmy Bayer sprzedaż „Adalatu” przez jej spółki zależne z Wielkiej Brytanii spadła niemal o połowę w okresie 1989–1993. W odpowiedzi grupa Bayer zmieniła swoją politykę sprzedaży, ograniczając realizację dużych zamówień złożonych przez hiszpańskich lub francuskich hurtowników. Niektórzy z francuskich i hiszpańskich sprzedawców hurtowych złożyli skargę do Komisji, która stwierdziła, że Bayer AG naruszył art. 101 ust. 1 TFUE. W ocenie Komisji przedsiębiorstwo Bayer France i Bayer Spain zawarły porozumienie z hurtownikami w swoich krajach, ustanawiając zakaz eksportu. Zakaz eksportu „Adalatu” z Francji i Hiszpanii do innych państw członkowskich, który został zaakceptowany przez sprzedawców hurtowych w 1989 r. w Hiszpanii i w 1991 r. we Francji, stanowi naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE. Bayer AG wskazywał, że Komisja poszła za daleko w swojej

¹⁷⁵ *Ibidem*, pkt 21.

¹⁷⁶ P. Jakobsen, M. Broberg, *The concept of Agreement in Article 81 EC: on Manufacturers' right to Prevent Parallel Trade within European Community*, ECLR 2002, Nr 3, s. 128–130.

¹⁷⁷ Zob. C. Brown, *Bayer v Commission, the ECI Agrees*, ECLR 2004, Nr 7, s. 388.

interpretacji pojęcia porozumienia. Jednostronne działanie Bayer wychodzi poza zakres tego przepisu. Sąd Generalny uchylił decyzję Komisji, orzekając, że nie zostało zawarte żadne porozumienie¹⁷⁸.

Zakaz importu równoległego był także przedmiotem postępowania w sprawie *Miller International*¹⁷⁹. Była to niemiecka spółka zależna amerykańskiego przedsiębiorstwa produkującego tanie płyty i kasety, która nałożyła zakaz eksportu na francuskiego dystrybutora, aby zapobiec równoległemu importowi do Niemiec, gdzie ceny były wyższe. Miller otrzymał wysoką karę grzywny bez względu na fakt, iż posiadał on zaledwie 2,5% niemieckiego rynku płyt. Sąd uznał, że nałożony na dystrybutorów zakaz sprzedaży produktów klientom, którzy podejmują import równoległy, stanowił naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE.

Konkludując, jednostronne zachowanie przedsiębiorstw należy uznać za porozumienie tylko wówczas, gdy istnieje zgodna wola przynajmniej dwóch stron. Samo istnienie porozumienia i środki stosowane jednostronnie nie wystarczą. Komisja musi dowieść, że takie środki mają wyraźne lub dorozumiane przyzwolenie stron.

Sąd podkreślił, że udowodnienie porozumienia między przedsiębiorstwami w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE musi być oparte na pośrednim lub bezpośrednim istnieniu obiektywnych elementów, które charakteryzują samo pojęcie porozumienia, tj. zgodność woli między przedsiębiorstwami odnośnie do wdrożenia określonej polityki, zamiar realizacji określonego celu, wdrożenie określonych praktyk na rynku, zgodnie z warunkami określonymi w porozumieniu.

7. Kolektywna pozycja dominująca a zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję

Z punktu widzenia prawa konkurencji istotnym problemem jest kooperacja przedsiębiorstw na rynkach oligopolistycznych. Szczególnie dotyczy to nadużycia zbiorowej pozycji dominującej. Kolektywna dominacja (określana także jako łączna dominacja, dominacja oligopolistyczna, dominacja skutkująca skoordynowanymi efektami) może istnieć, kiedy na rynku występuje nieznaczna liczba konkurentów, z których każdy posiada wysoki udział w rynku, ale indywidualnie nie ma pozycji dominującej. Łączenie na wysoko skoncentrowanym rynku, w pewnych warunkach może znacząco naruszać konkurencję, zwłaszcza jeśli istnieje prawdopodobieństwo świadomego (zamierzonego) paralelnego zachowania w kwestiach takich jak cena, jakość, wielkość produkcji.

¹⁷⁸ Orzeczenie w sprawach połączonych C-2/01P i 3/01 P *BAI i Komisja przeciwko Bayer*, Zb. Orz. 2004, s. 23, pkt 48; decyzja KE w sprawie IV/34.279/F3 *ADALAT*, Dz. Urz. 1996, L 201/1.

¹⁷⁹ Orzeczenie w sprawie 19/77 *Miller przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1978, s. 131.

Kwestia kooperacji przedsiębiorstw na rynku oligopolistycznym (tzn. gdy dwa lub więcej przedsiębiorstw niezależnie od siebie utrzymuje dominującą pozycję) była poruszona po raz pierwszy przez TSUE w orzeczeniu w sprawie T-68/89, 77/89 i 78/99 *Società Italiana Vetro przeciwko Komisji*¹⁸⁰. Trzech włoskich producentów płaskiego szkła, którzy posiadali między 79 a 95% udziału we włoskim rynku płaskiego szkła, zgodzili się podzielić rynek przez podział produkcji i ustalać ceny. Komisja stwierdziła, że przedsiębiorstwa te naruszyły zarówno art. 101 ust. 1 TFUE, jak i art. 102 TFUE¹⁸¹. Przedsiębiorstwa te zaskarżyły decyzję Komisji do TSUE.

TSUE uchylił w części decyzję Komisji, ponieważ uznał, że nie dostarczyła ona wystarczających dowodów potwierdzających pozycję dominującą. Jednakże zastosowanie art. 101 i 102 TFUE nie budziło wątpliwości. Sąd podkreślił, że Komisja przy stosowaniu art. 102 TFUE powinna nie tylko wykorzystać materiał dowodowy potwierdzający naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE, ale też na podstawie faktu, że przedsiębiorstwa te posiadały znaczny udział w rynku, i ich bezprawnego zachowania się stwierdzić, że wspólnie nadużywają one pozycji dominującej. Komisja musi wyraźnie rozróżnić między celem stosowania każdego z tych przepisów i dlatego musi przeprowadzić niezależną ocenę stanu faktycznego w świetle wymogów określonych w obu przepisach.

TSUE orzekł, że wspólna pozycja dominująca składa się z pozycji wielu przedsiębiorstw zdolnych łącznie, w szczególności ze względu na czynniki powodujące wzajemne powiązania między nimi, do stosowania wspólnej polityki na rynku i do działania w znacznym zakresie niezależnie od ich konkurentów, klientów i konsumentów.

W orzeczeniu T-228/97 *Irish Sugar plc*¹⁸² TSUE potwierdził, że wspólna pozycja dominująca może być stosowana w relacjach wertykalnych, ale nie określił, jaki rodzaj związków strukturalnych lub ekonomicznych między przedsiębiorstwami był niezbędny do stwierdzenia kolektywnej pozycji dominującej. Było oczywiste, że pojęcie wspólnej pozycji dominującej było wykorzystywane przez Komisję w odniesieniu do rynków oligopolistycznych, na których przedsiębiorstwa bez konieczności zawierania zakazanych porozumień lub uciekania się do uzgodnionej praktyki dostosowują swoje zachowania w sposób korzystny dla nich, ale niekorzystny dla klientów czy konsumentów.

Nadużycie kolektywnej pozycji dominującej może implikować pewną formę koordynacji, która może także wchodzić w zakres art. 101 TFUE. Jednakże, jak stwierdził SPI w sprawie *Flatt Glass*¹⁸³, naruszenie art. 101 TFUE nie jest wystarczające do stwierdzenia, że strony porozumienia lub uzgodnionej praktyki utrzymują kolektywną pozycję

¹⁸⁰ Orzeczenie w sprawie T-68/89, 77/89 i 78/99 *Società Italiana Vetro przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1992, s. II-1403.

¹⁸¹ Decyzja KE z 7.12.1988 w sprawie IV/31.906, *Flat Glass*, Dz. Urz. 1989, L 33/44.

¹⁸² Orzeczenie w sprawie T-228/97 *Irish Sugar przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1999, s. II-2969.

¹⁸³ Orzeczenie ETS w sprawie C-89/85 *Ahlström i inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1993, s. I-1307.

dominującą i zakwestionowane porozumienie stanowi naruszenie: „dla celów ustalenia naruszenia art. 102 TFUE nie wystarczy stwierdzić, że strony porozumienia lub bezprawnych praktyk wspólnie utrzymują znaczny udział w rynku i ze względu na sam fakt, że utrzymują kolektywną pozycję dominującą, ich bezprawne zachowanie stanowi nadużycie takiej dominującej pozycji”¹⁸⁴.

Stąd naruszenie art. 101 TFUE w wyniku zawarcia przez przedsiębiorstwa porozumienia nie czyni ich kolektywnymi dominantami. Z innej strony, w przeciwieństwie do art. 101 ust. 1 TFUE porozumienie lub uzgodnione działania między wieloma przedsiębiorstwami nie muszą dowodzić, że istnieje kolektywna pozycja dominująca.

Ponadto możliwość, że przedsiębiorstwa kolektywnie dominujące wdrożą wspólną politykę na rynku, implikuje, a nawet wymaga, aby konkurencja między nimi została znacząco ograniczona, ale skoordynowane zachowania w żaden sposób nie wymagają, aby konkurencja między przedsiębiorcami została zupełnie wyeliminowana. W sprawie TACA, SPI potwierdził, że wniosek Komisji, iż „kontynuacja istnienia konkurencji między stronami nie wyklucza stwierdzenia kolektywnej pozycji dominującej”¹⁸⁵.

Przy analizie oligopolistycznej struktury rynku z punktu widzenia konkurencji Komisja stosuje dużo kryteriów, które służą potwierdzeniu wspólnej dominacji. Postępuje ona zwykle trój etapowo. Najpierw stwierdza oligopolistyczną strukturę rynku, tzn. bada, czy ogólne cechy rynku właściwego uzasadniają wspólną pozycję dominującą lub takowej sprzyjają. Analizuje też właściwość produktów, jak również popyt i technologiczną dojrzałość przemysłu.

W drugim etapie analiza obejmuje związki między oligopolistami. Koncentruje się ona na możliwości do paralelnych zachowań na rynku po przeprowadzeniu koncentracji, co wymaga zbadania symetrii udziałów w rynku, stopnia wertykalnej integracji i struktury kosztów. Istotną częścią badania jest ocena transparentności rynku.

Jeśli oba etapy dadzą wystarczające poszlaki powstania lub umocnienia pozycji dominującej, Komisja bada, jak dalece konkurenci poza oligopolem – czy aktualnie czy potencjalnie – oraz silna przeciwna strona rynku są zdolni do odstąpienia od umówionych zachowań¹⁸⁶.

Do kryteriów, które przemawiają za prawdopodobieństwem skutecznej trwałej zmony należy: udział w rynku połączonych przedsiębiorstw, symetria udziałów w rynku w stosunku do tych, które posiadają konkurenci, liczba konkurentów, stabilność

¹⁸⁴ Komisja stwierdziła przy tym, że sama możliwość nabycia licencji od innego producenta nie zmienia jej oceny, zob. Decyzja KE z 17.12.1986 w sprawie IV/31.340 *Mitchell Cotts Sofiflra*, Dz. Urz. 1987, L 41, s. 31.

¹⁸⁵ Zdaniem Komisji porozumienie spełniało warunki wyłączenia indywidualnego, ponieważ utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa spowodowało wejście na rynek nowego, silniejszego konkurenta.

¹⁸⁶ E. Navarro, G.A. Font, C.J. Folguera, A.J. Briones, *Merger Control in the European Union*, Oxford University Press, 2002, s. 204.

udziałów w rynku w dłuższym okresie, symetria kosztów, bariery wejścia na rynek, homogeniczność produktów, strukturalne lub ekonomiczne powiązania między przedsiębiorstwami, ekonomiczna i finansowa siła połączonych przedsiębiorstw, stagnacja i elastyczność popytu, siła popytu, postęp technologiczny na rynku właściwym¹⁸⁷.

Z praktyki Komisji wynikają dwie główne zasady. Po pierwsze, ani udział w rynku, ani stopień koncentracji nie rodzi domniemania kolektywnej dominacji. Po drugie, Komisja podejmuje indywidualne badanie w każdym przypadku przede wszystkim ze względu na szczególną charakterystykę każdego rynku właściwego. Wyżej wymienione czynniki nie będą więc rozumiane jako rodzaj listy narzędzi kontrolnych.

W sytuacji, gdy nie dochodzi do powstania lub wzmocnienia pozycji dominującej, mogą wystąpić efekty nieskoordynowane. Chodzi tu po prostu o jednostronne zachowanie przedsiębiorstwa, które zmienia warunki rynkowe i może doprowadzić do tego, że także konkurent pasywnie dostosowuje się do warunków rynkowych. W rezultacie tutaj także mogą wystąpić jednakowe zachowania. Nie istnieje jednak zmowa ani koordynacja, jak w przypadku kolektywnej dominacji. Chodzi tu z definicji o nieskoordynowane paralelne zachowania.

Najnowsze orzecznictwo potwierdza, że TSUE określił standardy materiału dowodowego obowiązujące przy orzeczeniu kolektywnej pozycji dominującej i jej nadużycia. Ciężar dowodu nie może być niższy w przypadku nadużyć przedsiębiorstw prowadzących działalność na rynku oligopolistycznym i nieoligopolistycznym.

Należy zwrócić uwagę, że przedsiębiorstwa na rynku oligopolistycznym są z jednej strony niezależne od siebie, a z drugiej są współzależne. Jeśli jedno z nich podniesie ceny, straci korzyści, które odnosiło, stosując te same ceny co konkurenci. Ma także świadomość, że jakiegokolwiek działania zwiększające jego udział w rynku właściwym, np. poprzez znaczące obniżenie cen, będą skutkowały podobnymi działaniami ze strony konkurentów. Dlatego przedsiębiorcy na rynku oligopolistycznym wiedzą, że nie będą otrzymywali korzyści z takich zachowań, ponieważ wszyscy będą ponosili koszty kolektywnego obniżenia cen. Mają świadomość, że – aby zapewnić wysokie zyski – nie powinni podejmować żadnych decyzji wpływających na zmianę sytuacji na rynku właściwym. Jednakże to nie jest wystarczające, aby stwierdzić naruszenie art. 102 TFUE, dlatego muszą zostać spełnione pozostałe warunki określone w orzeczeniu w sprawie *Airtours/First Choice*. Jeśli jednak istnieje wyraźna zmowa, zastosowanie znajduje art. 101 TFUE.

Art. 101 ust. 1 TFUE zawiera listę porozumień, które wchodzą w zakaz określony w tym przepisie, ale mogą zostać objęte regułą *de minimis* lub zwolnieniem na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE.

¹⁸⁷ L. Ritter, D.W. Braun, F. Rawlinson, *EC Competition Law: Practitioner's Guide*, Student Edition, Haag 2000, s. 459.

Wspólne przedsiębiorstwo

1. Wspólne przedsiębiorstwo w prawie konkurencji UE

Obecnie coraz większą popularność wśród różnych form kooperacji zyskuje wspólne przedsiębiorstwo (*joint venture* – JV). Jest ono utożsamiane z formą współpracy podejmowaną w ramach działalności gospodarczej na różnych szczeblach rynku, np. porozumienia badawczo-rozwojowe, produkcyjne, porozumienia o specjalizacji produkcji, o komercjalizacji (włączając wspólną sprzedaż, dystrybucję i promocję).

Porozumienia kooperacyjne są bardzo popularne wśród przedsiębiorstw. Kooperację wymusza często presja konkurencyjna i konieczność rozłożenia kosztów oraz ryzyka działalności badawczo-rozwojowej lub rozwój nowych możliwości produkcyjnych¹⁸⁸. Kooperacja jest korzystna nie tylko z punktu widzenia przedsiębiorstw współpracujących ze sobą, ale też z punktu widzenia konsumentów, gdyż:

- skłania do większej efektywności,
- przyczynia się do obniżania cen,
- umożliwia łatwiejszy dostęp do pewnych produktów,
- umożliwia pozyskanie *know-how*.

Wspólne przedsiębiorstwo stanowi instytucję prawną, której konstrukcja opiera się na elementach współpracy i koncentracji, ukształtowaną pomiędzy umową określającą warunki współpracy a połączeniem, i zawiera elementy obu tych instytucji prawnych. Dokładne zdefiniowanie wspólnego przedsiębiorstwa jest jednak niezwykle trudne ze względu na złożoność cech charakterystycznych. Pojęcie JV zawiera wiele elementów, które mogą odgrywać istotną rolę. Na przykład należy do nich: liczba uczestników, obszar zadań, rodzaje działalności, założone cele. Na ogół potocznie używa się pojęcia JV na określenie spółki, która jest kontrolowana przez wspólnych założycieli. Ponadto przez pojęcie JV można także rozumieć takie przypadki, w których nie powstaje prawnie niezależna spółka, a strony kierują i kontrolują swoją działalność gospodarczą poprzez wspólną Komisję¹⁸⁹. W literaturze można spotkać różne definicje JV.

¹⁸⁸ Por. A. Fornalczyk, *Biznes a ochrona konkurencji*, Wolters Kluwer business 2007, s. 81–83; T. Bagdziński, *Analiza joint ventures w prawie antymonopolowym* [w:] *Studia z prawa Unii Europejskiej*, S. Biernat (red.), Kraków 2000, s. 425 i n.

¹⁸⁹ Zwykle chodzi tu o porozumienia specjalizacyjne.

Do głównych kryteriów zakresu pojęciowego JV należy w szczególności wspólny cel, system podejmowania decyzji oraz prawna, gospodarcza i finansowa struktura organizacyjna¹⁹⁰.

W wąskim znaczeniu, z punktu widzenia celów prawa konkurencji JV może oznaczać integrację działalności między dwoma (lub więcej) przedsiębiorstwami, opartą na następujących warunkach:

a) wspólne przedsiębiorstwo pozostaje pod wspólną kontrolą założycieli, którzy nie podlegają wspólnej kontroli innego przedsiębiorstwa,

b) każdy z założycieli wnosi istotny wkład w funkcjonowanie wspólnego przedsiębiorstwa,

c) JV tworzy nową zdolność produkcyjną, nowe technologie, nowy produkt lub umożliwia wejście na nowy rynek¹⁹¹.

W szerszym ujęciu wspólne przedsiębiorstwo jest natomiast utożsamiane ze swego rodzaju porozumieniem kooperacyjnym, które niekoniecznie prowadzi do powstania nowego przedsiębiorstwa. Jest to porozumienie między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami w zakresie produkcji, dystrybucji lub działalności badawczo-rozwojowej. Każdy z założycieli wnosi znaczący wkład do wspólnego przedsiębiorstwa w formie kapitału, technologii, doświadczeń marketingowych, personelu lub środki rzeczowe. WP może być zorganizowane w różnych formach prawnych, ale stanowi ono spółkę zależną założycieli¹⁹².

Trudności z dokładnym i jednoznacznym zdefiniowaniem wspólnego przedsiębiorstwa powodują, że jest ono określane jako kameleon prawa i polityki konkurencji. Trudności z ustaleniem definicji JV wynikają głównie z tego, że forma ta jest wykorzystywana we wszystkich sytuacjach, w których dwa lub więcej przedsiębiorstw łączy się w dowolnym wspólnym celu.

W europejskim prawie konkurencji ani TFUE, ani odrębne powszechnie obowiązujące przepisy prawa wtórnego nie zawierają definicji JV. Komisja po raz pierwszy bliżej zajęła się formą JV w 13. Raporcie dotyczącym polityki konkurencji, w którym stwierdziła, że wspólne przedsiębiorstwo jest kontrolowane przez dwa lub więcej

¹⁹⁰ W sprawie pojęcia JV zob. m.in. R. Pitofsky, *Joint Ventures under Antitrust Law: Some Reflections on the Significance of Penn-Olin*, Harvard Law Review 1969, Nr 82, s. 1007–1008; J. Temple Lang, *European Community Antitrust Law and Joint Ventures involving Transfer Technology*, Fordham Corporate Law Institute 1982, s. 203–204; J.F. Brodley, *Joint Ventures and Antitrust Policy*, Harvard Law Review 1982, Nr 95, s. 1521.

¹⁹¹ R. Kurz, L. Rall, *Kriterien zur wettbewerbspolitischen Beurteilung der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen. Eine Analyse aus der Sicht Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaften, Generaldirektion Wettbewerb*, Institut für angewandete Wirtschaftsforschung, Tübingen 1986, s. 2; J.F. Brodley, *op. cit.*, s. 1526–1527.

¹⁹² J. Temple Lang, *op. cit.*, s. 203–204;

niezależne przedsiębiorstwa i może podejmować różnego rodzaju działalność, np. wspólną działalność badawczo-rozwojową, wspólne zakupy, wspólną produkcję i dystrybucję¹⁹³.

Takie sformułowanie budzi jednak wątpliwości, czy aby istniało JV formalnie musi powstać prawnie niezależna spółka, czy może istnieć tylko umowna kooperacja. Na tym tle rodzi się kolejna wątpliwość, czy JV wchodzi w zakres art. 101 TFUE, czy przepisów dotyczących kontroli koncentracji.

Wdrożenie systemu kontroli koncentracji w 1990 r. spowodowało wątpliwości co do tego, które wspólne przedsiębiorstwa były objęte przepisami wówczas obowiązującego rozporządzenia 4064/89¹⁹⁴ a nie art. 101 TFUE. Kryteria decydujące o tym, które WP wchodzi w zakres rozporządzenia o kontroli koncentracji, zmieniły się w 1990 r. W świetle rozporządzenia 4064/89 procesy koncentracji wywołujące zmiany na rynku i w strukturze przedsiębiorstw nie podlegały art. 101 TFUE, ale regułom rozporządzenia. Taka koncentracyjna JV w rozumieniu rozporządzenia była rozumiana jako zbliżone do fuzji połączenie, jeśli była kontrolowana wspólnie przez kilka przedsiębiorstw i wypełniała wszystkie funkcje niezależnego przedsiębiorstwa¹⁹⁵. Joint venture, której celem lub skutkiem była koordynacja zachowań konkurencyjnych założycieli w świetle nieobowiązujących już wytycznych w sprawie kooperacyjnych i koncentracyjnych wspólnych przedsiębiorstw (pkt 21), określano jako kooperacyjną i ocenianą w świetle art. 101 TFUE. To odnosiło się do wszystkich kooperacyjnych wspólnych przedsiębiorstw niezależnie od ich struktury, a w szczególności niezależnie od tego, czy była to niezależna jednostka gospodarcza.

W nieobowiązującym już obwieszczeniu o koncentracyjnych i kooperacyjnych JV Komisja powtórzyła stwierdzenie z 13 Raportu o konkurencji, że ocena kooperacyjnych JV w świetle art. 101 TFUE nie zależy od formy prawnej, jaką wybrali założyciele¹⁹⁶. Wskutek tego pojęcie JV w ramach art. 101 TFUE nie odgrywało żadnej istotnej roli. Dla zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE istotne było tylko, czy porozumienie między przedsiębiorstwami dotyczące powstania JV nie narusza stosunków handlowych między państwami członkowskimi i czy jego celem lub skutkiem nie jest ograniczenie,

¹⁹³ XIII Raport w sprawie Polityki Konkurencji, Komisja Europejska 1983, s. 51.

¹⁹⁴ Rozporządzenie Rady (EWG) Nr 4064/89 z dnia 21.12.1989 w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, Dz. Urz. 1990, L 257/13.

¹⁹⁵ Art. 3 ust. 3 i art. 2 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/04 z dnia 20.01.2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. 2004, L 24/1; Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/04 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. 2008, C 95/1, pkt 92. Podobnie kwestię tę ujęto w nieobowiązujących już wytycznych Komisji w sprawie operacji koncentracyjnych i kooperacji w świetle rozporządzenia Rady (EWG) Nr 4064/89 z 21.12.1989, Dz. Urz. 1990, C 203/10, pkt 16.

¹⁹⁶ Wytyczne Komisji w sprawie operacji koncentracyjnych i kooperacji w świetle rozporządzenia Rady (EWG) Nr 4064/89 z 21.12.1989, Dz. Urz. 1990, C 203/10, pkt 11.

znieszczenie lub wykluczenie konkurencji w obrębie wspólnego rynku¹⁹⁷. Nowelizacja rozporządzenia 4064/89 w 1997 r. rozwiązała tę kwestię¹⁹⁸. Po pierwsze art. 3 ust. 4 stanowi, że joint venture są regulowane przez rozporządzenie 4064/89, o ile prowadzą działalność na trwałych podstawach (są to tzw. pełnofunkcyjne joint ventures). Po drugie jakiegokolwiek ryzyko koordynacji między stronami (co początkowo oznaczało, że JV nie podlegało regulacjom rozporządzenia) jest analizowane z punktu widzenia art. 101 TFUE, ale według procedur określonych w rozporządzeniu¹⁹⁹.

Obecnie przepisy rozporządzenia o kontroli koncentracji mają zastosowanie do wspólnych przedsiębiorstw utworzonych na trwałych podstawach i wykonujących wszystkie funkcje autonomicznej jednostki gospodarczej – tj. do pełnofunkcyjnych wspólnych przedsiębiorstw²⁰⁰. Ta zasada została sformułowana w nieobowiązujących już wytycznych w sprawie pojęcia wspólnego przedsiębiorstwa o pełnym zakresie funkcji, które teraz zastąpiło obwieszczenie jurysdykcyjne²⁰¹.

Zgodnie z tym obwieszczeniem²⁰² obszar dla zastosowania rozporządzenia w sprawie połączeń w przedmiocie tworzenia wspólnych przedsiębiorstw przez strony wyznacza kryterium pełnego zakresu funkcji. Nie ma przy tym znaczenia, czy wspólne przedsiębiorstwo jest nowo utworzoną jednostką (powstaje od podstaw) czy strony wnoszą do wspólnego przedsiębiorstwa aktywa będące wcześniej ich wyłączną własnością. Wspólne przedsiębiorstwo nie ma pełnego zakresu funkcji, jeżeli przejmuje tylko jedną konkretną funkcję w ramach działalności gospodarczej spółek dominujących (np. badawczo-rozwojowe lub produkcyjne wspólne przedsiębiorstwo)²⁰³.

1.1. Test pełnofunkcyjności

Pełnofunkcyjność jest określana jako zdolność wspólnego przedsiębiorstwa do prowadzenia działalności gospodarczej na rynku i wykonywania funkcji, jakie realizują

¹⁹⁷ Wytyczne Komisji w sprawie operacji koncentracyjnych i kooperacji w świetle rozporządzenia Rady (EWG) Nr 4064/89 z 21.12.1989, Dz. Urz. 1990, C 203/10, pkt 3.

¹⁹⁸ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 1310/97 z dnia 30.06.1997 zmieniające rozporządzenie (EWG) Nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. 1997, L 180, s. 1; Obwieszczenie Komisji w sprawie pojęcia „wspólnych przedsiębiorstw o pełnym zakresie funkcji” przewidzianego w rozporządzeniu Rady (EWG) Nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. 1998, C 66, s. 1; G. Zonnekeyn, *The Treatment of Joint Ventures under the Amended EC Merger Regulation*, ECLR 1998, Vol. 19, Nr 7, s. 414.

¹⁹⁹ B. Hawk, *Joint Ventures under EEC Law*, Fordham Corporate Law Institute 1991, s. 575.

²⁰⁰ Art. 3 ust. 4 rozp. 139/04.

²⁰¹ Skonsolidowane Obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, *op. cit.*, pkt 91.

²⁰² *Ibidem*, pkt 92.

²⁰³ *Ibidem*, pkt 19.

przedsiębiorstwa na tym samym rynku właściwym²⁰⁴. Aby spełnić to kryterium, wspólne przedsiębiorstwo musi mieć własne organy zajmujące się bieżącą działalnością i zasoby niezbędne do prowadzenia działalności na trwałych podstawach²⁰⁵.

Ocena pełnofunkcyjności jest oceną ogólną opartą zasadniczo na następujących kryteriach (które muszą być spełnione łącznie): autonomia operacyjna, zasoby, funkcje, jakie wypełnia wspólne przedsiębiorstwo, stopień, w jakim wspólne przedsiębiorstwo jest zależne od założycieli, czy zostało ono utworzone na trwałych podstawach.

1.1.1. Autonomia operacyjna

Wspólne przedsiębiorstwo można uznać za pełnofunkcyjne, jeżeli jest ono niezależne od założycieli pod względem operacyjnym²⁰⁶. Należy jednak zauważyć, że Sąd Generalny wyjaśnił, iż kryterium pełnego zakresu funkcji nie wymaga, aby wspólne przedsiębiorstwo posiadało też autonomię strategiczną. Zdaniem Sądu to zaprzeczałoby pojęciu kontroli w świetle rozporządzenia 139/04, ponieważ przedsiębiorstwo, które nie podlega wspólnej kontroli, nigdy nie spełni warunków określonych w art. 3 ust. 4 rozporządzenia 139/04²⁰⁷.

1.1.2. Zasoby

Jeśli wspólne przedsiębiorstwo nie będzie miało niezbędnych zasobów do prowadzenia działalności gospodarczej niezależnie od założycieli, nie będzie pełnofunkcyjnym przedsiębiorstwem, a jego utworzenie nie będzie stanowiło koncentracji²⁰⁸. Przez pojęcie zasobów rozumie się tutaj środki finansowe, zasoby ludzkie oraz zasoby materialne i niematerialne²⁰⁹, włączywszy niezbędne licencje i inne prawa własności intelektualnej²¹⁰. Pracownicy nie muszą być jednak zatrudnieni przez wspólne przedsiębiorstwo. Wystarczy, że założyciel oddeleguje pracowników do pracy we wspólnym przedsiębiorstwie, aby uznać je za pełnofunkcyjne, o ile taka sytuacja ma miejsce w początkowym okresie jego funkcjonowania²¹¹ lub jeśli wspólne przedsiębiorstwo współpracuje z założycielami na takich samych zasadach jak z przedsiębiorstwami trzecimi. Personel może być oddelegowany przez stronę trzecią na podstawie umowy, jeśli taka praktyka jest przyjęta w obszarze działalności, którą prowadzi wspólne przedsiębiorstwo.

²⁰⁴ Obwieszczenie Komisji w sprawie pojęcia wspólnych przedsiębiorstw o pełnym zakresie funkcji, *op. cit.*, zastąpione przez Skonsolidowane obwieszczenie dotyczące kwestii jurysdykcyjnych, *op. cit.*

²⁰⁵ Skonsolidowane obwieszczenie dotyczące kwestii jurysdykcyjnych, *op. cit.*, pkt 94; zob. też decyzję KE z 20.12.2007 w sprawie COMP/M.4971 MPC/VIAG-Villacero/MAN/Coutinho&Ferrostaal (JV), pkt 8.

²⁰⁶ Skonsolidowane Obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych, *op. cit.*, pkt 91–109.

²⁰⁷ Zob. orzeczenie w sprawie T-282/02 *Cementbouw przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2006, s. II-319, pkt 62.

²⁰⁸ Skonsolidowane Obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych, *op. cit.*, pkt 94.

²⁰⁹ Decyzja KE z 26.02.1997 w sprawie IV/M.904 *RSB/Tenex/Fuel Logistic*, pkt 8–9.

²¹⁰ Decyzja KE z 3.07.2001 w sprawie COMP/M.2439 *Hitachi/STMicroelectronics/SuperH JV*, pkt 11

²¹¹ W praktyce okres początkowy powinien być ograniczony do trzech lat.

1.1.3. Działalność wychodząca poza jedną szczególną sferę funkcji założycieli

Wspólne przedsiębiorstwo nie będzie uznane za pełnofunkcyjne, jeśli tylko przejmuje pewien obszar działalności założycieli i nie rozwija swojej pozycji rynkowej ani nie poszerza dostępu do rynku. Na przykład wspólne przedsiębiorstwo prowadzące działalność badawczo-rozwojową lub produkcyjną stanowi wyłącznie pomocniczą jednostkę, niezbędną do prowadzenia działalności gospodarczej przez założycieli. To samo dotyczy agencji wspólnej sprzedaży (np. wspólne przedsiębiorstwo ograniczone do sprzedaży wyrobów założycieli)²¹².

Podobnie za pełnofunkcyjne wspólne przedsiębiorstwo nie uznaje się wspólnego przedsiębiorstwa przejmującego i/lub wydzierżawiającego nieruchomości założycielom i zależnego finansowo od założycieli²¹³. Takie wspólne przedsiębiorstwo nie stanowi koncentracji w świetle rozporządzenia 139/04, ale będzie oceniane w oparciu o art. 101 TFUE, a w szczególności o regulacje dotyczące porozumień horyzontalnych²¹⁴ i może być także poddane kontroli w oparciu o przepisy prawa krajowego.

1.1.4. Zależność od założycieli

Jeśli założyciele prowadzą działalność na górnym lub dolnym ogniwie rynku, kluczowym czynnikiem oceny jest to, na ile wspólne przedsiębiorstwo jest zależne od założycieli pod względem dostaw lub możliwości zbytu. Fakt, że JV w początkowym okresie działalności²¹⁵ będzie uzależnione od założycieli, nie jest analizowany z punktu widzenia naruszenia pełnofunkcyjności²¹⁶. Na ogół im większa zależność, tym mniejsze prawdopodobieństwo, że wspólne przedsiębiorstwo będzie miało charakter pełnofunkcyjny. Przy ocenie początkowego okresu działalności Komisja zwykle bierze pod uwagę planowany rozwój sprzedaży wyrobów lub usług stronom trzecim, aby ustalić, czy zależność od założycieli ustanie po zakończeniu początkowego okresu jego działalności.

Jeśli WP prowadzi działalność na górnym ogniwie w stosunku do założycieli i planuje trwale sprzedawać swoje wyroby lub usługi założycielom, analiza będzie

²¹² Skonsolidowane Obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych, *op. cit.*, pkt 95; decyzja KE z 2.12.1991 w sprawie IV/M.102 *TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, Ptt Post and Sweden Post*, pkt 14.

²¹³ Skonsolidowane Obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych, *op. cit.*, pkt 96.

²¹⁴ Zob. decyzja KE z 31.08.2006 w sprawie COMP/M.4288 *Saab/EMW*, w której wspólne przedsiębiorstwo prowadzące działalność tylko w charakterze forum współpracy założycieli, nieposiadające własnych zasobów ludzkich i finansowych ani innych składników majątkowych i niemajątkowych nie zostało uznane za koncentrację.

²¹⁵ Komisja niechętnie podchodzi do okresu początkowego, jeżeli przekracza on trzy lata, skonsolidowane obwieszczenie dotyczące kwestii jurysdykcyjnych, *op. cit.*, pkt 97.

²¹⁶ Skonsolidowane obwieszczenie dotyczące kwestii jurysdykcyjnych, *op. cit.*, pkt 100; J. Lohrberg, M. Huhtamäki, *Outsourcing Transactions and Merger Control*, ECLR 2008, Nr 8, s. 349.

koncentrować się prawdopodobnie na ustaleniu, czy bez względu na tę sprzedaż wspólne przedsiębiorstwo może odgrywać aktywną rolę na rynku i być uznawane za autonomiczną jednostkę z operacyjnego punktu widzenia. W tym kontekście istotnym czynnikiem będą proporcje sprzedaży wspólnego przedsiębiorstwa stronie trzeciej.

Często przy ocenie porozumień outsourcingowych, w których dane przedsiębiorstwo tworzy wspólne przedsiębiorstwo z usługodawcą, istotna jest ilość towaru wspólnego przedsiębiorstwa sprzedawana stronom trzecim. Przedsiębiorstwo to będzie wykonywało zadania wcześniej wykonywane przez jednostkę wewnątrzzakładową tego pierwszego przedsiębiorstwa. Komisja zwykle nie uznaje takich wspólnych przedsiębiorstw za pełnofunkcyjne, jeśli przychody uzyskiwane od stron trzecich pozostają tylko uzupełnieniem w stosunku do głównej działalności wspólnego przedsiębiorstwa wykonywanej na rzecz klienta.

Jeśli wspólne przedsiębiorstwo znajduje się na dolnym ogniwie łańcucha rynku w stosunku do założycieli, to jest ono raczej nabywcą niż dostawcą. Należy ocenić także stopień, w jakim wspólne przedsiębiorstwo będzie zależne od dostaw założycieli. Jeśli udział dostaw założycieli w zaopatrzeniu wspólnego przedsiębiorstwa jest stosunkowo niski, można uznać, że WP ma charakter pełnofunkcyjny.

Jeśli produkty lub usługi wspólnego przedsiębiorstwa nie posiadają wartości dodanej, przy ich odsprzedaży na niższym poziomie rynku trudno stwierdzić pełnofunkcyjny charakter JV. W takich sytuacjach wspólne przedsiębiorstwo przypomina agencję wspólnej sprzedaży, która nie stanowi koncentracji i może wchodzić w zakres art. 101 TFUE²¹⁷. W przeciwieństwie do tego pełnofunkcyjność może zostać zaakceptowana, jeśli wspólne przedsiębiorstwo dodaje istotną wartość do produktów lub usług.

Wyjątek od tej reguły dotyczy sytuacji, gdy wspólne przedsiębiorstwo wykonuje funkcje przedsiębiorstwa handlowego. Stanowi ono wówczas spółkę handlową, która specjalizuje się w sprzedaży i dystrybucji produktów. W opinii Komisji produkty sprzedawane przez wspólne przedsiębiorstwo posiadają wartość dodaną chociażby dlatego, że ich dystrybucja odbywa się poprzez podmiot wyspecjalizowany w tym zakresie²¹⁸.

1.1.5. Trwale podstawy

Wspólne przedsiębiorstwo musi prowadzić działalność na trwałych podstawach, aby uznać je za pełnofunkcyjne. Zwykle chodzi tu o wyposażenie wspólnego przedsiębiorstwa przez założycieli w zasoby niezbędne do podjęcia działalności²¹⁹. Jeśli umowa

²¹⁷ Skonsolidowane Obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych, *op. cit.*, pkt 101.

²¹⁸ *Ibidem*, pkt 102; zob. też decyzja KE z 9.01.1995 w sprawie IV/M.511 *Texaco Norsk/Hydro*, pkt 7–10.

²¹⁹ Skonsolidowane Obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych, *op. cit.*, pkt 103.

określa okres trwania wspólnego przedsiębiorstwa, okres ten musi być odpowiednio długi, aby spowodować zmiany w strukturze przedsiębiorstw uczestniczących²²⁰.

Trwałe podstawy istnieją także wtedy, gdy umowa przewiduje istnienie wspólnego przedsiębiorstwa po upływie tego okresu²²¹. Dla kontrastu, wspólne przedsiębiorstwo utworzone na krótki, określony czas i w celu realizacji szczególnego zadania, jak np. konstrukcja urządzeń, nie będzie uznane za funkcjonujące na trwałych podstawach, chyba że będzie ono także zaangażowane w działalność urządzeń, których budowa została zakończona²²².

Ponadto jeśli po krótkim okresie wspólna kontrola nad wspólnym przedsiębiorstwem zostanie zmieniona na indywidualną kontrolę, a wspólna kontrola trwała tylko w początkowym okresie, cała transakcja będzie traktowana przez Komisję jako przejęcie wyłącznej kontroli²²³.

2. Zmiana zakresu działalności istniejącego wspólnego przedsiębiorstwa

Według Komisji decyzja założycieli o poszerzeniu zakresu działalności wspólnego przedsiębiorstwa w trakcie jego trwania oznacza nową koncentrację. Wymaga ona notyfikacji do Komisji tylko wówczas, gdy poszerzenie działalności obejmuje przejęcie całej lub części działalności innego przedsiębiorstwa²²⁴.

Nowa koncentracja może nastąpić także poprzez transfer dodatkowych aktywów, umów, *know-how* lub innych praw do wspólnego przedsiębiorstwa, jeśli te aktywa i prawa stanowią podstawę poszerzenia działalności wspólnego przedsiębiorstwa na rynku właściwym produktowo lub geograficznie. Jeśli zakres działalności wspólnego przedsiębiorstwa poszerza się bez przeniesienia dodatkowych aktywów lub praw, nie można mówić o koncentracji²²⁵.

Koncentracja następuje także wówczas, gdy na skutek decyzji o zmianie działalności niepełnofunkcyjnego wspólnego przedsiębiorstwa stanie się ono przedsiębiorstwem o pełnym zakresie funkcji. Może to wynikać np. ze zmiany struktury organizacyjnej wspólnego przedsiębiorstwa lub jeśli wspólne przedsiębiorstwo, które wcześniej tylko zaopatrywało założycieli, podejmie znaczącą działalność rynkową²²⁶.

²²⁰ W decyzji KE z 11.10.2002 w sprawie COMP/M.2903 *Daimler Chrysler/Deutsche Telekom/JV*, pkt 9–13. W tej decyzji okres 12 lat został uznany za wystarczający.

²²¹ Skonsolidowane Obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych, *op. cit.*, pkt 103.

²²² *Ibidem*, pkt 104.

²²³ *Ibidem*, pkt 34.

²²⁴ *Ibidem*, pkt 106.

²²⁵ *Ibidem*, pkt 107.

²²⁶ *Ibidem*, pkt 109.

W takich sytuacjach powstaje pytanie, czy materialna ocena Komisji jest ograniczona do skutków zmiany działalności, które prowadzą do pełnofunkcyjności wspólnego przedsiębiorstwa, czy raczej obejmuje wszystkie skutki, jakie dla rynku niesie ze sobą wspólne przedsiębiorstwo.

Zmiana działalności wspólnego przedsiębiorstwa pozwala zbadać wszystkie jego skutki w procedurze kontroli koncentracji. Można mieć jednak wątpliwość, czy Komisja będzie w stanie dokonać oceny wszystkich skutków wspólnego przedsiębiorstwa. Komisja będzie porównywała warunki konkurencji panujące przed utworzeniem niepełnofunkcyjnego wspólnego przedsiębiorstwa do czasu, gdy wspólne przedsiębiorstwo stanie się pełnofunkcyjne.

Można mieć też wątpliwość, czy tylko zmiana w zakresie działalności wspólnego przedsiębiorstwa powoduje koncentrację. Komisja powinna być uprawniona do badania skutków wynikających bezpośrednio ze zmiany zakresu działalności, która uzasadnia jej jurysdykcję. Komisja powinna porównać warunki konkurencji występujące wcześniej z tymi, które pojawiają się, gdy wspólne przedsiębiorstwo stanie się podmiotem o pełnym zakresie funkcji.

Praktyka Komisji w tym zakresie nie jest jednolita. W decyzji w sprawie *American Express/Fortis/Alpha* porównała sytuację konkurencyjną w okresie, gdy na rynku było obecne niepełnofunkcyjne wspólne przedsiębiorstwo, i w okresie, gdy stało się ono pełnofunkcyjnym podmiotem. Komisja analizowała te skutki w oparciu o udział w rynku wynikający z dodania indywidualnego udziału w rynku założycieli przed utworzeniem pełnofunkcyjnego wspólnego przedsiębiorstwa²²⁷.

Od czasu, gdy materialnoprawna ocena Komisji może obejmować tylko takie działania, które uruchamiają konieczność notyfikacji, wydaje się niewłaściwe ograniczenie materialnoprawnej oceny Komisji do skutków wynikających bezpośrednio ze zmiany działalności wspólnego przedsiębiorstwa. Komisja powinna wykorzystać teorię szkody, opartą na skutkach wynikających z utworzenia pierwotnego niepełnofunkcyjnego wspólnego przedsiębiorstwa.

Wspólne przedsiębiorstwo, które nie wykonuje pełnego zakresu funkcji, nie jest objęte przepisami rozporządzenia 139/04. Może natomiast wchodzić w zakres art. 101 TFUE i/lub krajowego prawa konkurencji. To zróżnicowanie przyczyniło się do podziału wspólnych przedsiębiorstw na kooperacyjne i koncentracyjne.

²²⁷ Decyzja KE z 29.08.2008 w sprawie COMP/M.5241 *American Express/Fortis/Alpha*, pkt 32 i n.

3. Rozróżnienie pomiędzy kooperacyjną i koncentryczną JV

W ramach pojęciowych wspólnego przedsiębiorstwa tradycyjnie mieści się rozróżnienie kooperacyjnych i koncentrycznych joint ventures. Wprawdzie nie ma ono żadnego znaczenia prawnego, ale jest efektem zróżnicowania oceny materialnoprawnej poszczególnych typów wspólnych przedsiębiorstw. W świetle art. 2 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 wspólne przedsiębiorstwo znajduje się poza obszarem rozporządzenia 1/2003²²⁸, jeśli może być ono uznane za koncentrację, tzn. jeśli ma trwałe podstawy wszystkich funkcji autonomicznej jednostki gospodarczej²²⁹. Jednakże kiedy tworzenie pełnofunkcyjnego wspólnego przedsiębiorstwa prowadzi do koordynacji konkurencyjnych zachowań niezależnych przedsiębiorstw, Komisja Europejska musi stosować art. 101 TFUE do takich porozumień²³⁰. Kooperacyjne wspólne przedsiębiorstwa podlegają tzw. podwójnej kontroli. Pierwszą jest test pozycji dominującej, drugą natomiast, art. 2 ust. 4 i 5 rozporządzenia 139/04. Ponadto muszą to być pełnofunkcyjne wspólne przedsiębiorstwa o wymiarze unijnym. Niepełnofunkcyjne kooperacyjne wspólne przedsiębiorstwa są badane zgodnie z art. 101 TFUE w ramach rozporządzenia 1/2003. Natomiast koncentryczne wspólne przedsiębiorstwa, nieposiadające wymiaru unijnego, podlegają kryteriom krajowych przepisów o kontroli koncentracji. Art. 2 ust. 4 i 5 rozporządzenia 139/04 obejmuje tylko tzw. kooperacyjne pełnofunkcyjne wspólne przedsiębiorstwa o wymiarze europejskim. W świetle powyższego można mieć wątpliwość, czy zasadne jest utrzymywanie terminologii kooperacyjnych niepełnofunkcyjnych wspólnych przedsiębiorstw. Niepełnofunkcyjne wspólne przedsiębiorstwa nie są objęte przez przepisy rozporządzenia 139/04, ale będą oceniane zgodnie z art. 101 TFUE i przepisami rozporządzenia 1/2003.

Ta widoczna różnica pomiędzy kooperacyjnymi i koncentrycznymi wspólnymi przedsiębiorstwami jest niejednokrotnie krytykowana. Podstawowym elementem krytyki rozróżnienia między koncentrycznymi i kooperacyjnymi wspólnymi przedsiębiorstwami było wejście w życie rozporządzenia 1310/97²³¹, ponieważ Komisja podobnie z ekonomicznego punktu widzenia transakcje (przede wszystkim proceduralne i przez to praktyczne) traktowała odmiennie przez co zniechęcała do tworzenia JVs. To z kolei może prowadzić do mniejszej konkurencyjności rynków w niektórych gałęziach przemysłu w Europie.

²²⁸ Rozporządzenie Nr 1/2003, *op. cit.*

²²⁹ Art. 3 ust. 4 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/2004 z dnia 20.01.2004 o kontroli koncentracji pomiędzy przedsiębiorcami. Zob. także Commission Notice on the Concept of full-function joint ventures under Council Regulator (EEC) 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, OJ 1998, C 66/1.

²³⁰ Art. 2 ust. 4 Rozporządzenia Nr 139/2004.

²³¹ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 1310/97, *op. cit.*

Obecnie ocena wspólnych przedsiębiorstw o pełnym zakresie funkcji jest ujednolicona pod względem procesowym. Jednakże należy zwrócić uwagę, że ocena różnych typów wspólnego przedsiębiorstwa jest zróżnicowana pod względem materialno-prawnym. Kooperacyjne pełnofunkcyjne WP podlega dwustopniowej kontroli. Wbrew poglądom prezentowanym w literaturze należy stwierdzić, że podejście Komisji w kwestii zróżnicowania oceny wspólnych przedsiębiorstw jest właściwe. Transakcje te nie powinny być traktowane jako równorzędne. Kooperacyjne JVs rodzą większe ryzyko szkody dla konkurencji i mniejsze potencjalne korzyści dla konkurencji niż pełna fuzja lub przejęcie.

Wspólne przedsiębiorstwo może bowiem prowadzić do koordynacji konkurencyjnych zachowań założycieli w obszarze działalności gospodarczej, która nie była objęta zakresem działalności wspólnego przedsiębiorstwa. W przypadkach, gdzie spółka dominująca prowadzi działalność na tym samym rynku co JV, koordynacja konkurencyjnych zachowań spółek założycielskich i JV może także potencjalnie prowadzić do obniżenia poziomu efektywności generowanej poprzez integrację ekonomicznych działań w JV. Dzieje się tak dlatego, że JV nie funkcjonuje jak przedsiębiorstwo maksymalizujące zyski. Musi ono wziąć pod uwagę interes spółek dominujących przy podejmowaniu decyzji odnośnie do poziomu cen i strategii produkcji.

4. Problemy konkurencyjne w odniesieniu do wspólnego przedsiębiorstwa

Ryzyko konkurencyjne wynikające z utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa wzrasta w przypadku, gdy koncentracja rodzi lub umacnia pozycję dominującą lub znacząco zakłóca efektywną konkurencję. Główny problem tkwi w zdolności do wzrostu koordynacji konkurencyjnych zachowań przedsiębiorstw, które pozostają niezależne w obszarach, niebędących przedmiotem łączenia w JV.

Skutki utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa ujmują się w kategorii efektów skoordynowanych i nieskoordynowanych. Efekty nieskoordynowane (*unilateral effects*) mogą powstać, gdy wcześniej istniejąca konkurencja między łączącymi się spółkami zostanie ograniczona. Efekty te powstają prawie zawsze, choć niekoniecznie w efekcie zdolności jednego z przedsiębiorstw do jednostronnego nakładania warunków sprzecznych z prawem konkurencji (jak ceny nadmiernie wygórowane bądź drapieżne lub ograniczenie wielkości produkcji). Najczęściej dotyczy to sytuacji, gdy koncentracja horyzontalna powoduje powstanie lub wzmocnienie pozycji dominującej pojedynczego przedsiębiorstwa. Mogą one być także generowane w braku dominacji pojedynczego/jednego/przedsiębiorstwa. Według Komisji Europejskiej mogą one następować głównie

na rynku oligopolistycznym, nawet gdy nie występują efekty skoordynowane (lub cicha zмова), jeśli operacja koncentracji eliminuje znaczące konkurencyjne ograniczenia.

Horyzontalne koncentracje mogą ponadto zmienić strukturę rynku w taki sposób, że zostanie ograniczona intensywność rywalizacji między uczestniczącymi przedsiębiorstwami – są to tzw. efekty skoordynowane. Powstają one głównie na skutek umocnienia lub powstania kolektywnej pozycji dominującej po koncentracji, gdy przedsiębiorstwa są zdolne do koordynacji swoich zachowań rynkowych, nawet nie zawierając porozumienia, lub nie podejmując uzgodnionej praktyki w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE. Efekty skoordynowane między kolektywnymi dominantami na rynkach skoncentrowanych mogą naruszać różne parametry konkurencji. Często mogą one przejawiać się we wspólnym wzroście cen. Jednocześnie skoordynowane efekty mogą skutkować ograniczeniem zdolności produkcyjnych i wielkości produkcji lub podziałem rynku.

Problemy z zakresu prawa konkurencji związane z utworzeniem wspólnego przedsiębiorstwa dotyczą także jego relacji z założycielami. Wspólne przedsiębiorstwo w przeciwieństwie do koncentracji (pełnej koncentracji) nie wpływa na ekonomiczną niezależność założycieli. Założyciele pod względem prawnym i ekonomicznym pozostają niezależnymi przedsiębiorstwami. Ich związki ze wspólnym przedsiębiorstwem mogą prowadzić do zmony w kwestiach mieszczących się poza wspólnym przedsiębiorstwem, tzw. efektów rozlewania. W takiej sytuacji wspólne przedsiębiorstwo z jednej strony generuje korzyści, np. poprzez wzrost efektywności, a z drugiej może wpływać na ograniczenie aktualnej lub potencjalnej konkurencji między założycielami lub między założycielami i wspólnym przedsiębiorstwem w ramach działalności wspólnego przedsiębiorstwa. Poza tym wspólne przedsiębiorstwo może mieć wpływ na wykluczenie z rynku konkurencji.

Ocena wspólnego przedsiębiorstwa (stanowiącego koncentrację) z punktu widzenia prawa konkurencji wymaga ustalenia, czy istnieje ryzyko, że pełnofunkcyjne wspólne przedsiębiorstwo może prowadzić do sprzecznej z zasadami konkurencji koordynacji, która wykracza poza cel koncentracji. Prawna ocena konkurencyjnych aspektów wspólnego przedsiębiorstwa zawiera elementy koncentracyjne i kooperacyjne. Koncentracja będzie badana w oparciu o art. 2 ust. 2 i art. 2 ust. 3 rozporządzenia 139/04 w celu uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy będzie ona prowadziła do znaczącego zakłócenia konkurencji, w szczególności poprzez stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej. Natomiast ryzyko koordynacji między założycielami wynikające z utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa (tzw. efekty rozlewania) będzie analizowane w świetle art. 2 ust. 4 i 5 rozporządzenia 139/04.

Komisja stosuje art. 2 ust. 4 rozporządzenia 139/04 – analogicznie do art. 3 ust. 4 rozporządzenia 139/04 – nie tylko w przypadku utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa

(np. jednostki prawnej, która nie istniała wcześniej), ale też do transakcji, w których spółka zależna podlegająca wyłącznej kontroli jednego z założycieli jest wniesiona do wspólnie kontrolowanego przedsiębiorstwa (wspólnego przedsiębiorstwa), przy czym założyciel posiadający wcześniej wyłączną kontrolę sprawuje teraz wspólną kontrolę²³². Ponadto Komisja będzie także stosowała art. 2 ust. 4 rozporządzenia 139/04 w przypadku umów dotyczących przejścia wspólnej kontroli, nawet jeśli transakcja ta nie wchodzi w zakres art. 3 ust. 4 rozporządzenia 139/04. To dotyczy sytuacji, gdy dwa przedsiębiorstwa lub więcej przejmują wspólną kontrolę nad przedsiębiorstwem, które wcześniej należało do trzeciej strony²³³.

Art. 2 ust. 4 rozporządzenia 139/04 określa następujący test materialnoprawnej oceny: w stopniu, w jakim utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa stanowiące koncentrację zgodnie z art. 3 ma na celu lub skutkuje koordynacją zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne, koordynacja taka oceniania jest zgodnie z kryteriami art. 101 ust. 1 i 3 TFUE, w celu stwierdzenia, czy działanie to jest zgodne czy nie ze wspólnym rynkiem.

Art. 2 ust. 4 rozporządzenia 139/04 wymaga dwustopniowej oceny:

- po pierwsze, należy ustalić, czy celem lub skutkiem utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa jest koordynacja zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają niezależne,
- po drugie, należy zbadać możliwość koordynacji w świetle art. 101 ust. 1 i 3 TFUE.

4.1. Cel lub skutek koordynacji

Aby ustalić, czy celem lub skutkiem wspólnego przedsiębiorstwa jest koordynacja konkurencyjnych zachowań przedsiębiorstw, które są niezależne względem siebie, musi istnieć możliwość koordynacji przez założycieli. Jeśli istnieje ryzyko koordynacji, Komisja oceni, czy celem lub skutkiem utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa jest taka koordynacja.

Przy ocenie, czy istnieje ryzyko koordynacji między założycielami, stosowanie do art. 2 ust. 5 rozporządzenia 139/04, Komisja będzie rozważała, czy dwóch lub więcej założycieli prowadzi w znaczącym zakresie działalność gospodarczą na tym samym rynku właściwym co wspólne przedsiębiorstwo lub na rynku będącym dolnym lub górnym ogniwem rynku od tego, na którym działalność prowadzi wspólne przedsiębiorstwo lub na sąsiednim rynku, ściśle powiązany z rynkiem wspólnego przedsiębiorstwa.

²³² Zob. np. decyzja KE z 5.06.2008 w sprawie COMP/M.5066 *Eurogate/APMM*, pkt 4, 40–45.

²³³ Skonsolidowane Obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych, *op. cit.*, pkt 91.

Perspektywa wystąpienia efektów rozlewania w wyniku koordynacji rodzi problemy z zakresu konkurencji, gdy obaj założyciele prowadzą działalność na tym samym rynku właściwym²³⁴. Zdaniem Komisji ryzyko koordynacji między założycielami, gdy tylko jeden z nich prowadzi działalność na rynku wspólnego przedsiębiorstwa, jest niewielkie. Komisja obawia się przede wszystkim koordynacji między założycielami. Obawy te są mniejsze w przypadku koordynacji między założycielami i wspólnym przedsiębiorstwem²³⁵. Jeśli obaj założyciele są obecni na tym samym rynku właściwym, ale jest on odległym rynkiem w stosunku do działalności wspólnego przedsiębiorstwa (np. nie jest bezpośrednio powiązany w rozumieniu art. 2 ust. 5 rozporządzenia 139/04), istnieje małe prawdopodobieństwo, że koncentracja będzie skutkowałą koordynacją. Pojęcie „bezpośrednio powiązany” w tym kontekście jest czynnikiem, który musi zostać zbadany przez Komisję odrębnie w każdym przypadku²³⁶. W sprawie *Amadeus/Sabre JV*²³⁷ Komisja analizowała np. wspólne przedsiębiorstwo między dwiema spółkami zajmującymi się dystrybucją i sprzedażą usług turystycznych za pośrednictwem globalnego systemu dystrybucji (GDS) w przemyśle turystycznym, obecnymi na rynku płatności i usług oczyszczania. Komisja stwierdziła, że „zasadnicza działalność założycieli – świadczenie usług za pomocą serwisu GDS – nie stanowi działalności, która obejmowałaby górny lub dolny rynek aktywności wspólnego przedsiębiorstwa. Dostęp do usług GDS nie jest wymagany, aby świadczyć usługi będące przedmiotem działalności założycieli. Rynek GDS można uznać za sąsiedni rynek w tym sensie, że usługi świadczone przez wspólne przedsiębiorstwo będą oferowane firmom prowadzącym działalność na rynku turystycznym, włączwszy dostawców GDS jak Amadeus i Sabre. Jednakże liczba potencjalnych klientów wspólnego przedsiębiorstwa w przemyśle turystycznym (i także poza nim) jest o wiele szersza niż Amadeus i Sabre. Biorąc pod uwagę te okoliczności, rynek usług GDS nie może zostać uznany za ściśle powiązany z rynkiem, na którym działalność prowadzą założyciele²³⁸.

4.2. Symetria działalności założycieli

Z reguły koordynacja jest bardziej prawdopodobna, gdy spółki są podobne do siebie w pewnych istotnych kwestiach. Na przykład brak motywacji założycieli do koordynacji ich działalności został wykorzystany przez Komisję w sprawie *Eurogate/APMM*.

²³⁴ W sprawie COMP/M.5154 *CASC JV*, pkt 24. W tej decyzji nakładanie się działalności stron na wielu rynkach wzbudziło obawy Komisji, choć przeważały czynniki równoważące je.

²³⁵ J. Cook, S. Kerse, *EC Merger Control*, 5th ed., Sweet&Mxwell 2009.

²³⁶ Decyzja KE z 18.08.2006 w sprawie COMP/M.3848 *Sea-Invest/EMO-Ekom*, pkt 99.

²³⁷ Decyzja KE z 12.09.2007 w sprawie COMP/M.4760 *Amadeus/Sabre/JV*.

²³⁸ *Ibidem*, pkt 24.

Komisja stwierdziła, że nie było poważnego ryzyka efektów rozlewania, gdyż strony miały inne cele handlowe²³⁹. W decyzji w sprawie *AREVA NP/MHI/ATMEA* Komisja podobnie wskazała, że założyciele prowadzili działalność gospodarczą w różnych częściach świata, które pokrywały się w ograniczonym zakresie pod względem geograficznym, a różnice w wyglądzie produktów jeszcze bardziej ograniczały ryzyko koordynacji²⁴⁰.

4.3. Wymiana informacji między założycielami

Istotnym czynnikiem może być także poziom przepływu informacji między stronami. Im większy stopień wymiany informacji, tym wyższe ryzyko efektów rozlewania. W sprawie *Amadeus/Sabre/JV* umowa założycielska wspólnego przedsiębiorstwa zawierała warunki, które miały zapobiec wymianie informacji²⁴¹. W sprawie *CASC JV* przepływ informacji także był ograniczony do kwestii niezbędnych do prowadzenia działalności, co osłabiło obawy Komisji w odniesieniu do efektów rozlewania²⁴².

4.4. Rola wspólnego przedsiębiorstwa w procesie podejmowania decyzji przez założycieli

Zaangażowanie założycieli we wspólne przedsiębiorstwo lub jego wpływ na proces podejmowania decyzji przez założycieli był przedmiotem sprawy *CASC JV*. Fakt, że wspólne przedsiębiorstwo nie uczestniczyło w procesie podejmowania decyzji przez założycieli, w opinii Komisji pomógł ograniczyć prawdopodobieństwo, że JV będzie narzędziem koordynacji między założycielami²⁴³.

5. Ograniczenie konkurencji sprzeczne z art. 101 ust. 1 TFUE

Jeśli istnieje ryzyko koordynacji, Komisja będzie badała, czy taka koordynacja będzie zgodna z art. 101 TFUE. Na potrzeby tej analizy Komisja będzie sprawdzała, czy koordynacja skutkuje naruszeniem art. 101 ust. 1 TFUE, a jeśli tak, to czy naruszenie to może zostać zwolnione na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE.

Art. 101 ust. 1 TFUE zakazuje wszelkich porozumień między przedsiębiorstwami i uzgodnionych praktyk, które mogą naruszać handel między państwami członkowskimi UE i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zniekształcenie

²³⁹ Decyzja KE z 5.06.2008 w sprawie COMP/M.5066 *Eurogate/APMM*, *op. cit.*, pkt 42.

²⁴⁰ Decyzja KE z 4.10.2007 w sprawie COMP/M.4839 *AREVA NP/MHI/ATMEA*, pkt 39.

²⁴¹ Decyzja KE z 12.09.2007 w sprawie COMP/M.4760 *Amadeus/Sabre/JV*, *op. cit.*, pkt 25.

²⁴² Decyzja KE z 14.08.2008 w sprawie COMP/M.5154 *CASC JV*, *op. cit.*, pkt 25.

²⁴³ Decyzja KE z 14.08.2008 w sprawie COMP/M.5154 *CASC JV*, *op. cit.*, pkt 27.

konkurencji na rynku wewnętrznym UE. Utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa, którego celem lub skutkiem jest koordynacja zachowań konkurencyjnych w rozumieniu art. 2 ust. 4 rozporządzenia 139/04, skutkuje *ipso facto* ograniczeniem konkurencji.

Komisja musi dokonać oceny, czy ograniczenie konkurencji jest znaczące i narusza handel między państwami członkowskimi. Istotną kwestią jest także ustalenie, czy koordynacja jest bezpośrednim skutkiem koncentracji²⁴⁴. Te kwestie pojawiły się w sprawie *SkyB/Kirch Pay TV*, gdy Komisja uznała, że brak było związku przyczynowego między koncentracją i zmovą. Wątpliwości Komisji wzbudził fakt, że strony wspólnie miały uczestniczyć w przetargu na prawa do paneuropejskiej emisji wydarzeń sportowych. Komisja obawiała się, że będą one wzajemnie handlowały prawami emisji na określonym obszarze na uprzywilejowanych zasadach. Aby taka zмова wchodziła w zakres art. 2 ust. 4 i aby oceniać motywację założycieli do koordynacji w świetle art. 101 ust. 1 TFUE, Komisja musiałaby udowodnić związek przyczynowy między utworzeniem wspólnego przedsiębiorstwa i koordynacją konkurencyjnych zachowań założycieli. Komisja zwróciła jednak uwagę, że niektóre przesłanki podjęcia takich zachowań mogą być niezależne od koncentracji. Mianowicie próba ograniczenia kosztów w jednym z najdroższych dla operatorów obszarów płatnej telewizji – nabycia praw emisji wydarzeń sportowych. Dlatego brak było związku przyczynowego w odniesieniu do potencjalnej zmovy. Komisja stwierdziła, że wspólny udział w licytacji nie wymaga koncentracji, a koncentracja nie ułatwia tego procesu. Dlatego też w omawianym przypadku nie było podstaw do zastosowania art. 2 ust. 4 TFUE²⁴⁵.

Porozumienia zakazane w świetle art. 101 ust. 1 TFUE mogą zostać wyłączone z zakazu na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE. W takich sytuacjach stosowane są ogólne zasady określone w art. 101 ust. 3 TFUE. W tym kontekście nie tylko należy rozważać korzyści i wady samej koordynacji, ale też efektywność, jaką można uzyskać poprzez utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa.

W zakresie, w jakim utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa nie skutkuje powstaniem ukrytego kartelu między założycielami, efektywność, jaką można uzyskać poprzez wspólne przedsiębiorstwo, powinna przeważać niekorzyści wynikające z jakichkolwiek efektów koordynacji i prowadzić do wyłączenia w oparciu o art. 101 ust. 3 TFUE. W niektórych przypadkach Komisja wymaga zobowiązań, które mają zapobiec ryzyku powstania sprzecznych z zasadami konkurencji efektów rozlewania²⁴⁶.

²⁴⁴ Zgodnie z art. 2 ust. 5 rozporządzenia Nr 139/04 Komisja powinna wziąć pod uwagę, czy koordynacja, która jest bezpośrednim skutkiem utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa, pozwala przedsiębiorstwom na eliminację konkurencji na znacznej części rynku właściwego.

²⁴⁵ Decyzja KE z 21.03.2000 r. w sprawie COMP/JV.37 *BSkyB/Kirch Pay TV*, pkt 91.

²⁴⁶ W decyzji KE z 7.07.2005 w sprawie COMP/M.3817 *Wegener/PCM/JV*, pkt 69 zarząd musiał zobowiązać się do niepodejmowania wymiany informacji dotyczących poziomu obrotu ze spółkami założycielskimi.

Dlatego w sprawie *Areva/Urenco/ETC JV* np. poważne wątpliwości w odniesieniu do koncentracji odnosiły się do efektów rozlewania w rozumieniu art. 2 ust. 4 rozporządzenia 139/04. Na skutek koncentracji nastąpiłby wzrost przejrzystości tego oligopolistycznego rynku głównie z powodu przepływu informacji od ETC (wspólne przedsiębiorstwo) do jego udziałowców i co istotne decyzyjną rolą zarządu ETC, który wyznaczony był przez Areva i Urenco²⁴⁷. Strony podjęły jednak pewne zobowiązania, aby rozwiać obawy Komisji. Miały one na celu ograniczenie przepływu informacji między ETC i założycielami. Areva i Urenco zostały pozbawione dostępu do informacji o bieżących sprawach ETC i odwrotnie. Zarząd ETC miał być niezależny od stron²⁴⁸.

W każdym przypadku, bez względu na to, czy zgoda na koncentrację jest bezwarunkowa czy uwarunkowana realizacją przez założycieli pewnych zobowiązań, ze względu na art. 2 ust. 4 rozporządzenia 139/04 decyzja Komisji uznająca utworzenie pełnofunkcyjnego wspólnego przedsiębiorstwa za zgodne ze wspólnym rynkiem także oznacza, że utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa uznaje się za zgodne z art. 101 TFUE.

²⁴⁷ Decyzja KE z 6.10.2004 w sprawie COMP/M.3099 *Areva/Urenco/ETC JV*, pkt 209.

²⁴⁸ *Ibidem*, pkt 232.

Wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję

1. Wyłączenia indywidualne

1.1. Reguła rozsądku

W USA sądy rozróżniają pomiędzy porozumieniami, które są antykonkurencyjne *per se* i są zakazane, jak np. zмова cenowa i porozumieniami szkodliwymi dla konkurencji ale wymagającymi szczegółowej analizy ekonomicznej pozwalającej oszacować, czy (dla równowagi) sprzyjają one powiększeniu dobrobytu społecznego. Taka analiza umożliwia dokonanie oceny, czy porozumienie naruszające reguły konkurencji powala równoważyć negatywne skutki wspieraniem dobrobytu nazywana jest regułą rozsądku²⁴⁹. Została ona wypracowana w orzecznictwie sądowym w USA. Zgodnie z nią postępowanie w sprawach antymonopolowych obejmuje wszystkie okoliczności, zanim zostanie ustalona zgodność z prawem określonego zachowania się (lub jej brak). W świetle reguły rozsądku sądy USA muszą rozważyć ogólny wpływ porozumienia na konkurencję na rynku właściwym. Aby to uczynić, muszą one określić i wyważyć antykonkurencyjne i prokonkurencyjne skutki. Jeśli skutki prokonkurencyjne mają przewagę, porozumienie nie jest uznawane za ograniczające konkurencję. W efekcie w każdym przypadku wymagana jest analiza ekonomiczna.

Dla porównania, organy antymonopolowe UE przez długi czas były zmuszone postępować w ramach sztywnych ram pojęciowych, które ograniczały ich swobodę oceny poszczególnych przypadków²⁵⁰. Literalna interpretacja art. 101 ust. 1 TFUE prowadziła do uznania przeważającej liczby transakcji o wymiarze europejskim za bezprawne. Aby rozwiązać te problemy, organy UE wdrożyły bardziej elastyczne podejście polegające na ocenie zachowań przedsiębiorstw z uwzględnieniem warunków gospodarczych, ważąc anty- i prokonkurencyjne skutki porozumienia w świetle art. 101 ust. 1 TFUE, zamiast sprawdzania ich w świetle art. 101 ust. 3 TFUE. To podejście jest podobne do reguły rozsądku w świetle Sherman Act. Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że reguła rozsądku znalazła swoje miejsce w art. 101 ust. 1 TFUE. To odzwierciedla

²⁴⁹ D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze 2004, s. 63 i n.

²⁵⁰ D.G. Goyder, *EC Competition Law*, 3rd ed., Oxford University Press 1998, s. 145.

mieszane podejście, w którym kategoria *per se* w świetle art. 101 ust. 1 TFUE została objęta bardziej ekonomicznym podejściem w świetle art. 101 ust. 3 TFUE²⁵¹.

1.2. Bardziej ekonomiczne podejście do art. 101 ust. 1 TFUE

Dyskusja dotycząca stosowania amerykańskiej reguły rozsądku w kontekście art. 101 ust. 1 TFUE ma swoje korzenie w orzeczeniu TSUE w sprawie 56/65 *Société Technique Minière (STM) przeciwko Maschinenbau*²⁵². Do czasu wydania tego wyroku art. 101 ust. 1 TFUE był interpretowany zarówno przez Komisję jak i przez TSUE literalnie. Komisja uznawała, że każde ograniczenie wynikające z zachowania stron i każde porozumienie ograniczające cele rynku wewnętrznego jest sprzeczne z prawem konkurencji, chociaż analiza ekonomiczna często nie wykazywała poważnego ograniczenia konkurencji.

Takie podejście było niezrozumiałe, biorąc pod uwagę, że art. 101 ust. 3 TFUE zawiera mechanizm, w świetle którego Komisja może kontrolować porozumienie z punktu widzenia jego skutków dla konkurencji. Może ona starać się wyważyć pro i antykonkurencyjne skutki porozumienia. To jest odrębna kwestia od samego naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE. W praktyce powstał jednak problem stosowania takiej podwójnej analizy. Z jednej strony postępowanie Komisji miało na celu zbadanie możliwości zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE, z drugiej natomiast należało ocenić możliwość zastosowania 101 ust. 3 TFUE.

Komisja próbowała znaleźć równowagę między par. 1 i 3 art. 101 TFUE co było niezbędne, ponieważ literalna interpretacja art. 101 ust. 1 TFUE prowadziła do uznania przeważającej liczby porozumień za bezprawne. Aby rozwiązać te problemy, organy UE wdrożyły bardziej elastyczne podejście polegające na ocenie zachowań przedsiębiorstw z uwzględnieniem warunków gospodarczych, ważąc pro i antykonkurencyjne skutki porozumienia w świetle art. 101 ust. 1 TFUE zamiast sprawdzania ich w świetle art. 101. W orzeczeniu w sprawie 56/65 *Société Technique Minière (STM) przeciwko Maschinenbau*²⁵³, STM, francuskie przedsiębiorstwo dostarczające sprzęt do wykonywania robót publicznych, i Maschinenbau, niemiecki producent ciężkiej maszyn, zawarli porozumienie o wyłącznej dystrybucji, zgodnie z którym Maschinenbau zgodził się nie zaopatrywać dłużej żadnego z dystrybutorów we Francji ani nie sprzedawać samemu pewnych typów maszyn. STM zgodził się zakupić znaczną liczbę maszyn od

²⁵¹ A. Bolecki, *Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek – aktualne tendencje orzecznicze w Unii Europejskiej*, iKAR 2012, Nr 3, s. 5 i n.

²⁵² Orzeczenie TSUE w sprawie 56/65 *Société Technique Minière (STM) przeciwko Maschinenbau*, Zb. Orz. 1966, s. 235.

²⁵³ *Ibidem*.

Maschinenbau w ciągu dwóch lat, ale nie mógł później znaleźć odpowiedniej liczby nabywców na te maszyny. Gdy Maschinenbau nie otrzymał płatności, pozwał STM we Francji. STM podniósł, że porozumienie, a przynajmniej niektóre jego klauzule naruszały art. 101 ust. 1 TFUE. TSUE orzekł, że wyłączenie było kluczowe dla stworzenia systemu dystrybucji ze względu na wysokie ryzyko podjęte przez STM, ponieważ były to wyspecjalizowane i kosztowne produkty. Porozumienie było wręcz niezbędne do wejścia w nowy obszar rynku.

W tym wyroku TSUE rozluźnił surową interpretację art. 101 ust. 1 TFUE i zastosował bardziej elastyczne podejście, uwzględniając uwarunkowania prawne i gospodarcze porozumienia²⁵⁴. Aby ocenić, czy porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE²⁵⁵, należy zbadać, jaki byłby stan konkurencji, aktualnej lub potencjalnej, na rynku właściwym, gdyby nie zostało zawarte porozumienie. Następnie należy zwrócić uwagę na konkurencję wewnętrzną, tj. między stronami porozumienia, i zewnętrzną, tj. między stronami porozumienia a stroną trzecią oraz między stronami trzecimi. Szczególne znaczenie mają tzw. skumulowane skutki dla konkurencji niektórych wertykalnych porozumień tworzących sieć porozumień. Należy określić, czy porozumienie ma znaczący wpływ na konkurencję, tj. czy mieści się w zakresie reguły *de minimis*. W orzeczeniu w sprawie 56/65 *Société Technique Minière (STM) przeciwko Maschinenbau* TSUE wskazał też czynniki, które należy wziąć pod uwagę przy ocenie, czy porozumienie o wyłącznej dystrybucji mieści się w ramach art. 101 ust. 1 TFUE. Należą do nich: rodzaj i ilość produktów, znaczenie dostawcy i dystrybutora na rynku właściwym, czy istnieje sieć porozumień obejmującej istotny obszar państwa członkowskiego, stopień ochrony rynku zbytu (chodzi tu o to, czy porozumienie wykluczało innych, nieuczestniczących w nim przedsiębiorców z rynku właściwego), możliwość importu równoległego.

W odniesieniu do porozumień wertykalnych, w rozporządzeniu 330/2010 ustalony został próg siły rynkowej uczestniczących przedsiębiorstw (ich udział w rynku właściwym produktowo). Rozporządzenie zawiera czarną listę najcięższych ograniczeń, aktualnych lub potencjalnych, których celem jest ograniczenie konkurencji. Należy też sprawdzić, czy porozumienie ma znaczący wpływ na konkurencję. W tym celu niezbędne jest zbadanie jego pro- i antykonkurencyjnych skutków i tym samym wykorzystanie kryteriów określonych w art. 101 ust. 3 TFUE lub tego, czy indywidualne ograniczenia

²⁵⁴ Zob. E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń zastosowania ogólnych reguł konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2007, s. 133–142; Na temat bardziej ekonomicznego podejścia do analizy porozumień ograniczających konkurencję zob. np. A. Jurkowska-Gomułka, *Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 roku*, iKAR 2012, Nr 1, s. 33 i n.

²⁵⁵ Zob. Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE [101 ust. 3 TFUE], Dz. Urz. 2004, C 101/97, pkt 17–27.

zawarte w porozumieniu są traktowane jako dodatkowe i tym samym analizowane razem z porozumieniem. Jeżeli ani celem, ani skutkiem porozumienia nie jest ograniczenie konkurencji, nie wchodzi ono w zakres art. 101 ust. 1 TFUE, i również dodatkowe ograniczenia, które są niezbędne dla jego wdrożenia, nie wchodzi w zakres tego przepisu. Jeśli jednak porozumienie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1 TFUE, to również mieszczą się tutaj ograniczenia dodatkowe. Z tego względu całe porozumienie musi być zbadane z punktu widzenia art. 101 ust. 3 TFUE.

W niektórych przypadkach istotne jest, aby określić, czy ograniczenie konkurencji może być uzasadnione ze względu na interes publiczny. Na przykład państwo członkowskie może przekazać pewne uprawnienia przedsiębiorstwom lub ich związkom, które nie prowadzą działalności gospodarczej. Także stowarzyszenia zawodowe i podobne organizacje, które nie wykonują zadań publicznych, mogą wdrażać reguły, które z jednej strony ograniczają konkurencję, ale z drugiej służą realizacji innych celów. Tak np. w orzeczeniu w sprawie C-309/99 *Wouters przeciwko Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*²⁵⁶, gdzie reguły wdrożone przez duńskich adwokatów zakazujące jego członkom zawiązywania spółek z księgowymi były uzasadnione koniecznością zapewnienia właściwej praktyki wykonywania zawodu prawniczego. Jeśli ograniczenia mogą zostać uzasadnione przez rozważania interesu ogólnego, takie porozumienie nie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1 TFUE.

Kwestia istnienia reguły rozsądku w świetle art. 101 ust. 1 TFUE była rozważana w sprawie T-112/99 *Métropole Télévision (M6) i inni przeciwko Komisji*²⁵⁷. TSUE wyraźnie sprzeciwił się zastosowaniu reguły rozsądku. Orzekł on, że istnienie takiej reguły nie zostało potwierdzone przez sądy UE. W wielu orzeczeniach TSUE starał się wskazać, że istnienie takiej reguły w europejskim prawie konkurencji budzi wątpliwości.

TSUE zwrócił uwagę, że pro- i antykonkurencyjne skutki porozumienia powinny zostać ocenione w świetle art. 101 ust. 3 TFUE. W orzeczeniu w sprawie *Wouters*²⁵⁸ TSUE analizował, czy decyzja holenderskiego Stowarzyszenia Adwokatów zakazująca prawnikom w Holandii zawiązywania spółek z osobami niebędącymi prawnikami narusza art. 101 TFUE. Sąd orzekł, że zastosowanie tego przepisu w tym konkretnym przypadku wymaga zbadania ogólnych uwarunkowań, w jakich została podjęta decyzja przez Stowarzyszenie Adwokackie w Holandii lub skutków, jakie ona wywołuje. Stwierdził on, że taka reguła była niezbędna, aby zapewnić właściwe wykonywanie zawodu adwokata

²⁵⁶ Orzeczenie w sprawie C-309/99 *Wouters przeciwko Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, *op. cit.*

²⁵⁷ Orzeczenie w sprawie T-112/99 *Métropole Télévision (M6) i inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2001, s. II-2459.

²⁵⁸ Orzeczenie w sprawie C-309/99 *Wouters przeciwko Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, *op. cit.*

w Holandii i nie naruszała art. 101 ust. 1 TFUE. Sąd wyraźnie rozważył pro- i antykonkurencyjne aspekty kwestionowanej decyzji i stwierdził, że te pierwsze mają przewagę.

Europejskie podejście do reguły rozsądku mieści się w ramach art. 101 ust. 1 TFUE. Niezaprzeczalne jest jednak, że interpretacja art. 101 ust. 1 pod względem reguły rozsądku została zastąpiona „bardziej ekonomicznym podejściem” do art. 101 ust. 1 TFUE.

Najtrudniejsze sprawy dotyczą sytuacji, gdy przedsiębiorstwa przystępują do porozumienia, które nie ma na celu monopolizowania rynku. Na przykład strony mogą przystąpić do wspólnego przedsiębiorstwa, aby zaoferować nowy produkt, albo przystąpić do porozumienia dystrybucyjnego w celu zwiększenia sprzedaży dóbr. Takie praktyki prowadzą do wzrostu zysków często kosztem rywali albo konsumentów. *Prima facie* zachowania takie nie wywołują negatywnych skutków dla konkurencji. Jednak Komisja zajmuje w tej kwestii bardziej kontrowersyjne stanowisko, co potwierdza m.in. sprawa *Télévision par satellite (TPS)*²⁵⁹. Sześć przedsiębiorstw (włączywszy niektóre francuskie stacje telewizyjne) założyło spółkę (TPS) w celu wprowadzenia cyfrowej platformy umożliwiającej dystrybucję kodowanych programów telewizyjnych we Francji. Porozumienie zawierało jednak trzy kontrowersyjne klauzule: w pierwszej strony uzgodniły, że nie będą angażować się w inne kodowane programy telewizyjne we Francji w okresie trwania porozumienia. Druga z klauzul przewidywała prawo pierwokupu przez TPS programów lub usług produkowanych lub kontrolowanych przez strony umowy. Ponadto kanały o ogólnej problematyce i ogólnych zainteresowaniach produkowane przez spółkę-matkę byłby transmitowane wyłącznie przez TPS. Komisja orzekła, że ww. klauzule były niezgodne z art. 101 ust. 1 TFUE, ponieważ trzeci operator telewizyjny nie był zdolny do zakupu programów sprzedawanych wspólnemu przedsiębiorstwu przez nadawców przez czas trwania porozumienia (bez potwierdzenia, czy istnieje prawdopodobieństwo pojawienia się jakiegokolwiek strony trzeciej). Komisja jednak wyraziła zgodę na takie porozumienie, ponieważ jego efektem były korzyści dla konsumentów. Między innymi ułatwiało ono wejście nowych podmiotów na rynek zdominowany przez Canal+. Komisja zaskakująco stwierdziła, że jest ono dalekie od eliminowania konkurencji, a porozumienie w ramach TPS jest nawet wręcz prokonkurencyjne. Rozwój kodowanych kanałów telewizyjnych jest silnie kontrolowany w szczególności przez ostrą konkurencję pomiędzy CanalSatellite i TPS²⁶⁰.

Decyzja Komisji stanowi typowy przykład kluczowego materialnego i proceduralnego problemu stosowania art. 101 TFUE. Jeśli porozumienie jest oceniane z punktu widzenia ekonomicznego, fakt, że porozumienie utrudnia wejście na rynek trzeciego nadawcy, można było zrównoważyć korzyściami konsumentów wynikającymi z wejścia

²⁵⁹ Decyzja KE z 3.03.1999 w sprawie IV/36.237 *TPS*, Dz. Urz. 1999, L 90/6.

²⁶⁰ *Ibidem*, pkt 135.

nowego konkurenta (TPS) na rynek zdominowany przez Canal+. Dlaczego więc orzeczono, że porozumienie to skutkuje ograniczeniem konkurencji?

Powodem jest pogląd Komisji, która uznaje ograniczenie zachowań za ograniczenie konkurencji. Stwierdziła ona, że kontrakt ten może mieć wpływ na ograniczenie wejścia trzeciej strony, co w jej opinii potwierdzało fakt, że porozumienie wywiera antykonkurencyjne skutki. Ograniczenie wolności gospodarczej przez uczestników procesów rynkowych jest powodem, dla którego uznano, iż porozumienie ogranicza konkurencję. Wydaje się jednak, że taka interpretacja jest zbyt wąska. Powoduje ona, że nawet porozumienia niewpływające na dobrobyt konsumenta są niedozwolone.

Zwolnienie z zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE może być przyznane w świetle warunków określonych w art. 101 ust. 3 TFUE. Wraz z wejściem w życie rozporządzenia 1/2003 art. 101 ust. 3 TFUE stał się prawnym wyjątkiem. Rozporządzenie 1/2003 uczyniło przepis art. 101 ust. 3 TFUE bezpośrednio skutecznym, podczas gdy wcześniej nie był on bezpośrednio skuteczny i dlatego nie mógł być wykorzystywany w postępowaniach przed sądami krajowymi. Rozporządzenie to uchyliło także obowiązek notyfikacji porozumień. Komisja nie jest już jedynym organem uprawnionym do wyłączenia porozumienia z zakazu w oparciu o art. 101 ust. 3 TFUE. Art. 101 ust. 3 TFUE ma skutek bezpośredni. W praktyce strony porozumienia muszą same określić, czy ich działanie jest zgodne z art. 101 TFUE. Strony będą mogły wdrożyć porozumienie bez potrzeby kontroli lub wyłączenia przez organ antymonopolowy. To doprowadziło do zakończenia dyskusji na temat zasadności reguły rozsądku i zakończenia praktyk listów gwarancyjnych, które powodowały niepewność prawną przedsiębiorstw. Komisja nie jest już zobowiązana do wydawania listu gwarancyjnego, który stanowił oświadczenie, że w jej opinii porozumienie nie budzi wątpliwości z zakresu konkurencji. Z tej perspektywy rozporządzenie 1/2003 uprościło ocenę porozumienia przewidzianą w art. 101 TFUE poprzez redukcję nie do końca jasnych procedur obejmujących dwa etapy postępowania. Aktualnie jest jeden. Nie oznacza to jednak, że przedsiębiorstwa uzyskują większy stopień pewności prawnej i bezpieczeństwa, ponieważ dla wielu problem pozostaje. Strony muszą określić same, czy ich porozumienie jest zgodne z prawem, i jeśli ich własna ocena jest błędna, ponoszą odpowiedzialność.

1.3. Materialnoprawne przesłanki wyłączenia

W świetle art. 101 ust. 3 porozumienie, decyzja lub uzgodniona praktyka może zostać wyłączona, jeżeli korzyści z niej wynikające przewyższają koszty ograniczenia

konkurencji. Wymogi materialnoprawne obejmują cztery warunki, które muszą być spełnione, aby porozumienie zostało zwolnione na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE:

1. Porozumienie musi podnosić efektywność produkcji lub dystrybucji dóbr i promować postęp technologiczny lub ekonomiczny.
2. Konsumenci muszą otrzymać korzyści określone w art. 101 ust. 1.
3. Ograniczenia konkurencji muszą być konieczne do osiągnięcia wspomnianych korzyści.
4. Porozumienie nie może eliminować konkurencji na danym rynku.

Istotnym elementem, jaki należy uwzględnić w analizie, jest konieczność spełnienia wszystkich czterech warunków określonych w art. 101 ust. 3 TFUE. Jeśli jeden z nich nie jest spełniony, porozumienie nie może zostać wyłączone²⁶¹. Wyłączenie przestaje obowiązywać, jeżeli okaże się, że jedno z kryteriów nie jest już spełnione.

Innym problemem jest niepewność co do interpretacji niektórych warunków określonych w art. 101 ust. 3 TFUE, a także rozmieszczenie ciężaru dowodu: skarżący musi udowodnić, że porozumienie narusza art. 101 ust. 1 TFUE, podczas gdy strona porozumienia musi wykazać, że podlega ono wyłączeniu na mocy art. 101 ust. 3 TFUE. Jeśli przyjąć tradycyjne podejście Komisji, w którym ograniczenie wolności gospodarczej jest traktowane jednoznacznie z ograniczeniem konkurencji, wówczas konieczne będzie przesunięcie ciężaru dowodu na pozwanego. Komisja współcześnie stara się ocenić ograniczenie konkurencji za pomocą narzędzi ekonomicznych. W wytycznych odnośnie do stosowania art. 101 ust. 3 TFUE wskazuje, że ocena ekonomiczna będzie przeprowadzana w celu określenia, czy porozumienie skutkuje wzrostem cen lub szkodzi konsumentom w inny sposób.

W każdym przypadku powinna zostać przeprowadzona ekonomiczna ocena porozumienia²⁶². Art. 101 ust. 3 TFUE wymaga analizy pro- i antykonkurencyjnych aspektów porozumienia²⁶³. Mimo to trwa debata, czy kwestie inne niż ekonomiczna efektywność, takie jak socjopolityczne rozważania, powinny mieć znaczenie przy ocenie porozumienia. Komisja wyraża pogląd, że powinny być brane pod uwagę wyłącznie czynniki ekonomiczne²⁶⁴. Jednakże orzecznictwo dostarcza przykładów, że pod uwagę brane są czynniki pozaefektywnościowe, np. zwiększenie zatrudnienia²⁶⁵, sprzyjanie

²⁶¹ Orzeczenie w sprawach połączonych T-528, 542, 543 i 546/93 *Métropole Télévision*, Zb. Orz. 1996, s. II-649; Orzeczenie w sprawie T-395/94 *Atlantic Container Line AB przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2002, s. II-875.

²⁶² Orzeczenie w sprawie T-17/93 *Matra Hachette przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1994, s. II-595; zob. R. Whish, *Competition Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2005, s. 151–161.

²⁶³ Orzeczenie w sprawie T-65/98 *Van den Berg Foods przeciwko Komisji*, *op. cit.*; zob. też wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, *op. cit.*, pkt 33.

²⁶⁴ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, pkt 33.

²⁶⁵ Decyzja KE z 29.04.1994 w sprawie IV/34.456 *Stichting Baksteen*, Dz. Urz. 1994, L 131/15, pkt 27–28.

realizacji celów z zakresu ochrony środowiska²⁶⁶, wspieranie wzrostu konkurencyjności przemysłu europejskiego²⁶⁷.

Decyzja Komisji w sprawie *European Night Services*²⁶⁸ jest istotnym przykładem, ponieważ Sąd Generalny ją unieważnił. Komisja orzekła, że wspólne przedsięwzięcie między trzema spółkami kolejowymi mające na celu świadczenie usług związanych z przewozem pasażerów w nocy między Wielką Brytanią i Europą przez tunel pod kanałem La Manche ograniczy konkurencję między założycielami, między założycielami i wspólnym przedsięwzięciem oraz względem stron trzecich. Joint venture zostało wyłączone z zakazu pod pewnymi warunkami, których nie zaakceptowały strony. Sąd Generalny orzekł, że Komisja nie uargumentowała stosowania art. 101 ust. 1. Niewłaściwie wyznaczyła rynek relewantny, nie zastosowała właściwie wielu kryteriów, nie wykazała motywów ekonomicznych, np. uznała, że potencjalna konkurencja była ograniczona w oparciu o hipotezę nieopartą stosownym materiałem dowodowym ani analizą struktury rynku właściwego, z której wynikałoby realne zagrożenie²⁶⁹. Warunki wyłączenia także były błędne, ponieważ Komisja stosowała niewłaściwie pojęcie urządzeń kluczowych i przyznała wyłączenie na zbyt krótki czas, biorąc pod uwagę oczekiwany długi okres inwestycji.

W sprawie *P&Q/Stena*²⁷⁰ P&Q Ferries i Stena Lines utworzyły wspólne przedsięwzięcie w celu świadczenia usług promowych. Działalność spółek obejmowała dwa rynki: usługi turystyczne na trasach bliskiego zasięgu oraz usługi frachtowe między Anglią i kontynentalną Europą. Komisja stwierdziła, że wspólne przedsięwzięcie wchodziło w zakres art. 101 ust. 1 TFUE, ponieważ strony były aktualnymi konkurentami. W związku z tym, że nie było ryzyka powstania efektów rozlewania, Komisja wykorzystała art. 101 ust. 3 TFUE, argumentując, że kryteria tego przepisu zostały spełnione w odniesieniu do rynku usług frachtowych. W odniesieniu do rynku usług turystycznych Komisja miała pewne trudności w wykazaniu, że spełnione są trzy pierwsze kryteria. Główny problem dotyczył jednak czwartego kryterium nieograniczania konkurencji na znacznej części rynku. Komisja miała wątpliwości, czy to kryterium wspólnego przedsięwzięcia będzie prowadziło do duopolistycznej struktury rynku między wspólnym przedsięwzięciem i spółką Eurotunnel. Po analizie sytuacji stwierdziła, że wspólne przedsięwzięcie i Eurotunnel raczej mogły konkurować, niż zachowywać się paralelnie i podnieść

²⁶⁶ Decyzja KE z 21.12.1994 w sprawie IV/34.252 *Philips-Osram*, Dz. Urz. 1994, L 378/37.

²⁶⁷ Zob. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Dom Organizatora, Toruń 2006, s. 484–502.

²⁶⁸ Orzeczenie w sprawach połączonych T-374, 375, 384 i 388/94 *European Night Services przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1998, s. II-3141.

²⁶⁹ *Ibidem*, pkt 142.

²⁷⁰ Decyzja KE w sprawie IV/36.253 *P&Q Stena Line*, Dz. Urz. 1999, L 163/61.

ceny. Biorąc pod uwagę możliwe zmiany warunków rynkowych ze względu na zniesienie sklepów bezcłowych w 1999, Komisja ograniczyła wyłączenie do trzech lat.

W omawianej decyzji Komisja stwierdziła: po pierwsze, że utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa stanowi ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, ponieważ strony były aktualnymi i potencjalnymi konkurentami na rynku właściwym, na którym prowadziło działalność wspólne przedsiębiorstwo. Po drugie, ograniczenie konkurencji było znaczne (dotkliwe). Strony posiadały wysoki łączny udział w rynku (nawet jeśli ich łączny udział w rynku krótkodystansowych przewozów spadł po wejściu na rynek spółki Eurotunnel). Wspólne przedsiębiorstwo miało charakter pełnofunkcyjny i prowadziło działalność na tym samym rynku frachtowym co jego założyciele i na sąsiednim rynku przewozów pasażerskich w stosunku do rynku, na którym działalność prowadzili założyciele²⁷¹. Utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa miało wpływ na handel między państwami członkowskimi, jeśli w ocenie uwzględnia się znaczenie stron na rynku krótkodystansowych przewozów pasażerskich i na rynku przewozów między Anglią a kontynentalną Europą²⁷². Pierwszy i drugi warunek art. 101 ust. 3 wymagały oceny efektywności i innych korzyści, których można oczekiwać w związku z działalnością łączących się stron w zakresie usług promowych²⁷³. Utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa przyniesie korzyści, zwłaszcza wzrost efektywności, jaką może osiągnąć wspólne przedsiębiorstwo. Ogólne korzyści wzrosną, nawet jeśli wspólne przedsiębiorstwo zdecydowanie się zaprzestanie prowadzić działalność na trasie Newhaven–Dieppe²⁷⁴.

Jeżeli chodzi o udział konsumentów w korzyściach, mogą oni oczekiwać korzyści w postaci wzrostu częstotliwości kursów i ładowności, a także niższych kosztów, gdyż wspólne przedsiębiorstwo będzie konkurowało z innymi operatorami (wzrośnie konkurencja)²⁷⁵.

Trzeci warunek art. 101 ust. 3 wymagał rozważenia, czy mniej ograniczające alternatywne rozwiązania są możliwe, aby osiągnąć większe korzyści z funkcjonowania wspólnego przedsiębiorstwa²⁷⁶. Komisja zauważyła, że kooperacja między P&Q i Stena w innej formie (jak np. wspólne rozkłady jazdy) nie pozwoliła osiągnąć takich korzyści, jak wspólne przedsiębiorstwo. W szczególności wspólne przedsiębiorstwo przyniesie oszczędności kosztów administracyjnych i marketingu²⁷⁷, choć działalność wspólnego przedsiębiorstwa była ograniczona do usług w wybranych portach.

²⁷¹ *Ibidem*, pkt 40.

²⁷² *Ibidem*, pkt 41.

²⁷³ *Ibidem*, pkt 61.

²⁷⁴ *Ibidem*, pkt 62.

²⁷⁵ *Ibidem*, pkt 63.

²⁷⁶ *Ibidem*, pkt 64.

²⁷⁷ *Ibidem*, pkt 65.

Odnosnie do czwartego kryterium określonego w art. 101 ust. 3 TFUE – brak eliminacji konkurencji na znacznej części rynku lub wobec znacznej części towarów lub usług – Komisja sprawdziła, czy wspólne przedsiębiorstwo spotka skuteczną konkurencję na rynku turystycznej żeglugi krótkiego zasięgu²⁷⁸. Komisja wyraziła obawy, że utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa może prowadzić do duopolistycznej struktury rynku sprzyjającej paralelnym zachowaniom wspólnego przedsiębiorstwa i spółki Eurotunnel²⁷⁹.

Komisja zwróciła uwagę, że cechy charakterystyczne rynku pozwalają oczekiwać, że wspólne przedsiębiorstwo i Eurotunnel raczej będą wzajemnie konkurować niż zachowywać się paralelnie i podnosić ceny. Po pierwsze, chociaż rynek jest bardziej skoncentrowany, przedsiębiorstwa prowadzące na nim działalność gospodarczą posiadają zbliżony udział w rynku, ale te udziały nie były stabilne w ciągu ostatnich 10 lat. Ponadto wspólne przedsiębiorstwo i Eurotunnel nie spotkały znaczących ograniczeń i miały różną strukturę kosztów. Po trzecie istnieją inni konkurencyjni operatorzy. Dlatego można było oczekiwać, że wspólne przedsiębiorstwo spotka skuteczną konkurencję na rynku turystycznej żeglugi krótkiego zasięgu. Z tego względu Komisja uznała, że czwarty warunek określony w art. 101 ust. 3 TFUE jest spełniony²⁸⁰. Zakres, w jakim inni operatorzy będą w stanie skutecznie konkurować po likwidacji sklepów bezcłowych w 1999, był jednak niepewny²⁸¹. Dlatego Komisja uznała, że w tym przypadku właściwe będzie ograniczenie czasu trwania wyłączenia do trzech lat od czasu zawarcia umowy, tj. od 10.03.1998 r. To pozwoli ocenić Komisji wpływ wspólnego przedsiębiorstwa na rynek turystycznej żeglugi krótkiego zasięgu po letnim sezonie w roku 2000. Po tym okresie miał być widoczny wpływ likwidacji sklepów bezcłowych na warunki rynkowe²⁸².

Znaczna liczba wniosków w sprawie wyłączenia skłoniła Komisję do wdrożenia przepisów w sprawie wyłączeń grupowych. Oznacza to, że art. 101 ust. 3 może być stosowany również poprzez wyłączenia grupowe. Taką możliwość przewiduje też art. 8 ust. 3 u.o.k.k.

2. System wyłączeń grupowych

Wyłączenia grupowe oznaczają możliwość wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję pewnych ich kategorii. Dotyczy to porozumień spełniających przesłanki naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE, ale jednocześnie

²⁷⁸ *Ibidem*, pkt 67.

²⁷⁹ *Ibidem*, pkt 68.

²⁸⁰ *Ibidem*, pkt 127.

²⁸¹ *Ibidem*, pkt 129.

²⁸² *Ibidem*, pkt 130.

generujących pewne pozytywne efekty, które skłaniają do ich akceptacji²⁸³. Tzn. przyjmuje się, że takie porozumienia w ostatecznym bilansie generowanych korzyści i niekorzyści pozwalają uznać, że nie wywołują szkody z punktu widzenia konkurencji. Określone typy porozumień, posiadające pewne cechy wspólne, zostały objęte wyłączeniem grupowym. Każdy typ wyłączeń grupowych jest uregulowany w odrębnym rozporządzeniu. Dotyczy to porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych²⁸⁴, porozumień w sektorze motoryzacyjnym²⁸⁵, o transferze technologii²⁸⁶, specjalizacyjnych²⁸⁷, badawczo-rozwojowych²⁸⁸, w zakresie konsultacji w sprawie taryf pasażerskich stosowanych w ramach rejsowych połączeń lotniczych oraz przydziału czasu na start lub lądowanie w portach lotniczych²⁸⁹, w sprawie wyłączeń w sektorze ubezpieczeń²⁹⁰.

Jeśli porozumienie spełnia warunki wyłączenia grupowego, korzysta z ochrony, jaka jest stosowana do porozumień w przypadku wyłączeń indywidualnych opartych na przepisie art. 101 ust. 3 TFUE. Jak już wcześniej wskazano, strony muszą same określić, czy zawarte porozumienie jest zgodne (lub nie) z art. 101 ust. 1 lub 101 ust. 3 TFUE. Komisja wydała w tym celu wytyczne dla stron, ale nie dają one całkowitej pewności co do zgodności porozumienia z ww. przepisami TFUE. Jednak jeśli treść porozumienia jest dostosowana do regulacji dotyczących wyłączeń grupowych w odniesieniu do porozumień wertykalnych, jest także zgodna z art. 101 TFUE. Regulacje dotyczące wyłączeń grupowych porozumień wertykalnych dają znaczącą wolność w zawieraniu kontraktów.

²⁸³ Zob. A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, 2008, s. 27–59.

²⁸⁴ Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 330/2010 z dnia 20.04.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. 2010, L 102/1.

²⁸⁵ Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 1400/2002 z dnia 31.07.2002 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE [101 ust. 3 TFUE] do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze motoryzacyjnym, Dz. Urz. 2002, L 203/30.

²⁸⁶ Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 773/2004 z dnia 7.04.2004 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu [101 ust. 3 TFUE] do kategorii porozumień o transferze technologii, Dz. Urz. 2004, L 123/11.

²⁸⁷ Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 1218/2010 z dnia 14.12.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych, Dz. Urz. 2010, L 335/43. Zastąpiło ono rozporządzenie Nr 2658/2000 z dnia 29.11.2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu (aktualnie art. 101 ust. 3 TFUE) do kategorii porozumień specjalizacyjnych, Dz. Urz. 2000, L 304/3.

²⁸⁸ Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 2659/2000 z dnia 29.11.2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o badaniach i rozwoju, Dz. Urz. 2000, L 304/7.

²⁸⁹ Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 1459/2006 z dnia 28.09.2006 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu wobec pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych w zakresie konsultacji w sprawie taryf pasażerskich stosowanych w ramach rejsowych połączeń lotniczych oraz przydziału czasu na start lub lądowanie w portach lotniczych, Dz. Urz. 2006, L 272/3.

²⁹⁰ Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 267/2010 z dnia 24.03.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym, Dz. Urz. 2010, L 83/1.

Oznacza to, że w praktyce najlepszą drogą dla planujących np. porozumienie w sprawie dystrybucji jest sprawdzić, czy jest ono zgodne ww. regulacjami. Strony porozumienia mogą podjąć decyzję o dostosowaniu jego warunków, aby zapewnić, że będzie ono zgodne z rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, i muszą oczywiście zapewnić, że porozumienie nie zawiera żadnych ograniczeń niedozwolonych przez rozporządzenie.

W ciągu ostatnich kilkunastu lat znacznie wzrosła liczba rozporządzeń w sprawie wyłączeń grupowych wdrożonych przez Radę lub Komisję. Rozrastanie się możliwości wyłączeń grupowych było poddane ostrej krytyce. Dlatego też wdrożono nowe podejście do regulacji w sprawie wyłączeń grupowych, stanowiące część reformy prawa konkurencji UE. Pierwszym krokiem było wdrożenie rozporządzenia 2790/99 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE (art. 101 ust. 3 TFUE) do porozumień wertykalnych i uzgodnionej praktyki²⁹¹, które weszło w życie 1 czerwca 2000 r., a następnie zostało zastąpione przez rozporządzenie nr 330/2010²⁹².

Komisja wyjaśniła, że reforma prawa konkurencji wzmacnia swobodę współpracy, w szczególności małych i średnich przedsiębiorstw, które nie posiadają znaczącej pozycji rynkowej, jak również łagodzi ograniczenia nakładane przez wcześniej obowiązujące regulacje w sprawie wyłączeń grupowych.

2.1. Nowy typ rozporządzeń o wyłączeniach grupowych

Nowe rozporządzenia o wyłączeniach są mniej sformalizowane. Zawierają one wyłącznie czarną listę – w przeciwieństwie do wcześniejszych regulacji, które zawierały białą listę dozwolonych i czarną listę zakazanych ograniczeń²⁹³. Ich materialnoprawny zakres został rozszerzony tak, że łatwo jest uzyskać zgodność z prawem UE i łatwo jest zawrzeć znaczną część porozumień. Komisja opracowała wytyczne i komunikaty odnośnie do zakresu ich stosowania. Z zakresu art. 101 ust. 1 TFUE w dużym stopniu zostały wyłączone małe i średnie przedsiębiorstwa, ponieważ określony został próg udziału w rynku wynoszący 30% w przypadku porozumień wertykalnych i 20% w odniesieniu do porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych. Niewątpliwie nowe mechanizmy sprzyjają współpracy Komisji i krajowych organów ochrony konkurencji oraz sądów krajowych.

²⁹¹ Rozporządzenie Nr 2790/99 z dnia 22.12.1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (art. 101 ust. 3 TFUE) do porozumień wertykalnych i uzgodnionej praktyki, Dz. Urz. 1999, L 336/21.

²⁹² Rozporządzenie Nr 330/2010, z dnia 20.04.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. 2010, L 102/1.

²⁹³ Zob. A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Prawo i Praktyka Gospodarcza 2005, s. 142 i n.

Komisja może cofnąć wyłączenie grupowe, jeśli uzna, że w konkretnym przypadku porozumienie, uzgodniona praktyka lub decyzja związku przedsiębiorstw powoduje skutki, które są sprzeczne z art. 101 ust. 3 TFUE. Podobnie krajowe organy ochrony konkurencji mogą cofnąć korzyści z wyłączenia grupowego, w sytuacji gdy takie porozumienie wywołuje skutki sprzeczne z warunkami określonymi w art. 101 ust. 3 TFUE na obszarze państwa członkowskiego lub jego części, która posiada wszystkie cechy rynku odrębnego.

Najbardziej istotne są: wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2010 r., wytyczne w sprawie stosowania art. 101 TFUE do porozumień w sprawie transferu technologii z 2004 r.²⁹⁴, rozporządzenie w sprawie porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych²⁹⁵.

Poniżej przedstawiono analizę wyłączenia grupowego na przykładzie porozumień wertykalnych i specjalizacyjnych.

2.2. Rozporządzenie Komisji Nr 330/2010 z 20.04.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE do porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych²⁹⁶

Rozporządzenie Komisji Nr 330/2010 zastąpiło rozporządzenie 2790/99 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE do kategorii porozumień wertykalnych i uzgodnionej praktyki²⁹⁷, które z kolei zastąpiło wcześniej obowiązujące rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych porozumień o wyłącznej dystrybucji, porozumień o wyłącznym zakupie i porozumień franczyzowych. Rozporządzenie 330/2010 weszło w życie 1 czerwca 2010 r. i będzie obowiązywało do 31 maja 2022 r. Ma ono zastosowanie do następujących przypadków:

Do wszystkich wertykalnych porozumień między niekonkurentami, gdzie dostawca dóbr lub usług ma udział w rynku właściwym mniejszy niż 30% a udział kupującego w rynku właściwym nie przekracza 30%.

²⁹⁴ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 TWE [art. 101 TFUE] do porozumień w sprawie transferu technologii Dz. Urz. 2004, C 101/2.

²⁹⁵ Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 1218/2010 z dnia 14.12.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych, Dz. Urz. 2010, L 335/43. Zastąpiło ono rozporządzenie Nr 2658/2000, z dnia 29.11.2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu (aktualnie art. 101 ust. 3 TFUE) do kategorii porozumień specjalizacyjnych, Dz. Urz. 2000, L 304/3.

²⁹⁶ Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 330/2010 z dnia 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych lub praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. 2010, L 102/1.

²⁹⁷ Rozporządzenie Nr 2790/99 z dnia 22.12.1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (art. 101 ust. 3 TFUE) do porozumień wertykalnych i uzgodnionej praktyki, Dz. Urz. 1999, L 336/21.

Do porozumień wertykalnych między zrzeszeniami przedsiębiorstw i ich członków lub między tymi stowarzyszeniami i ich dostawami jeśli:

- a) wszyscy członkowie zrzeszenia są sprzedawcami detalicznymi (sprzedają dobra lub usługi odbiorcom finalnym),
- b) obrót każdego z członków nie przekracza 50 mln euro.

Do porozumień wertykalnych niewzajemnych między konkurentami²⁹⁸, jeśli próg udziału w rynku nie przekracza 50 mln euro, ale tylko wówczas gdy:

- a) dostawca jest producentem i dystrybutorem dóbr, podczas gdy kupujący jest tylko dystrybutorem, a przedsiębiorstwa nie konkurują ze sobą na poziomie produkcji,
- b) dostawca dostarcza usługi na różnych poziomach handlu, podczas gdy kupujący nie dostarcza konkurencyjnych usług na tym samym poziomie, na którym nabywa usługi.

Do porozumień wertykalnych zawierających warunki odnoszące się do wykorzystania praw własności intelektualnej i które są w ramach progu udziału w rynku określone w pkt 1, gdzie spełnionych jest pięć warunków:

- a) warunki wykorzystania praw własności intelektualnej muszą być częścią porozumienia wertykalnego,
- b) warunki wykorzystania praw własności intelektualnej muszą być skierowane do kupującego lub licencja musi być udzielona kupującemu,
- c) warunki wykorzystania praw własności intelektualnej nie mogą stanowić głównego przedmiotu porozumienia,
- d) warunki wykorzystania praw własności intelektualnej muszą bezpośrednio odnosić się do wykorzystania, sprzedaży lub odsprzedaży dóbr przez kupujących lub ich klientów,
- e) warunki wykorzystania praw własności intelektualnej muszą zawierać ograniczenia konkurencji, mając te same cele co ograniczenia wertykalne, które nie podlegają wyłączeniu w świetle rozporządzenia.

Komisja wyraża pogląd, że porozumienia wertykalne nie wywierają negatywnego wpływu na konkurencję. Jednakże test udziału w rynku został wprowadzony, aby zapewnić, że strony porozumienia wertykalnego nie mają siły ekonomicznej, która budzi obawy, że porozumienie będzie wywoływało skutki antykonkurencyjne.

W świetle rozporządzenia 330/2010 do najpoważniejszych ograniczeń należą:

- utrzymywanie ceny odsprzedaży z wyjątkiem ustalania ceny maksymalnej lub rekomendowanej o ile nie stanowi ona w praktyce ceny minimalnej lub nie prowadzi do ustalania cen,

²⁹⁸ Pojęcie konkurenta zostało zdefiniowane w rozporządzeniu Nr 330/2010 w art. 1 ust. 1 lit. c.

- ograniczenia terytorialne,
- zapobieżenie lub ograniczenie aktywnej lub pasywnej sprzedaży użytkownikom profesjonalnym lub odbiorcom końcowym przez członków selektywnego systemu dystrybucji,
- wstrzymanie lub ograniczenie wzajemnych dostaw między dystrybutorami w ramach selektywnego systemu dystrybucji,
- ograniczenie (zaakceptowane przez dostawców części zapasowych i kupujących, którzy je przejmują i odsprzedają) sprzedaży części zapasowych niezależnym usługodawcom.

Powyższe ograniczenia były już wymienione w art. 4 rozporządzenia 2790/99. Zawarcie któregośkolwiek z nich skutkuje wykluczeniem możliwości wyłączenia blokowego.

Art. 5 rozporządzenia 330/2010 zawiera klauzule niekonkurowania, które – choć zakazane – są zawierane w porozumieniach. Oznacza to, że takie klauzule będą nieuzasadnione, gdy reszta porozumienia może zostać objęta wyłączeniem grupowym. Niedozwolone są:

- jakiegokolwiek bezpośredni lub pośredni zakaz konkurowania, którego czas trwania jest nieokreślony lub przekracza pięć lat;
- jakiegokolwiek bezpośrednio lub pośrednio zobowiązanie skutkujące zakazem wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży przez nabywcę towarów lub usług po zakończeniu obowiązywania porozumienia, o ile czas trwania zobowiązania do niekonkurowania nie przekracza pięciu lat;
- jakiegokolwiek bezpośrednio lub pośrednio zobowiązanie skutkujące zakazem sprzedaży produktów niektórych konkurentów dostawcy przez dystrybutorów działających w systemie dystrybucji selektywnej.

Wyłączenie ma zastosowanie, pod warunkiem że udział dostawcy nie przekracza 30% rynku właściwego, na którym sprzedaje on towary lub usługi objęte porozumieniem, a udział nabywcy nie przekracza 30% rynku właściwego, na którym nabywa on produkty lub usługi objęte porozumieniem (art. 3 rozporządzenia 330/2010).

2.3. Wyłączenia grupowe porozumień specjalizacyjnych

1 stycznia 2011 r. weszło w życie nowe rozporządzenie KE w sprawie wyłączeń grupowych porozumień specjalizacyjnych²⁹⁹, zgodnie z którym określone porozumienia

²⁹⁹ Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 1218/2010 z dnia 14.12.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych, Dz. Urz. 2010, L 335/43. Zastąpiło ono rozporządzenie Nr 2658/2000 z dnia 29.11.2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu (aktualnie art. 101 ust. 3 TFUE) do kategorii porozumień specjalizacyjnych, Dz. Urz. 2000, L 304/3.

w zakresie współpracy horyzontalnej między przedsiębiorcami są wyłączone z zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE i tym samym są dozwolone.

Rozporządzenie to definiuje grupy porozumień, które mogą stanowić naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE, ale spełniają przesłanki określone w art. 101 ust. 3 TFUE, o ile łączny udział stron porozumienia w rynku nie przekracza 20% i nie podjęły one żadnych ustaleń mogących zakłócić konkurencję.

W świetle przepisów rozporządzenia do porozumień specjalizacyjnych należą: porozumienia w sprawie jednostronnej lub wzajemnej specjalizacji między przedsiębiorcami i porozumienia w sprawie częściowej rezygnacji z produkcji.

Jednostronna specjalizacja, zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. b) istnieje wówczas, gdy strona porozumienia w stosunku do innej, obecnej na tym samym rynku produktowym³⁰⁰ zobowiązuje się wstrzymać produkcję określonych wyrobów w całości lub w części, ewentualnie zrezygnować z ich produkcji i zaopatrywać się u innej ze stron. Druga strona natomiast zobowiązuje się do produkcji i dostawy tych produktów. Jednostronna specjalizacja odpowiada zwykle szeroko pojętemu outsourcingowi.

W ramach wzajemnej specjalizacji w świetle art. 1 ust. 1 lit. c) rozporządzenia dwie strony lub więcej zobowiązują się na tym samym rynku produktowym wstrzymać lub zrezygnować z produkcji określonych, ale różnych produktów i całkowicie lub częściowo zaopatrywać się w odpowiednie produkty u pozostałych stron, które zobowiązują się je produkować i dostarczać.

Porozumienie w sprawie wspólnej produkcji ma miejsce wówczas, w świetle art. 1 ust. 1 lit. d) rozporządzenia, gdy dwóch lub więcej przedsiębiorców zobowiązuje się wspólnie wytwarzać określone wyroby.

W świetle nowych przepisów wymagane jest prowadzenie działalności na tym samym rynku produktowym. Oznacza to, że przepisy rozporządzenia specjalizacyjnego nie mają zastosowania, jeśli strony porozumienia w sprawie jednostronnej lub wzajemnej specjalizacji prowadzą działalność gospodarczą na różnych rynkach właściwych produktowo. Jednakże strony porozumienia mogą być obecne na różnych rynkach geograficznych. Zasada ta obowiązuje także w stosunku do porozumień w sprawie wspólnej produkcji, które wchodzą w zakres rozporządzenia specjalizacyjnego w zależności od tego, czy strony są obecne na tym samym rynku produktowym, przy czym wystarczające jest, że strony porozumienia chcą wejść na taki rynek.

³⁰⁰ W świetle poprzedniego rozporządzenia istniały wątpliwości odnośnie do tego, czy wyłączenie dotyczące jednostronnej specjalizacji może być zastosowane w przypadku, gdy porozumienie jest zawierane między kilkoma przedsiębiorcami. Aktualnie obowiązujące przepisy wyjaśniają wcześniejsze wątpliwości i wyraźnie stanowią, że dotyczy to tylko porozumień zawartych między dwoma przedsiębiorcami (inaczej niż przy wzajemnej specjalizacji i wspólnej produkcji).

Jednostronne i wzajemne porozumienia specjalizacyjne mogą w świetle rozporządzenia zostać wyłączone z zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE, także jeśli strona (lub strony) zobowiąże się tylko częściowo ograniczyć poziom produkcji³⁰¹. Oprócz porozumień, rozporządzenie odrębnie kwalifikuje dodatkowe ustalenia, które także mogą podlegać wyłączeniu.

a) Dodatkowe ustalenia w rozumieniu rozporządzenia

Podczas gdy wcześniejsze regulacje wprowadziły zasadę, że wyłączenie obejmowało także dodatkowe ustalenia w ramach porozumień specjalizacyjnych, taka ogólna zasada nie została powtórzona w nowym rozporządzeniu. Aktualnie nie jest jasne, czy tylko wyraźnie wymienione w art. 2 ust. 2 rozporządzenia dodatkowe ustalenia w porozumieniach specjalizacyjnych powinny być wyłączone. Wydaje się, iż można zakładać, że wyłączenie będzie obejmowało wszystkie klauzule, które są bezpośrednio związane z wdrożeniem porozumienia i dla niego niezbędne.

W świetle art. 2 ust. 3 rozporządzenia 1218/2010, podobnie jak w nieobowiązującym już rozporządzeniu 2658/2000, strony porozumienia specjalizacyjnego mogą zawierać zobowiązania wyłącznego zakupu i wyłącznej dostawy oraz wspólnej dystrybucji, w ramach której dozwolone jest wspólne ustalanie cen dla bezpośrednich odbiorców. W odróżnieniu od wcześniejszych regulacji rozporządzenie 1218/2010 zawiera wymóg rozprowadzania przez strony porozumienia określonych produktów w ramach wspólnego zespołu, wspólnej organizacji lub wspólnego przedsiębiorstwa. Strony mogą także prowadzić wspólną sprzedaż poprzez dystrybutora, który nie jest ich konkurentem (ani rzeczywistym, ani potencjalnym).

b) Definicja potencjalnej konkurencji

Rozporządzenie specjalizacyjne definiuje pojęcie „potencjalna konkurencja”, w którego świetle potencjalnym konkurentem jest przedsiębiorstwo skłonne wejść na rynek w okresie najbliższych trzech lat, o ile nie zostanie zawarte porozumienie specjalizacyjne³⁰². Pojęcie potencjalnej konkurencji obejmuje tutaj tylko te przedsiębiorstwa, które realnie są zdolne podjąć dodatkowe inwestycje lub ponieść inne koszty wejścia na rynek właściwy w okresie trzech lat w odpowiedzi na niewielki, ale trwały wzrost cen.

Wprowadzenie nowej definicji potencjalnej konkurencji w rozporządzeniu o porozumieniach specjalizacyjnych jest zaskakujące, ponieważ jego zastosowanie nie zależy od tego, czy strony są konkurentami, ale od tego, czy są obecne na tym samym rynku produktowym.

³⁰¹ Preambuła rozporządzenia Nr 1218/2010, *op. cit.*, pkt 7.

³⁰² Rozporządzenie Nr 1218/2010, *op. cit.*, art. 1 ust. 1 lit. n.

c) Istotne ograniczenia

Wyłączenie w świetle art. 2 rozporządzenia nie ma zastosowania w przypadku istotnych ograniczeń wymienionych w art. 4 rozporządzenia. Oznacza to, że wyłączenie w świetle art. 2 rozporządzenia nie obejmuje wszystkich porozumień specjalizacyjnych. Istotne ograniczenia w świetle art. 101 ust. 2 TFUE są nieważne, ponieważ naruszają art. 101 ust. 1 i z reguły także uniemożliwiają wyłączenie indywidualne na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE.

Lista istotnych ograniczeń zawarta w art. 4 rozporządzenia obejmuje ciężkie przypadki i należące do nich wyjątki. Istotne ograniczenia określone w art. 4 rozporządzenia odpowiadają tym, które były wymienione w art. 5 ust. 1 rozporządzenia 2658/2000. Jednakże nowe rozporządzenie zawiera z pewnymi wyjątkami kilka różnic w stosunku do wcześniejszych regulacji. Dotyczą one zakazanych ograniczeń, określonych w art. 4 lit. a) i b) rozporządzenia, do których należą:

- a) ustalanie cen,
- b) ograniczenia produkcji i zbytu,
- c) podział rynku lub grup klientów.

Zgodnie z art. 4 lit. a) rozporządzenia 1218/2010 wyłączenie z art. 2 nie ma zastosowania do porozumień, które mają na celu ustalanie cen sprzedaży. Zdaniem Komisji porozumienia cenowe z reguły naruszają konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE. W przypadku porozumień specjalizacyjnych, które obejmują wspólny zbyt wytworzonych produktów, art. 4 lit. a) rozporządzenia zawiera wyjątek od zakazu porozumień cenowych. Zgodnie z nim strony w ramach wspólnej produkcji mogą ustalać ceny sprzedaży dla bezpośrednich odbiorców bez względu na to, czy porozumienie dotyczy jednostronnej czy wzajemnej specjalizacji lub czy chodzi o wspólną produkcję³⁰³.

Wyłączenie w świetle art. 4 lit. b) rozporządzenia specjalizacyjnego nie dotyczy porozumień mających na celu ograniczenie produkcji lub zbytu. Dozwolone są jednak porozumienie w zakresie wielkości produkcji w ramach jednostronnej lub wzajemnej specjalizacji oraz ustalanie jej poziomu w porozumieniach w sprawie wspólnej produkcji. Oprócz tego strony mogą w ramach wspólnej sprzedaży, niezależnie od rodzaju porozumienia specjalizacyjnego, ustalać ceny zbytu.

W przypadku wzajemnej specjalizacji uprzywilejowane jest także częściowe ograniczenie produkcji określonych wyrobów (art. 1 ust. 1 lit. b i c rozporządzenia). Jest to istotna zmiana sprzyjająca specjalizacji i tym samym poprawie efektywności produkcji.

³⁰³ W poprzednim rozporządzeniu Nr 2658/2000 ustalanie cen i wielkości produkcji było dopuszczalne tylko w ramach porozumień o wspólnej produkcji z wyłączeniem wspólnej sprzedaży i w ramach wspólnego zakładu produkcji.

d) Progi udziału w rynku

W świetle art. 3 rozporządzenia wyłączenie przewidziane w art. 2 może nastąpić tylko wtedy, gdy wspólne udziały stron w rynku na każdym rynku właściwym wynoszą nie więcej niż 20%. Udział w rynku będzie ustalony przede wszystkim na podstawie wartości sprzedaży w poprzednim roku kalendarzowym, przy czym uwzględnia się tutaj także obrót stron i przedsiębiorstw powiązanych w rozumieniu art. 1 ust. 2 rozporządzenia.

W praktyce istotne znaczenie ma dopełnienie przez Komisję definicji rynku właściwego w art. 1 ust. 1 lit. i) rozporządzenia, w którym został wprowadzony drugi próg udziału w rynku. Dla porozumień specjalizacyjnych dotyczących półproduktów, które będą wykorzystywane do dalszej produkcji przynajmniej przez jedną stronę, przesłanki wyłączenia zostaną spełnione, jeśli próg udziału w rynku nie przekroczy 20%. Proóg ten jest stosowany nie tylko na rynku półproduktów, ale także na rynku produktów finalnych (art. 1 ust. 1 lit. i rozporządzenia specjalizacyjnego). Wyłączenie nie ma zastosowania, jeśli wspólny udział w rynku półproduktu wynosi poniżej 20%, ale udział końcowego produktu jest wyższy. Powyżej tego progu istnieje domniemanie niebezpieczeństwa zamknięcia rynku półproduktów³⁰⁴. Rozporządzenie opiera się na domniemaniu, że przy poziomie niższym niż 20% nie będą występowały takie przypadki, ponieważ odbiorcy półproduktów będą mieli możliwość alternatywnego zaopatrzenia się. Wyłączenie w świetle art. 2 ust. 1 rozporządzenia obowiązuje zasadniczo dopóty, dopóki nie zostanie przekroczony 20% udział w rynku. Przy późniejszym przekroczeniu progu udziału w rynku może ono obowiązywać jeszcze przez pewien czas³⁰⁵.

W świetle art. 2 rozporządzenia z zakazu zawartego w art. 101 ust. 1 TFUE wyłączone są porozumienia między przedsiębiorstwami w sprawie jednostronnej lub wzajemnej specjalizacji oraz wspólnej produkcji (porozumienia specjalizacyjne)³⁰⁶. Komisja Europejska wychodzi przy tym z założenia, że pozytywne efekty porozumień specjalizacyjnych przewyżniają negatywne skutki dopóty, dopóki nie zostanie osiągnięty pewien stopień siły rynkowej. Postrzega ona porozumienia specjalizacyjne jako szansę na poprawę efektywności, o ile strony wnoszą komplementarne umiejętności, aktywa lub prowadzą komplementarną działalność gospodarczą³⁰⁷.

Jeśli nastąpi ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, w celu uzyskania wyłączenia na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE przedsiębiorstwa muszą udowodnić, że zawarte porozumienie wywołuje pozytywne skutki w sferze konkurencji, przewyżniające skutki negatywne. W praktyce strony muszą więc zbadać możliwości

³⁰⁴ Zob. preambuła rozporządzenia Nr 1218/2010, *op. cit.*, pkt 10.

³⁰⁵ Rozporządzenie Nr 1218/2010, *op. cit.*, art. 5 lit. d, e, f.

³⁰⁶ Rozporządzenie Nr 1218/2010, *op. cit.*, art. 1 ust. 1 lit. a.

³⁰⁷ Preambuła rozporządzenia Nr 1218/2010, *op. cit.*, pkt 6 i 10.

wyłaczenia w świetle rozporządzenia specjalizacyjnego i ewentualnie bliżej zbadać możliwość indywidualnego wyłączenia w świetle art. 101 ust. 3 TFUE. Jeśli określone porozumienie nie podlega wyłączeniu w świetle art. 2 rozporządzenia, możliwe jest zastosowanie wyłączenia indywidualnego w świetle art. 101 ust. 3 TFUE, chyba że porozumienie skutkuje istotnym ograniczeniem konkurencji lub został przekroczony dwudziestoprocentowy próg udziału w rynku. W świetle art. 2 rozporządzenia 1/2003 ciężar dowodu spoczywa na przedsiębiorstwie, które powołuje się na możliwość wyłączenia w świetle art. 101 ust. 3 TFUE. W ramach porozumień specjalizacyjnych nie tracą ważności omówione już wcześniej kryteria określone w art. 101 ust. 3 TFUE.

Jeśli porozumienie w konkretnym przypadku wchodzi w zakres art. 2 rozporządzenia, ale wywołuje skutki, które uniemożliwiają spełnienie przesłanek określonych w art. 101 ust. 3 TFUE, Komisja może z urzędu cofnąć wyłączenie zgodnie z art. 29 ust. 1 rozporządzenia 1/2003. W świetle art. 29 ust. 2 rozporządzenia 1/2003³⁰⁸ właściwe organy ochrony konkurencji państw członkowskich również mogą cofnąć wyłączenie na obszarze państwa członkowskiego lub na jego części, jeśli w konkretnym przypadku zostanie stwierdzone, że rynek, którego dotyczy porozumienie wchodzące w zakres art. 2 rozporządzenia specjalizacyjnego, na obszarze tego państwa lub na jego części, wykazuje wszystkie cechy rynku odrębnego i wywołuje skutki sprzeczne z art. 101 ust. 3 TFUE.

Konkludując, można stwierdzić, że nowe rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych porozumień specjalizacyjnych z wyjątkiem pewnych ograniczeń (chodzi tu głównie o drugi próg udziału w rynku, wynoszący do 20% na rynkach będących następnym ogniwem łańcucha produkcji przy wytwarzaniu półproduktów), zwiększa możliwości kooperacji przedsiębiorców. Przewiduje ono możliwość wspólnej sprzedaży wspólnych produktów przy jednostronnej lub wzajemnej specjalizacji, wprowadza możliwość wyłączenia porozumień specjalizacyjnych przy częściowej rezygnacji z produkcji i ustalania cen zbytu w ramach wspólnej sprzedaży, niezależnie od rodzaju porozumienia specjalizacyjnego.

³⁰⁸ Rozporządzenie Rady WE Nr 1/2003 z dnia 16.12.2002 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. 2003, L 1/1.

Stosowanie prawa konkurencji przez Komisję Europejską

1. Rola Komisji Europejskiej w egzekwowaniu przepisów prawa konkurencji

Materialne reguły prawa konkurencji UE są powiązane ze skutecznym systemem ich stosowania i reżimem proceduralnym. Taki reżim powinien powstrzymać ewentualne naruszenia, uwypuklić szanse ich wykrycia i przynosić korzyści dla gospodarki związane z istnieniem sprawnego, konkurencyjnego rynku. W procesie egzekwowania prawa konkurencji potrzebny jest silny nacisk na wykrywanie naruszeń prawa konkurencji, ponieważ wiele naruszeń prawa konkurencji jest celowo utajnianych (np. kartele) i może być trudnych do wykrycia.

Wdrożenie przepisów materialnego prawa konkurencji było niewystarczające, aby zapewnić skuteczną konkurencję. Potrzebne są mechanizmy jego stosowania i egzekwowania. Organem, któremu powierzono odpowiedzialność za egzekwowanie prawa konkurencji w UE, jest Komisja Europejska³⁰⁹. Szerokie kompetencje w zakresie ochrony konkurencji zostały jej przyznane w latach 60. XX w. Już wówczas miała ona prawo do nakładania kar na przedsiębiorstwa niezależnie od interesów narodowych państw członkowskich. Prace KE wspiera TSUE, którego orzecznictwo wywarło ogromny wpływ na wiele decyzji i pozwoliło poszerzyć zakres środków przymusu w zakresie prawa konkurencji. Trybunał dołożył także starań, aby procedury Komisji były zgodne z prawami podstawowymi, chociaż istnieją pewne wątpliwości, czy są one całkowicie zgodne z Europejską Konwencją o Ochronie Praw Człowieka (EKPCz)³¹⁰. Procedury Komisji są często krytykowane, choć negatywne opinie mają raczej naturę polityczną.

Istotnym problemem podkreślanym w literaturze przedmiotu jest wielofunkcyjność KE. Pełni ona bowiem funkcje policyjne, prokuratorskie i sądowe. Komisja gromadzi materiał dowodowy, przyjmuje zeznania i wydaje oświadczenia w przedmiocie zarzutów skierowanych wobec przedsiębiorstw podejrzanych o naruszenie prawa konkurencji.

³⁰⁹ Zob. T. Skoczny, *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie – wnioski dla Polski*, RPEiS 2011, Z. 2, s. 80 i n.

³¹⁰ A. Riley, *The ECHR Implications of the Investigation Provisions of the Draft Competition Regulation*, ICLQ 2002, Nr 51, s. 55.

Przesłuchania stron przeprowadza członek Komisji, a członkowie Dyrekcji ds. Konkurencji przedstawiają sprawę i przygotowują projekt decyzji, który następnie jest przedkładany Kolegium Komisarzy. To rodzi pytanie, czy cała procedura nie narusza prawa strony oskarżonej w świetle art. 6 EKPCz. Wątpliwości budzi zwłaszcza procedura przesłuchań, które powinny mieć miejsce przed bezstronnym Trybunałem. TSUE zauważył jednak, że art. 6 EKPCz ma zastosowanie tylko do spraw kryminalnych, a sprawy z zakresu konkurencji do takich nie należą, co potwierdza art. 23 ust. 5 rozporządzenia 1/2003³¹¹. Dlatego KE jest upoważniona do czynności dochodzeniowych i jednocześnie do podejmowania decyzji. W celu łatwiejszego egzekwowania prawa konkurencji UE w 2004 r. przeprowadzono reformę, w której wyniku zdecentralizowano wiele jego obszarów³¹².

Koncentracja środków przymusu w rękach Komisji miała pewne zalety: jeden organ regulacyjny, jednakowe podejście do konkurencji (mimo że mogą być stosowane bardziej restrykcyjne krajowe systemy prawa ochrony konkurencji)³¹³. Jednak wadą tego systemu było to, że ograniczone środki, jakie posiadała Komisja, były niewystarczające, aby poradzić sobie ze wszystkimi kierowanymi do niej sprawami. Głównym problemem było też znaczne obciążenie Komisji, związane z materialnym i proceduralnym stosowaniem art. 101 TFUE. Pierwsze rozporządzenie dotyczące egzekwowania prawa konkurencji (nr 17/62) było przygotowane w okresie, gdy Wspólnoty Europejskie liczyły tylko 6 członków. Wraz z rozwojem i poszerzeniem UE powstała konieczność modernizacji istniejących procedur. Dlatego też w celu łatwiejszego egzekwowania prawa konkurencji UE przygotowano reformę, która umożliwiła Komisji zajęcie się wieloma ważnymi kwestiami z szerszej perspektywy.

W wyniku reformy zniesiono obowiązek notyfikacji porozumień. Zgodnie z art. 1 ust. 1. rozporządzenia 1/2003 porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione, o których mowa w art. 101 ust. 1 TFUE niespełniające warunków określonych w art. 101 ust. 3 TFUE, są zakazane bez konieczności podejmowania w tym celu uprzedniej decyzji. Natomiast art. 1 ust. 2 wskazuje, iż porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione, o których mowa w art. 101 ust. 1 TFUE spełniające warunki przewidziane w art. 101 ust. 3 TFUE, nie są zakazane bez konieczności podejmowania w tym celu uprzedniej decyzji. Art. 101 ust. 3 TFUE stosowany jest automatycznie i Komisja ani żaden inny organ nie wydają decyzji w sprawie. Zastosowanie art. 101 ust. 3 TFUE nie wymaga też zgłoszenia do Komisji.

³¹¹ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 1/2003 z dnia 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 81 Traktatu, Dz. U. 2003, L 1/1; M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Scholar 2013, s. 24–26, 149 i n.

³¹² Na temat modeli egzekwowania prawa konkurencji zob. T. Skoczny, *Instytucjonalne modele...*, s. 77 i n.

³¹³ Na temat problemów związanych z takim rozwiązaniem zob. R. Wessling, *Subsidiarity in Community competition Law over National Law*, ELRev 1997, Nr 22, s. 19.

Art. 1 rozporządzenia 1/2003 zrodził poważne zmiany w dotychczasowym systemie. Przedsiębiorstwa, które z wyprzedzeniem występowały do Komisji z wnioskiem o zwolnienie z zakazu i oczekiwały na odpowiedź, teraz muszą same decydować, czy zawierane porozumienie nie narusza prawa konkurencji. Oznacza to zmianę z polityki *ex ante*, opierającej się na systemie notyfikacji, na politykę *ex post* mającą na celu ograniczenie liczby zawieranych porozumień naruszających reguły konkurencji. Zniesienie obowiązku notyfikacji porozumienia wiąże się z ograniczeniem liczby spraw wpływających do Komisji. W rezultacie może się ona bardziej skoncentrować na przypadkach poważnych naruszeń reguł konkurencji.

Jedną z przesłanek reformy było właśnie wymuszenie na krajowych organach ochrony konkurencji, aby egzekwowały przepisy europejskiego prawa konkurencji. Z tego względu zdecentralizowano system prawa konkurencji UE.

Komisja nie musi już analizować każdego porozumienia, które jest jej zgłaszane. Może teraz wyznaczyć swój własny porządek w środowisku prawnym, gdzie większość środków prawnych z zakresu konkurencji jest realizowana przez organy ochrony konkurencji państw członkowskich. Do Komisji natomiast należy wzmocnienie nadzoru nad tajnymi kartelami o zasięgu międzynarodowym oraz koncentracja na tych gałęziach przemysłu, w których kilka firm utrzymuje siłę rynkową. Jest to bardzo istotne, ponieważ w przeszłości Komisja była krytykowana za zbyt duże poświęcanie uwagi nieszkodliwym porozumieniom, które były jej notyfikowane. Obecnie może bezpośrednio stosować środki prawne, zgodnie z teorią ekonomii, i skupić się bardziej na przypadkach poważniejszych naruszeń³¹⁴. Ponadto do zadań Komisji należy też formułowanie wskazówek w nowych sprawach, aby ułatwić pracę krajowym organom antymonopolowym (tj. niewiążące zawiadomienia i wytyczne przedstawiające jej podejście do pewnych problemów). Te instrumenty są bardzo istotne dla przedsiębiorstw, gdyż nie mają one możliwości notyfikowania porozumienia, aby uzyskać zwolnienie i żądać tyle informacji, ile jest tylko możliwe do ustalenia, czy planowane przedsięwzięcie jest zgodne z prawem. Do zadań Komisji należy również koordynacja sieci narodowych organów ochrony konkurencji (NCN – *National Competition Network*).

Harmonizacja sankcji stosowanych przez krajowe organy państw członkowskich należące do sieci organów ochrony konkurencji gwarantuje efektywne egzekwowanie prawa konkurencji. Skuteczne działanie sieci 28 organów i Komisji wymaga sprawnej koordynacji. Sieć nie jest organem ochrony konkurencji, ale stanowi forum współpracy, którego głównym zadaniem jest koordynacja środków prawnych, co zapewnia efektywną alokację spraw wewnątrz sieci i pozwala rozwinąć mechanizmy kooperacji pod-

³¹⁴ M. Monti, *European Competition Policy: Quo Vadis?*, referat wygłoszony 10.04.2003, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-03-195_en.htm [dostęp 15.03.2013].

czas śledztwa, umożliwiając jednocześnie konsekwentne stosowanie narzędzi ochrony konkurencji.

2. Kooperacja między krajowymi organami ochrony konkurencji państw członkowskich i sądami

2.1. Kompetencje organów konkurencji państw członkowskich

Art. 5 rozporządzenia 1/2003 stanowi, że organy ochrony konkurencji państwa członkowskiego mają kompetencje do stosowania art. 101 i 102 TFUE w indywidualnych sprawach. Oznacza to, że mogą one podejmować następujące decyzje: żądać zaprzestania naruszenia, zastosować środki tymczasowe, zaakceptować zobowiązania, nakładać kary.

Jak już wyżej wspomniano, organy ochrony konkurencji państw członkowskich muszą przestrzegać zasady pierwszeństwa prawa europejskiego. Ponadto nie mogą one opierać się na prawie krajowym, nawet jeśli prowadziłyby to do takich samych rezultatów w określonych okolicznościach.

2.2. Współpraca Komisji z sądami krajowymi

Reguły konkurencji zawarte w art. 101 i 102 TFUE mają skutek bezpośredni. Sądy państw członkowskich posiadają kompetencje w świetle art. 6 rozporządzenia 1/2003 do stosowania art. 101 i 102 TFUE. Komisja próbuje wspomagać sądy krajowe. Jednak w przeciwieństwie do Europejskiej Sieci Ochrony Konkurencji nie jest możliwe przydzielenie sporów sądowych najbardziej odpowiedniemu sądowi w drodze negocjacji. Dlatego strony kartelu mogą zostać pozwane o odszkodowanie w wielu sądach jednocześnie. Współpraca pomiędzy Komisją i sądem krajowym ma dwa wymiary: z jednej strony chodzi o unikanie konfliktu pomiędzy decyzjami Komisji i orzeczeniami sądów krajowych, a z drugiej o zapewnienie pomocy sądom krajowym. Art. 16 rozporządzenia 1/2003 ma zapewnić spójność decyzji Komisji i orzecznictwa sądów krajowych. W świetle tego przepisu sądy krajowe orzekające w sprawach o naruszenie art. 101 lub 102 TFUE, które są przedmiotem decyzji Komisji, nie mogą wydawać decyzji sprzecznych z jej rozstrzygnięciem. Ponadto sądy muszą unikać wydawania decyzji pozostających w sprzeczności z decyzją, którą ma zamiar podjąć Komisja, jeżeli zostało już przez nią wszczęte postępowanie.

To zapewnia spójność i konsekwencję w sprawach, w których właściwa jest zarówno Komisja, jak i sądy krajowe. W takich przypadkach zaleca się, aby Komisja pierwsza podjęła decyzję, przy czym sprawy zawisłe przed sądami krajowymi Komisja traktuje priorytetowo. To zapewnia także spójność pomiędzy decyzjami Komisji podję-

tymi w przeszłości a przyszłymi rozstrzygnięciami sądów³¹⁵, ale nie wyklucza różnic pomiędzy systemami prawnymi w przypadku, gdy stosowane są inne procedury lub gdy przepisy prawa są mało przejrzyste.

W sporze sądowym strony muszą udowodnić naruszenie prawa konkurencji (lub jego brak). Komisja natomiast ma obowiązek współpracy z sądem krajowym, aby zapewnić przestrzeganie prawa europejskiego³¹⁶. Art. 15 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 pozwala sądowi uzyskać informacje od Komisji. Sąd może otrzymać informację, czy Komisja prowadzi dochodzenie w sprawie, albo też uzyskać dane o rynku właściwym, które może posiadać Komisja w związku z wcześniej prowadzonym postępowaniem. Taka informacja może być udostępniona przez Komisję, pod warunkiem że sąd krajowy zagwarantuje ochronę tajemnicy handlowej i poufności danych zawartych w dokumentach³¹⁷. Ponadto sąd może prosić o opinię Komisji w sprawach natury prawnej lub ekonomicznej, przy czym Komisja nie wyraża swoich poglądów co do merytorycznych rozstrzygnięć³¹⁸. Aby zapewnić spójność stosowania art. 101 (i art. 102) TFUE, niezbędna jest koordynacja i kooperacja między krajowymi organami ochrony konkurencji państw członkowskich i sądami. Skuteczność przepisów zawartych w rozporządzeniu 1/2003 zależy m.in. od ścisłej kooperacji organów krajowych i instytucji UE.

2.3. Podział spraw

Rozporządzenie 1/2003 przewiduje, że każda sprawa powinna być rozpatrywana przez odrębny organ, ale szczegóły implementacji zostały pozostawione instrumentom prawa miękkiego określającym szczegóły przydzielania spraw³¹⁹. Rozporządzenie przewiduje trzy alternatywne rozwiązania: rozpatrywanie sprawy przez jeden z podmiotów narodowej sieci organów konkurencji, kilka organów jednocześnie lub Komisję. Wytyczne Komisji wskazują, że postępowanie w sprawie powinien prowadzić organ, któremu przedkładana jest skarga, który wszczyna postępowanie z urzędu lub prowadzi dalsze postępowanie w sprawie. Możliwe jest także przekazanie sprawy innemu organowi, ale tylko w chwili rozpoczęcia postępowania, jeżeli dany organ stwierdzi, że nie jest organem właściwym w sprawie lub inne organy uznają, iż leży ona w obszarze ich właściwości. Jeżeli przydzielenie danej sprawy innemu organowi okaże się niezbędne dla efektywnej ochrony konkurencji i interesów UE, członkowie sieci podejmą próbę

³¹⁵ Orzeczenie w sprawie C-344/98 *Mastefoods przeciwko HB Ice Carem*, Zb. Orz. 2000, s. I-11369.

³¹⁶ Orzeczenie w sprawie C-234/89 *Delimitis przeciwko Henninger Bräu*, Zb. Orz 1991, s. I-955, pkt 53.

³¹⁷ Wytyczne Komisji w sprawie współpracy Komisji i sądów krajowych w państwach członkowskich UE w zakresie stosowania art. 81 i 82 TWE, Dz. Urz. 2004, C 101/54, pkt 25.

³¹⁸ *Ibidem*, pkt 29.

³¹⁹ Rozporządzenie Nr 1/1003, pkt 18 Preambuły.

przydzielenia sprawy właściwemu organowi. Ewentualne zmiany nie powinny wstrzymywać prowadzonego dochodzenia. Organ jest właściwy do rozpatrzenia sprawy, jeżeli spełnione są następujące warunki:

– porozumienie lub praktyka wywiera aktualnie lub potencjalnie bezpośrednie skutki w sferze konkurencji na obszarze, na którym naruszenie konkurencji jest ścigane przez krajowe organy ochrony konkurencji,

– organ może skutecznie wyeliminować naruszenie, tj. może wydać nakaz prowadzenia określonej działalności, co będzie środkiem wystarczającym, oraz tam, gdzie jest to możliwe, może zastosować odpowiednie sankcje,

– może zgromadzić sam lub przy pomocy innych organów dowody pozwalające wykazać naruszenie.

Oznacza to, że musi istnieć związek pomiędzy określonym naruszeniem a terytorium danego państwa członkowskiego, aby organ ochrony konkurencji tego państwa mógł zostać uznany za właściwy w sprawie. Organa te muszą dysponować środkami umożliwiającymi skuteczne wyeliminowanie naruszenia poprzez samodzielne lub jednoczesne podjęcie działań, o ile Komisja nie posiada szerszych uprawnień do ich podjęcia. Krajowy organ ochrony konkurencji jest właściwy do wszczęcia postępowania w sprawie porozumień lub praktyk wywierających istotny wpływ na konkurencję na jego terytorium. W przypadku gdy uprawnienia do podjęcia działań zmierzających do wyeliminowania naruszenia reguł konkurencji posiadają organy kilku państw, wystarczy, jeżeli działania podejmie tylko jeden z nich, jeżeli będą one skuteczne. Podjęcie działań przez organy kilku państw jednocześnie jest uzasadnione, wówczas gdy nieuczciwe praktyki są prowadzone w tych krajach, a podjęcie działań w jednym z nich nie byłoby rozwiązaniem wystarczającym, aby położyć kres uchybieniu. Organy rozpatrujące sprawę mogą prowadzić postępowanie równoległe, co może powodować brak transparentności z jednej strony i dublowanie z drugiej. Dlatego też w wytycznych Komisji³²⁰ przewidziano możliwość wyłonienia jednego z nich jako organu wiodącego, któremu powierzone będą czynności koordynacyjne i informacyjne w sprawach dochodzeniowych. Natomiast w przypadku, gdy kilka porozumień lub praktyk wywiera wpływ na konkurencję w więcej niż trzech krajach członkowskich lub na rynkach międzynarodowych obejmujących więcej niż trzy państwa członkowskie, lub na kilku rynkach krajowych, organem właściwym w sprawie jest Komisja. Te wskazówki Komisji odchodzą nieco od założeń rozporządzenia 1/2003, ponieważ przewidują możliwość prowadzenia równoległego dochodzenia przez kilka organów z różnych państw członkowskich, co rodzi ryzyko niekonsekwencji działania w ramach sieci narodowych organów ochrony konkurencji.

³²⁰ Wytyczne Komisji w sprawie współpracy Komisji i sądów krajowych w państwach członkowskich UE, *op. cit.*

Art. 11 ust. 1 rozporządzenia wskazuje, że organy ochrony konkurencji i KE powinny stosować reguły konkurencji w ścisłej współpracy, gdyż tworzą one razem Europejską Sieć Konkurencji (ESK). Współpraca między narodowymi organami ochrony konkurencji jest konieczna już przed rozpoczęciem dochodzenia, m.in. aby określić, który z organów będzie prowadził sprawę i czy inne organy mogą brać udział w śledztwie. W świetle art. 11 ust. 3 rozporządzenia 1/2003 organy ochrony konkurencji państw członkowskich, w przypadku gdy działają na mocy art. 101 (lub 102) TFUE, informują pisemnie Komisję o wszczęciu pierwszych działań dochodzeniowych. Informacja ta może być również udostępniona organom ochrony konkurencji innych państw członkowskich.

Art. 11 rozporządzenia 1/2003 ust. 6 stanowi natomiast, że wszczęcie przez Komisję postępowania w celu przyjęcia decyzji na mocy rozdziału III rozporządzenia pozbawia organy ochrony konkurencji państw członkowskich ich kompetencji w zakresie stosowania art. 101 (i 102) TFUE. Jeżeli organ ochrony konkurencji państwa członkowskiego prowadzi już postępowanie w sprawie, Komisja wszczyna postępowanie po zasięgnięciu opinii krajowego organu ochrony konkurencji.

Celem art. 11 ust. 3 jest wywołanie dyskusji o sposobie alokacji postępowania pomiędzy organy należące do systemu sieci krajowych organów konkurencji i wyznaczenia najbardziej odpowiedniego z nich, zanim zostaną podjęte procedury. W świetle art. 11 ust. 3 rozporządzenia 1/2003 krajowy organ ochrony konkurencji jest obowiązany informować Komisję i inne krajowe organy ochrony konkurencji bez zbędnej zwłoki o wszczęciu pierwszych formalnych działań dochodzeniowych. Możliwa jest realokacja spraw, jeśli okoliczności sprawy zmieniają się w toku postępowania (pkt 19 obwieszczenia 2004).

Komisja i krajowe organy ochrony konkurencji informują się wzajemnie co do podjęcia działań wynikających z art. 101 i 102 TFUE. Krajowe organy ochrony konkurencji są zobligowane informować Komisję przynajmniej na 30 dni przed podjęciem jednej z następujących decyzji:

- zmuszającej do zaprzestania naruszenia,
- akceptującej zobowiązania,
- wycofującej korzyści, jakie mogą wynikać z rozporządzenia o wyłączeniach grupowych.

Krajowe organy ochrony konkurencji powinny dostarczyć streszczenie sprawy i propozycję zamierzonej decyzji lub (w braku decyzji) jakiegokolwiek inne dokumenty w sprawie uzasadniające podjęte działania, lub na żądanie Komisji jakiegokolwiek dokumenty niezbędne dla oceny sprawy. Informacje takie powinny być także dostępne dla innych krajowych organów ochrony konkurencji (art. 11 ust. 4 rozporządzenia 1/2003).

Art. 11 ust. 4 zobowiązuje narodowe organy do informowania Komisji o każdej planowanej decyzji. Powodem takiego rozwiązania jest umożliwienie zajęcia stanowiska w sprawie pozostałym organom należącym do sieci. Ponadto rozwiązanie to umożliwia Komisji zbadanie, czy wyznaczony organ nie nadużywa swojej pozycji i nie podejmuje decyzji przysparzających korzyści przedsiębiorstwom narodowym (swojego kraju). Jako dodatkowe zabezpieczenie przeciwko dyskryminacji i uprzedzeniom wobec przedsiębiorstw innych państw art. 11 ust. 6 rozporządzenia 1/2003 pozwala odsunąć dany organ od sprawy i podjąć decyzję przez Komisję.

Organy ochrony konkurencji mają prawo do wzajemnego przekazywania poufnych informacji między sobą oraz Komisją i do wykorzystywania ich jako dowodu w sprawie. Rozdział IV rozporządzenia 1/2003 dotyczy zakresu współpracy. Współpraca w ramach sieci ESK polega m.in. na:

- wymianie dokumentów (art. 11 ust. 2),
- przekazywaniu Komisji informacji przez krajowe organy antymonopolowe o wszczęciu postępowania w sprawie naruszenia art. 101 i 102 TFUE (art. 11 ust. 3),
- zgłaszaniu przez krajowe organy ochrony konkurencji propozycji decyzji (art. 11 ust. 4),
- konsultacjach organów państw członkowskich z Komisją w sprawach dotyczących stosowania prawa UE,
- wymianie informacji (włączywszy informacje poufne) (art. 12).

Art. 12 rozporządzenia 1/2003 pozwala na wymianę informacji, które mogą być wykorzystywane jako dowody. Mogą to być dowody zebrane przez jeden z organów ochrony konkurencji, zanim sprawa zostanie przekazana innemu. Może to dotyczyć także informacji uzyskanych przez jeden z organów podczas wspomagających organy prowadzące śledztwo (art. 22 rozporządzenia 1/2003). Warto jednak zauważyć, iż przepis art. 12 ust. 2 ogranicza cel wykorzystania informacji, a ust. 3 ma chronić przedsiębiorstwa, zwłaszcza w tych państwach członkowskich UE, w których środki ochrony konkurencji są bardzo surowe, np. w Wielkiej Brytanii. Niebezpieczeństwo związane z transferem informacji wynika ze zróżnicowania procedur prowadzenia śledztwa i pozyskiwania materiału dowodowego w poszczególnych państwach członkowskich. Powstaje jednak pytanie, co należy zrobić w sytuacji, gdy sposób pozyskania materiału dowodowego nie mieści się w standardach prowadzenia śledztwa i dowodów w innym państwie. Jeśli takie dowody nie są uznane za dopuszczalne w danym kraju, organy ochrony konkurencji powinny żądać ich przekazania od właściwego organu sieci. Dlatego przyjmuje się, że organy państw członkowskich mogą wykorzystywać tylko dowody transferowane do nich w okolicznościach, które uprawniają je

do ich pozyskania³²¹. Jednakże rozporządzenie nie wymaga takiego ograniczenia i dlatego wskazuje się, że jest to luka ułatwiająca wymianę informacji, aby rozszerzyć środki przymusu w ramach prawa konkurencji³²².

3. Postępowanie

Postępowanie antymonopolowe w świetle zarówno prawa polskiego³²³, jak i europejskiego może zostać wszczęte na wniosek lub z urzędu. Przypadki, którymi zajmuje się Komisja, mają dwa źródła. Po pierwsze, KE może rozpocząć postępowanie z własnej inicjatywy, na podstawie anonimowej skargi, doniesienia prasowego albo przeprowadzonej przez nią analizy poszczególnych sektorów gospodarki. Skargę do Komisji w sprawie naruszenia może złożyć zarówno osoba fizyczna, jak i prawna, która wykaże uzasadniony interes. Komisja nie ma obowiązku zajmowania się każdą skargą i każdym doniesieniem, które otrzyma. Może natomiast stawiać priorytety, którymi się kieruje, podejmując decyzję o wszczęciu (lub nie) dochodzenia w sprawie³²⁴. W interesie UE jest podjąć działanie, jeżeli przedsiębiorstwo dopuszcza się poważnego naruszenia, kiedy dany przypadek może wnieść pewne *novum* w rozwój prawa konkurencji lub kiedy ma znaczący wpływ na integrację rynków³²⁵.

Procedura egzekwowania prawa unijnego jest podzielona na dwa etapy³²⁶. W pierwszym Komisja gromadzi materiał dowodowy, aby ustalić, czy miało miejsce naruszenie. W drugim natomiast powiadamia zainteresowane strony o wszczęciu postępowania i po przesłuchaniu o podjętej decyzji³²⁷.

Postępowanie Komisji może być prowadzone formalnie lub nie. Jeśli zostanie wszczęte formalne postępowanie, Komisja ma dwie możliwości:

- prawo żądania informacji,

³²¹ Ch. Kerse, N. Kahn, *EU Antitrust Procedure*, Sweet&Maxwell 2012, s. 270.

³²² D. Reichelt, *To What Intent Does the Co-operation within the European Competition Network Protect the Rights of Undertakings?*, CMLRev 2005, Nr 42, s. 745 i n.

³²³ Odnośnie do postępowania administracyjnego przed Prezesem UOKiK zob. B. Pęczalska, *Ochrona konkurencji*, C.H. Beck, 2007, s. 4–30 i 267–289.

³²⁴ Sprawa T-24/90 *Automec Srl v Commission (Automec II)*, Zb. Orz. 1992, s. II-2223.

³²⁵ Wytyczne Komisji w sprawie kooperacji w ramach sieci organów ochrony konkurencji, Dz. Urz. 2004, C 101/43, pkt 14, 15 i 54.

³²⁶ Zob. rozporządzenie Komisji Nr 773/2004 z dnia 7.04.2004 r. dotyczące prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i 82 Traktatu (WE) [art. 101 i 102 TFUE], Dz. Urz. 2004, L 123/18; K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych. W kierunku unifikacji standardów proceduralnych UE*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 161 i n.

³²⁷ Sprawy połączone C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P i C-254/99 P, *Limburgse Wijnl Maatschappij NV and others v Commission*, 2002, s. I-8375, pkt 181–183.

– prawo przeprowadzenia kontroli w przedsiębiorstwie.

Przedsiębiorstwa mogą dobrowolnie, z własnej inicjatywy dostarczyć informacje (art. 18 ust. 2 rozporządzenia 1/2003) lub uczynić to na żądanie Komisji. Przedsiębiorstwa powinny współpracować z Komisją, przy czym współpraca ta nie zwalnia ich z obowiązku udzielenia odpowiedzi na żądanie Komisji. Nie ma prawnego obowiązku, aby przedsiębiorstwa zastosowały się do wymogów Komisji w świetle art. 18 ust. 2 rozporządzenia 1/2003, ale istnieje taki obowiązek w świetle art. 18 ust. 3 rozporządzenia 1/2003. Jeśli przedsiębiorstwo dostarczy niewłaściwych informacji lub nie dostarczy informacji w terminie określonym przez decyzję, o której mowa w art. 18 ust. 3 rozporządzenia 1/2003, Komisja może nałożyć karę. Przedsiębiorstwo, które dostarczy niewłaściwych informacji w odpowiedzi na żądanie Komisji w świetle art. 18 ust. 2 lub art. 18 ust. 3 może zostać ukarane grzywną w wysokości do 1% całkowitego obrotu uzyskanego w poprzednim roku obrotowym.

3.1. Przeszukanie

Najbardziej drakońskie środki, jakie może podjąć Komisja, obejmują prawo przeszukania pomieszczeń i dokumentów przedsiębiorstwa. Przesłanką uzasadniającą przeszukanie jest obawa zacierania istotnych informacji i dowodów przez przedsiębiorstwa, wobec których wszczęto postępowanie. Kompetencje Komisji do przeprowadzenia kontroli regulują przepisy art. 20 i 21 rozporządzenia 1/2003. Stosunkowo szerokie kompetencje Komisji do przeprowadzania przeszukania zostały określone w art. 20 rozporządzenia 1/2003. Może ona przeprowadzać inspekcje (nazywane „nalotem o świcie”) w przedsiębiorstwie lub związku przedsiębiorstw. Kontrole są przeprowadzane na podstawie decyzji Komisji (art. 20 ust. 4) lub na podstawie pisemnego upoważnienia Komisji (art. 20 ust. 3). Jeśli kontrola nie jest nakazana decyzją KE, nie ma obowiązku poddania się jej. Jeśli przedsiębiorstwo zgodzi się na kontrolę, należy udzielić mu pomocy.

Urzednicy Komisji badają dokumenty, księgi handlowe i rejestry związane z działalnością gospodarczą. Dokumentami w sprawie są też oświadczenia osób fizycznych.

Komisja musi określić przedmiot sprawy i cel postępowania, aby z jednej strony wskazać, że wejście na teren przedsiębiorstwa jest uzasadnione, a z drugiej, aby zapewnić przedsiębiorstwu prawo do obrony³²⁸. Art. 21 rozporządzenia daje szersze możliwości niż wcześniejsze regulacje, gdyż pozwala przeprowadzać kontrolę w miejscach zamieszkania dyrektorów, menedżerów lub innych pracowników przedsiębiorstwa lub związków przedsiębiorstw.

³²⁸ Orzeczenie w sprawie 46/87 i 227/88 *Hoechst AG przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1989, s. 2859, par. 19.

Kompetencje Komisji do przeszukiwania prywatnych lokali są dość kontrowersyjne z punktu widzenia przestrzegania praw podstawowych. Art. 8 Europejskiej EKPCz przewiduje prawo do prywatności i poszanowania życia rodzinnego. W świetle art. 8 ust. 2 EKPCz naruszenie prywatności jest uzasadnione tylko w koniecznych przypadkach, jak np. dobrobyt krajowy albo walka z przestępczością. Ingerencja w prawo do prywatności musi mieć podstawę prawną, musi mieć uzasadniony cel³²⁹.

Trybunał Sprawiedliwości początkowo orzekał, że prawo do prywatności zawarte w EKPCz ma zastosowanie jedynie do przeszukiwania prywatnych nieruchomości, a nie siedziby firmy, chociaż podobne prawo do poszanowania prywatności siedziby przedsiębiorstwa było uznawane za generalną zasadę prawa europejskiego, która ma na celu ochronę wszystkich prywatnych podmiotów (prywatnych osób fizycznych i prawnych) przed arbitralną ingerencją władz publicznych.

Wąska interpretacja prawa przedsiębiorstw do prywatności w prawie UE została rozszerzona w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz). Między innymi w sprawie *Niemetz v Germany* ETPCz orzekł, że prawo do prywatnego życia obejmuje nie tylko prywatne nieruchomości, ale też te należące do przedsiębiorstwa, jeśli istnieje konieczność ochrony jednostki przed arbitralną ingerencją władz publicznych (organów administracji publicznej)³³⁰. W innym orzeczeniu – sprawie *Société Coals Est and others v France* – ETPCz stwierdził, że w przypadku spraw z zakresu prawa konkurencji wcześniejsze sądowe upoważnienia są wymagane wówczas, gdy przeprowadzenie kontroli pozwala na skuteczną ochronę przed nadużyciami³³¹.

Sprawa *Niemetz v Germany* wskazuje, że w świetle art. 8 EKPCz własność nieruchomości nie może stanowić kryterium stosowania prawa. Oznacza to, że kontrola jest legalna wówczas, jeśli odnosi się do art. 8 ust. 2 EKPCz. Artykuł 20 i 21 rozporządzenia 1/2003 określa warunki, sposób przeprowadzenia, zakres i cel kontroli, zgodnie z wymogami zawartymi ww. przepisie EKPCz, wskazującymi, że reguły kontroli mają być przejrzyste, a ich celem ma być ograniczenie antykonkurencyjnych zachowań. Wątpliwości dotyczące zgodności z prawem procedur kontroli KE koncentrują się na pytaniu, czy jest zapewniona efektywna ochrona przed naruszeniami organów administracji publicznej, zwłaszcza w świetle orzeczenia w sprawie *Société Coals Est*. Trybunał Sprawiedliwości wyraża jednak pogląd, że sądowe upoważnienie nie jest konieczne, chyba że wymagają tego przepisy państw członkowskich, w których przeprowadzana jest kontrola. Podstawą do niewymagania wcześniejszego upoważnienia jest możliwość rewizji pokontrolnej w oparciu o pewne szczególne okoliczności, jak np. nadużycie inspekcji

³²⁹ Ch.S. Kerse, N. Kahn, *op. cit.*, s. 166.

³³⁰ *Niemetz v Germany*, 1993, 16 EHRR 97, pkt 31.

³³¹ *Société Coals Esti inni przeciwko Francji*, 37971/97, 2002 ETPCz 418, pkt 49.

kontrolnej. Jeśli TSUE przychyli się do poglądu powoda i stwierdzi, że Komisja naruszyła swoje kompetencje, wówczas powinna się ona powstrzymać od zastosowania takiego środka, jeśli mogłoby dojść do naruszenia reguł konkurencji UE, a niezbędne dowody lub dokumenty można otrzymać w toku postępowania. Dorobek orzecznictwa TSUE w tym zakresie został skodyfikowany w rozporządzeniu 1/2003.

Kontrola może zostać zakwestionowana albo na poziomie krajowym (wówczas sądy krajowe mogą żądać upoważnienia Komisji do przeprowadzenia kontroli), albo na poziomie unijnym (niezbędne jest wówczas zbadanie zgodności kontroli z ochroną praw podstawowych przedsiębiorstw w przypadku braku upoważnienia sądowego).

3.2. Oświadczenie o zarzutach

W związku z postępowaniem KE może podjąć decyzję o wszczęciu formalnej procedury i przesłać oświadczenie o zarzutach do przedsiębiorstwa. Jeśli problem może zostać rozwiązany w postępowaniu ugodowym, nie przedstawia się oświadczenia o zarzutach. Oświadczenie takie musi uwzględniać stan faktyczny i prawny, w którego świetle Komisja domniemywa naruszenia art. 101 (lub 102 TFUE). Materiał dowodowy będzie zwykle stanowił załącznik do oświadczenia. Celem oświadczenia o zarzutach jest pozwienie przedsiębiorstwu na udzielenie odpowiedzi w postępowaniu. Termin udzielenia odpowiedzi jest określony w oświadczeniu. Odpowiedź zwykle zawiera wypowiedź odnośnie do celności zgromadzonego materiału przedstawionego przez Komisję i prawne argumenty wspierające obronę przedsiębiorstwa. Oświadczenie pozwoли stronom na ustne przesłuchanie.

3.3. Wysłuchanie

W sprawach z zakresu konkurencji procedura wysłuchania stron jest przeprowadzana przez Komisję. Zwykle jest ona tajna. Wysłuchanie przeprowadzają funkcjonariusze Komisji, którzy pełnią szczególną rolę, ponieważ wysłuchanie nie odbywa się przed niezawisłym sądem, ale przed Komisją będącą jednocześnie adwokatem i sędzią w tej samej sprawie. Ostateczną decyzję Komisja konsultuje z Komitetem Doradczym ds. Praktyk Ograniczających Konkurencję i Pozycji Dominujących³³².

3.4. Ciężar dowodu

W każdym postępowaniu istotne jest pytanie, kogo obciąża ciężar dowodu. Art. 2 rozporządzenia 1/2003 wyjaśnia tę kwestię, jeżeli chodzi o sprawy z zakresu prawa kon-

³³² Art. 14 ust. 1 rozporządzenia Nr 1/2003.

kurencji. Przepisy rozporządzenia stanowią, że w każdym postępowaniu przed organem krajowym lub przed instytucją UE dotyczącym stosowania art. 101 i 102 TFUE ciężar dowodu naruszenia tych przepisów spoczywa na stronie lub organie domniemającym naruszenie. Na przykład jeżeli chodzi o naruszenie art. 101 TFUE, ciężar dowodu spoczywa na powodzie składającym pozew o odszkodowanie z tytułu domniemanego naruszenia tego przepisu. W przypadku naruszenia art. 102 TFUE ciężar dowodu spoczywa na oskarżonym, chcącym uwolnić się od stawianych mu zarzutów. Art. 2 rozporządzenia 1/2003 wyjaśnia także, że przedsiębiorstwo lub zrzeszenie przedsiębiorstw zamierzających skorzystać z art. 101 ust. 3 TFUE musi udowodnić, że spełnione są przesłanki określone w tym przepisie.

4. Decyzje Komisji

Jeśli zostanie dowiedzione naruszenie, Komisja ma szerokie kompetencje, które można podzielić na dwie grupy. Po pierwsze dysponuje ona narzędziami pozwalającymi wyeliminować naruszenie i naprawić antykonkurencyjne skutki. Między innymi Komisja wymaga, aby przedsiębiorstwa odstąpiły od zawartych wcześniej porozumień antykonkurencyjnych. Może także zalecić zainteresowanej stronie zmianę strategii w stosunku do konkurentów. Art. 7 rozporządzenia 1/2003 wprowadził nowy środek upoważniający Komisję do nałożenia na przedsiębiorstwa środków behawioralnych i strukturalnych, proporcjonalnych do popełnionego naruszenia.

Komisja posiada także kompetencje do stosowania środków doraźnych (tymczasowych), choć rozporządzenie 1/2003 nie zawiera wyraźnej podstawy prawnej uprawniającej do ich stosowania. Dlatego też Komisja wykorzystuje takie narzędzia stosunkowo rzadko. W pilnych sprawach Komisja może zastosować środki doraźne, jeżeli istnieje ryzyko powstania poważnej i nieodwracalnej szkody dla konkurencji. Komisja z urzędu może stwierdzić naruszenie *prima facie* i zastosować środki tymczasowe. Mogą one być stosowane przez pewien okres i mogą być ponownie wprowadzone, jeśli jest to uzasadnione i niezbędne.

Aby złagodzić skutki antykonkurencyjnych zachowań, Komisja może zaakceptować zaproponowane przez strony zobowiązania, które w jej przekonaniu stanowią naruszenie prawa konkurencji. Takie zobowiązania stanowią przyrzeczenie stron, co do podjęcia (lub zaniechania) określonych praktyk. Komisja może podjąć decyzję, na mocy której takie zobowiązania będą wiążące dla stron.

Ponieważ nie ma już systemu notyfikacji, art. 10 rozporządzenia 1/2003 przewiduje mechanizm ogólnego orzekania o braku zastosowania przepisów prawa konkurencji UE. Jeśli wymaga tego interes publiczny UE w odniesieniu do art. 101 i 102 TFUE,

Komisja może z własnej inicjatywy stwierdzić, że art. 101 i 102 TFUE nie znajduje zastosowania w danym przypadku. W przypadku art. 101 TFUE można to uczynić, gdy nie są spełnione przesłanki art. 101 ust. 1 TFUE albo są spełnione przesłanki art. 101 ust. 3 TFUE. Należy podkreślić, że ten mechanizm nie może zostać uruchomiony na wniosek stron porozumienia, a tylko z inicjatywy Komisji.

Narzędzia zwalczania porozumień ograniczających konkurencję

1. Sankcje finansowe

Istotnym narzędziem organów antymonopolowych w walce z porozumieniami ograniczającymi konkurencję jest kara pieniężna za naruszenie prawa konkurencji³³³. Jest to kara administracyjna wymierzona za antykonkurencyjne zachowanie się przedsiębiorstwa³³⁴. W Polsce karę taką wymierza Prezes UOKiK, a na poziomie unijnym KE. Wysokość kary wynosi do 10% obrotu przedsiębiorstwa za poprzedni rok obrotowy. W praktyce grzywny nie są tak wysokie, ale stanowią znaczne kwoty³³⁵.

Grzywna za naruszenie procedur (np. dostarczanie niewłaściwych informacji) nie przekracza natomiast 1% obrotu przedsiębiorstwa. Polityka sankcji finansowych stosowana przez Komisję wzbudza jednak wiele kontrowersji. Dlatego warto zwrócić uwagę na dwa aspekty: metodę obliczania wysokości grzywny i politykę leniency, dzięki której przedsiębiorstwo może uniknąć grzywny, jeżeli dobrowolnie zgodzi się na współpracę z Komisją i ujawnienie informacji o porozumieniu, w którym uczestniczyło.

Jak już wcześniej wskazano, w związku z zagrożeniem dla gospodarki, w polityce antykartelowej UE kluczowe znaczenie ma efekt odstrasżający. Wraz z wdrożeniem rozporządzenia 17/62³³⁶ Komisja otrzymała znaczące kompetencje do ścigania karteli, nakazania zaprzestania działalności w porozumieniu i nakładania na każdego z członków kartelu finansowych kar w wysokości do 10% przychodu za poprzedni rok obrotowy. Pierwsze kary zostały nałożone w 1969 r. w sprawach *Quinine*³³⁷ i *Dyestuff*³³⁸.

³³³ A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Temida 2, Białystok 2013, s. 100–104.

³³⁴ M. Sachajko, *Administracyjna kara pieniężna jako element systemu sankcjonowania naruszeń wspólnotowych oraz polskich zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, [w:] C. Banasiński, M. Kępiński, B. Popowska, T. Rabska, *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, UOKiK, Warszawa 2006, s. 190 i n.

³³⁵ M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, KiK Konieczny i Kruszewski, Warszawa 2001, s. 31–72; S. Gronowski, *Polskie prawo antymonopolowe*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 1998, s. 247 i n.

³³⁶ Rozporządzenie Rady EWG Nr 17/62, *op. cit.*

³³⁷ Decyzja KE z dnia 24.07.1969 w sprawie IV/26.623 *Internationales Chininkartell*, Dz. Urz. 1969, L 192/5.

³³⁸ Decyzja KE z dnia 24.07.1969 w sprawie IV/26 267 *Farbstoffe*, Dz. Urz. 1969, L 195/11.

W latach 70. XX w. stosunkowo niewiele karteli zostało ukaranych przez Komisję, jednakże już od wczesnych lat 80. kary były nakładane systematycznie, a ich wysokość stale wzrastała.

Jak już zaznaczono, początkowo kary były dosyć niskie, ale w 1980 r. Komisja oświadczyła o podniesieniu wysokości grzywny, traktując ją jako środek zniechęcający przedsiębiorstwa do zawierania porozumień ograniczających konkurencję. W 1991 r. Komisja ogłosiła, że w niektórych przypadkach będzie stosowała najwyższe wymiary grzywny, tj. 10% obrotu przedsiębiorstwa³³⁹. Stopniowy wzrost wysokości kar finansowych może być uznany za element restrykcyjnej polityki wymuszającej na przedsiębiorstwach przestrzeganie reguł konkurencji. W początkowym okresie wiele przedsiębiorstw nie znało zasad konkurencji i nie miało świadomości ciężaru naruszenia, a także potencjalnych sankcji. Wraz z rozprzestrzenianiem się kultury konkurencji i zbliżaniem się terminu wprowadzenia zasad jednolitego rynku wewnętrznej wysokość kar wzrosła.

Wyraźne nasilenie walki Komisji z kartelami można obserwować od połowy lat 90. minionego stulecia, kiedy upowszechniły się międzynarodowe zmoły, jak np. *Cartonboard*, *PCV* lub *Cement*. Proces globalizacji spowodował wzrost zagrożenia dobrobytu konsumentów ze strony międzynarodowych karteli. W drugiej połowie lat 90. Komisja podjęła znaczące kroki, aby zwiększyć efektywność polityki antykartelowej.

Warto zwrócić uwagę, że nawet przedsiębiorstwo posiadające niewielkie udziały w rynku zostało oskarżone za udział kartelu. Przedsiębiorstwo zaangażowane w kartel w dłuższym okresie, nawet jeśli nie partycypuje we wszystkich jego działaniach, nie może uniknąć odpowiedzialności³⁴⁰. W przypadku kartelu polypropylenowego Komisja stwierdziła, że kilka przedsiębiorstw działających w przemyśle petrochemicznym we Wspólnotach uczestniczyło w kartelu w latach 1977–1983. Strony tego kartelu wypracowały system ustalania cen docelowych i opracowały zasady ograniczenia produkcji i podziału rynku według ustalonej ilości. Jeden z członków kartelu (*Anic*) zatrzymał udział w rynku w wysokości między 2,7 a 4,2% i został ukarany grzywną 750,000 ecu. SPI w części uchylił decyzję Komisji, opierając się na przekonaniu, że Komisja błędnie ustaliła czas trwania tego przedsiębiorstwa w kartelu i stosownie zmniejszył karę grzywny.

Trybunał wskazał, że jeśli przedsiębiorstwo raz wyrazi zgodę na udział w spisku (porozumieniu), może zostać pociągnięte do odpowiedzialności za całość zachowania, na które wyraziło zgodę. Celem takiego podejścia jest zwiększenie prewencyjnej ochrony prawa konkurencji. Jedynym pocieszeniem dla mniejszościowych udziałowców (mniej-

³³⁹ XXI Raport w sprawie Polityki Konkurencji, 1991, s. 139; zob. Decyzja KE z 30.10.2002 w sprawie *Fine Art. Auction Houses*, OJ 2005 L 200/92. (wysokość grzywny została obniżona o 40%).

³⁴⁰ Orzeczenie w sprawie C-49/92 P. Komisja przeciwko *Anic Partecipazioni SpA*, *op. cit.*, pkt 87.

szych uczestników) kartelu jest to, że fakt, czy brali udział we wszystkich aspektach antykonkurencyjnego porozumienia lub czy odgrywali mniejszą (lub większą) rolę, będzie brany pod uwagę przy określaniu wysokości grzywny³⁴¹. Istotnym problemem pozostaje jednak system ustalania wysokości kar. Można spotkać poglądy wskazujące zbyt duży zakres swobody Komisji przy ustalaniu wysokości grzywny.

Komisja była często krytykowana za nakładanie kar w sposób dowolny. Dlatego też TSUE zauważył, że przedsiębiorstwa mają prawo do domagania się wyznaczenia w szczegółach metody kalkulacji nałożonej na nie kary³⁴². Rozporządzenie 1/2003 dostarcza jedynie ograniczonych kryteriów kalkulacji wysokości grzywny, wskazując, że przy jej ustalaniu uwzględnia się ciężar i czas trwania naruszenia. Jednakże wytyczne w sprawie metod obliczania kary grzywny uszczegółowiły art. 23 ust. 3 rozporządzenia 1/2003. Wytyczne precyzują, jakie elementy należy uwzględnić przy wymierzeniu wysokości kary. W szczególności chodzi tu o wagę i czas trwania naruszenia. Waga określonego zachowania jest oceniana na podstawie charakteru naruszenia (np. ustalanie cen czy podział rynku są cięższymi wykroczeniami niż porozumienia wertykalne). Podstawowa kwota grzywny ustalona na podstawie ciężaru i czasu trwania naruszenia może zostać podniesiona, jeśli istnieją dodatkowe okoliczności obciążające, np. powtarzanie naruszenia czy odmowa współpracy z organami ochrony konkurencji. Może też zostać obniżona, jeśli zaistnieją okoliczności łagodzące, np. pasywna rola w procesie naruszenia konkurencji, przerwanie naruszenia, gdy tylko rozpoczęte zostanie śledztwo, istnienie uzasadnionych wątpliwości co do zgodności z prawem podjętych działań³⁴³.

Pomimo wydania wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien, czyniących system nakładania kar bardziej przejrzystym, Komisja wciąż posiada znaczny zakres swobody w tym zakresie, co potwierdził TSUE, stwierdzając, że Komisja posiada szerokie niedookreślone kompetencje do nakładania właściwej wysokości grzywny³⁴⁴. Potwierdzenie kompetencji Komisji jest czynnikiem pobudzającym do walki z kartelami, ponieważ daje swobodę kreowania polityki uznającej za konieczne powstrzymanie przedsiębiorstw od tworzenia karteli. Jednakże brak jasnego określenia kompetencji Komisji jest krytykowany i same wytyczne co do metody nakładania kary grzywny nie wystarczą, aby polityka kar była bardziej przejrzysta i konsekwentna³⁴⁵.

³⁴¹ *Ibidem*, pkt 90.

³⁴² Orzeczenie w sprawie T-148/89, *Tréfilunion SA v Commission*, Zb. Orz. 1995, s. II-1063, pkt 142.

³⁴³ Zob. Orzeczenie w sprawach połączonych T-236/01, T-239/01, T-244/01-T246/01, T251/01 i T252/01, *Tokai Karbon Co. Ltd and others v Commission*, Zb. Orz. 2004, s. II-1181, pkt 291–315.

³⁴⁴ Orzeczenie w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, C205/02 P-C-208/02 P i C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S and inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2005, s. I-5425.

³⁴⁵ R. Richardson, *Guidance without guidance: a European Revolution in Fining Policy?*, ECLR 1999, Nr 7, s. 360.

Wspomniane już wytyczne stanowiły impuls do wdrożenia jeszcze bardziej restrykcyjnej polityki grzywien, co skutkowało podwyższeniem wysokości sankcji finansowych i zwiększeniem ich wartości prewencyjnej³⁴⁶. Nowa strategia Komisji zwiększyła efektywność jej działań, co przejawiało się m.in. wydaniem kilkunastu bezprecedensowych decyzji skutkujących nałożeniem kar na łączną kwotę wynoszącą około 7 mld euro. Komisja potwierdziła tym samym swoją determinację w prowadzeniu polityki antykartelowej (tabela 1).

Tabela 1. Najwyższe kary finansowe nałożone przez Komisję w postępowaniach kartelowych

Rok	Sprawa	Wysokość [w euro]
2001	Vitamins	790.515.000
2002	Plasterboard	458.520.000
2006	Synthetic rubber	519.050.000
2006	Hydrogen peroxide and perborate	388.128.000
2007	Elevators and Escalators	992.312.200
2007	Gas Insulated Switchgear	750.712.500
2008	Flatt Glass	486.900.000
2008	Car Glass	1.383.896.000
2009	Gas	1.106.000.000
2010	Bathroom fittings	622.250.782
2011	Brak danych	Brak danych
2012	TV and computer monitor tubes	1.470.515.000

Źródło: Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji.

W okresie 2001–2006 Komisja wydała 39 decyzji w sprawach karteli i nałożyła kary na kwotę ponad 6 mld euro. Na przykład w sprawie *Vitamins*³⁴⁷ Komisja nałożyła grzywnę na osiem przedsiębiorstw o łącznej wysokości 855.23 mln euro (zredukowaną do 790,50 mln euro po apelacji), z czego Roche został ukarany kwotą 462 mln euro za swój udział w wielu kartelach witaminowych. W 2002 r. KE wdrożyła zmieniony program leniency mający na celu motywowanie w większym niż dotąd stopniu przedsiębiorstw do ujawniania porozumień kartelowych. Ten program został ponownie zmodyfikowany w 2006 r. z zamiarem dalszego zwiększenia jego efektywności³⁴⁸. W 2003 r. Rada przyznała Komisji większe uprawnienia dochodzeniowe w walce z kartelami, wdrażając rozporządzenie 1/2003³⁴⁹. W 2006 r. Komisja wprowadziła nowe zasady

³⁴⁶ Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia Nr 17 oraz art. 65 ust. 5 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Węgla i Stali, ECSC Treaty, Dz. Urz. 1998, C9/3.

³⁴⁷ Decyzja KE z dnia 21.11.2001 w sprawie COMP/E-1/37.512, *Vitamins*, Dz. Urz. 2003, L 6/1.

³⁴⁸ Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, Dz. Urz. 2006, C 298/17.

³⁴⁹ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 1/2003 z dnia 16.12.2002 r., *op. cit.*

w sprawie nakładania grzywien, które zwiększyły poziom kar stosowanych wobec karteli, czego przykładem była grzywna orzeczona w 2008 r. w sprawie *Car Glass* – 1 383 896 euro. Inną znaczącą decyzją z ostatnich lat jest decyzja podjęta w 2007 r. w sprawie *Elevators i Escalators* (grzywna 992,31 mln euro)³⁵⁰ oraz *Gas Insulated Switchgear* (grzywna 750,71 mln euro)³⁵¹. Najwyższa dotychczas kara została nałożona przez Komisję w 2012 r. na kartel kineskopów telewizyjnych i komputerowych, w którym uczestniczyły przedsiębiorstwa Chunghwa, LG Electronics, Philips, Samsung SDI, Panasonic, Toshiba, MTPD, Technicolor (dawny Thomson)³⁵².

Komisja Europejska była szczególnie aktywna w ściganiu i karaniu uczestników karteli od roku 2001, który był wyjątkowy, gdyż suma nałożonych przez nią kar grzywny osiągnęła niespotykaną dotychczas kwotę i wyniosła 1 mld 836 mln euro. W 2006 r. suma nałożonych kar sięgnęła kwoty 1 mld 846 mln euro na mocy czterech decyzji (sprawa *Bleaching Chemicals, Acrylic Glass, Road Bitumen, Copper Fittings i Synthetic Rubber*). Natomiast w 2007, wartość kar finansowych nałożonych w wyniku ośmiu postępowań wyniosła 3 mld 338 mln euro (decyzje w sprawach: *Gas Insulated Switchgear, Elevators and Escalators, Dutch Beer, Fasteners and Attaching Machines, Bitumen, Professional Videotapes, Flat Glass i Chlorophene Rubber*) (tabela 2).

Tabela 2. Łączna wysokość kar w sprawach kartelowych w latach 2006–2014*

Rok	Kary nałożone przez Komisję [w euro]
2006	1.846.385.500
2007	3.338.427.700
2008	2.270.012.900
2009	1.623.384.400
2010	2.868.459.674
2011	614.053.000
2012	1.875.694.000
2013	1.882.975.000
Razem	16.319.392.174

*Stan na 30.03.2014

Źródło: Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji

Powyższe dane potwierdzają determinację Komisji w walce z porozumieniami ograniczającymi konkurencję. Należy wspomnieć, że dążenie do realizacji wytycznych z 2006 r. rodzi przypuszczenie, że nakładane przez Komisję kary będą coraz wyższe (tabela 3 i 4).

³⁵⁰ Decyzja KE z dnia 21.02.2007 w sprawie COMP/E-1/38.823 *Elevators i Escalators*.

³⁵¹ Decyzja KE z dnia 24.01.2007 w sprawie COMP/38.899 *Gas Insulated Switchgear*.

³⁵² Notatka Prasowa KE, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1317_en.htm [dostęp 13.06.2013].

Komisja (i krajowe organy ochrony konkurencji) prowadzą wiele postępowań zmierzających do wykrycia karteli na różnych rynkach. W wielu sprawach Komisja zwiększyła wymiar grzywny dla przedsiębiorstw ponownie zawierających antykonkurencyjne porozumienia³⁵³, wykrywając kartele w tej samej branży³⁵⁴. Niektóre porozumienia kartelowe trwają bardzo długo, np. 29 lat w przypadku *Sorbates*³⁵⁵, 20 lat w *Industrial Bags*³⁵⁶ i 21 lat w sprawie *Fasteners*³⁵⁷.

Tabela 3. Łączna wysokość kar nałożonych przez KE w latach 1990–2012 oraz liczba wydanych decyzji

Lata	Wysokość kar [w euro]	Liczba wydanych decyzji na poszczególne przedsiębiorstwa	Liczba spraw
1990–1994	539.691.550	185	10
1995–1999	292.838.000	45	10
2000–2004	3.462.664.100	156	30
2005–2009	9.761.239.500	204	33
2010–2012	5.358.206.674	120	16
Razem	19.414.639.824	710	99

* Stan na 20.07.2012.

Źródło: Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji.

Największą dotychczas pieniężną karę za pojedyncze naruszenie art. 101 TFUE nałożono w sprawie *Car Glass* na firmę Saint Gobain w kwocie 896 mln euro (tabela 4).

Tabela 4. Dziesięć najwyższych kar finansowych nałożonych na przedsiębiorstwo uczestniczące w kartelu

Rok	Przedsiębiorstwo	Sprawa	Wysokość kary [w euro]
2001	F. Hoffmann-La Roche AG	Vitamins	462.000.000
2006	Eni SpA	Synthetic rubber	272.250.000
2007	Siemens AG	Gas Insulated Switchgear	396.562.500
2007	Tyssen Krup	Elevators and Escalators	479.669.860
2008	Pilkington	Car Glass	370.000.000
2008	Pilkington	Car Glass	370.000.000
2008	Saint Gobain	Car Glass	896.000.000
2009	E.ON	Gas	553.000.000
2009	GDF Suez	Gas	553.000.000

³⁵³ Decyzja KE z dnia 23.01.2008 w sprawie COMP/38628 *Nitrile butadiene rubber* (gdzie kara wzrosła o 50%).

³⁵⁴ W notatce prasowej w sprawie kartelu *Nitrile Butadiene Rubber* zwrócono uwagę, że to była czwarta jej decyzja w przemyśle gumowym podjęta w ciągu trzech lat (notatka prasowa Komisji IP/90/78 z 28.01.2008).

³⁵⁵ Decyzja KE z dnia 1.10.2003 w sprawie C.37.370 *Sorbaty*, Dz. Urz. 2005, L 182/20.

³⁵⁶ Decyzja KE z dnia 30.11.2005 w sprawie COMP/38354 *Industrial Bags*.

³⁵⁷ Decyzja KE z dnia 19.09.2007 w sprawie COMP/E-1/39.168 *Fasteners*.

Rok	Przedsiębiorstwo	Sprawa	Wysokość kary [w euro]
2010	Ideal Standard	Bathroom fittings	326.091.196
2011	Brak danych	Brak danych	Brak danych
2012	Philips	TV and computer monitor tubes	705.296.000
2012	LG Electronics	TV and computer monitor tubes	687.537.000
2013	Euro interest rate derivatives	Deutsche Bank	465.861.000

Źródło: Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji.

W latach 1996–2013 spośród 261 ukaranych przedsiębiorców na 24 Komisja nałożyła kary o najwyższym wymiarze w stosunku do rocznego obrotu (tabela 5).

Tabela 5. Relacja kary nałożonej na przedsiębiorcę w stosunku do rocznego obrotu w latach 1996–2010 [w %]

Kara w stosunku do rocznego obrotu [w%]	Liczba przedsiębiorców poddanych karze
0–0,99	159
1–1,99	25
2–2,99	13
3–3,99	7
4–4,99	9
5–5,99	9
6–6,99	5
7–7,99	7
8–8,99	3
9–10	24

Źródło: Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji (stan na 5.12.2013).

Przedsiębiorstwa, które zostały oskarżone o naruszenie art. 101 TFUE, mają prawo odwołania się od decyzji KE do TSUE, którego jurysdykcja jest nieograniczona, jeśli chodzi o poziom grzywny. Może on podnieść lub zmniejszyć wymiar kary nałożonej przez KE³⁵⁸. Jednakże postępowanie jest długotrwałe, a efekty trudne do przewidzenia. Na przykład spór, jaki wyniknął z decyzji Komisji w sprawie *PCV* z 1988 r., został zakończony orzeczeniem TSUE dopiero w 2002 r.³⁵⁹

Sąd Generalny może ograniczyć poziom grzywny, jeśli uzna, że jeden z członków kartelu nie został potraktowany tak jak inni uczestnicy tego porozumienia. Jednakże TSUE rzadko ingeruje w ustalenia Komisji w odniesieniu do poziomu kary. W latach 1990–2013 różnica między wysokością grzywny nałożonej przez Komisję a jej obniżeniem przez TSUE wyniosła 521.224.890 (tabela 6).

³⁵⁸ Orzeczenie w sprawie T-101/05 *BASF przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2007, s. II-4949.

³⁵⁹ Orzeczenie w sprawie C-238/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij (LVM) i in. przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2002, s. I-8375.

Tabela 6. Wysokość kar finansowych nałożonych przez Komisję i ich poziom przed apelacją i po niej

Okres	Wysokość grzywny	
	Niezmieniona przez TSUE	Zmieniona przez TSUE
1990–1994	539.691.550	344.282.550
1995–1999	292.838.000	270.963.500
2000–2004	3.462.664.100	3.166.247.910
2005–2009	9.761.239.500	9.753.714.300
2010	1.668.904.832	1.668.904.832
2011	614.053.000	614.053.000
2012	1.875.694.000	1.875.694.000
2013	1.882.975.000	1.882.975.000
Razem	20.098.059.982	197.576.835.092

Źródło: Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji.

Mimo że sankcje nakładane na przedsiębiorstwa zawierające porozumienia antykonkurencyjne są bardzo dotkliwe, nie są one w pełni skutecznym narzędziem. Po pierwsze stosunkowo słabe jest ich działanie prewencyjne. Po drugie sankcje finansowe nie powstrzymują przedsiębiorstw przed ponownym zawarciem antykonkurencyjnego porozumienia³⁶⁰. Dlatego należy rozważyć możliwość wykorzystania innych narzędzi, np. mieszczących się w obszarze prawa karnego³⁶¹ lub cywilnego, aby zwiększyć skuteczność walki z porozumieniami ograniczającymi konkurencję³⁶². Istotne jest także rozwijanie zasad *compliance*³⁶³.

W Polsce podobnie jak w innych państwach UE i w praktyce Komisji wzrasta dotkliwość kar nakładanych na przedsiębiorców nieprzestrzegających przepisów prawa ochrony konkurencji. Potwierdza to wysokość sankcji finansowych nakładanych przez UOKiK. W 2012 r. łączna wysokość kar finansowych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję³⁶⁴ wyniosła 94,7 mln zł. Dla porównania w roku 1995 łączna wysokość kar za naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyniosła wyniosła 931 tys. zł.

³⁶⁰ Zob. J.M. Connor, *Cartel fine severity and the European Commission: 2007-2011*, ECLR 2013, Nr 2, s. 58–77.

³⁶¹ M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar 2013, s. 256–360; L. Danagher, *The criminalisation of cartels: a European and trans-Atlantic Perspective*, ECLR 2012, Nr 11, s. 522–525.

³⁶² H. Stakheyeva, *Removing obstacles to a more effective privat enforcement of competition law*, ECLR 2012, Nr 9, s. 398–405; zob. M. Sieradzka, *Pozew grupowy jako instrument prywatnoprawnej ochrony interesów konsumentów z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, Wolters Kluwer business 2012, s. 481 i n.

³⁶³ A. Pera, *Prevention of Antitrust violations: which role of compliance programs?*, ECLR 2013, Nr 5, s. 267–273.

³⁶⁴ Obejmują one nie tylko porozumienia między przedsiębiorcami, ale i nadużywanie pozycji dominującej.

W Polsce dotychczas najdotkliwsze kary zostały nałożone na kartele funkcjonujące na rynku materiałów budowlanych. Między innymi dotyczyły one ustalania cen farb i lakierów, dachówek ceramicznych, rynien i materiałów ściennych. Do tej pory najpoważniejsze sankcje w praktyce egzekwowania prawa antymonopolowego nałożono w 2009 r. na uczestników kartelu cementowego³⁶⁵. Kara finansowa stanowiła równowartość 10% obrotu (411 mln zł). W kartelu uczestniczyli najwięksi na polskim rynku producenci cementu: Lafarge Cement, Górażdże Cement, Grupa Ożarów, Cemex Polska, Dyckerhoff Polska i Cementownie Warta oraz Odra. W toku postępowania ustalono, że przedsiębiorcy przez co najmniej 10 lat dzielili między sobą rynek, ustalali minimalne ceny cementu, wysokość podwyżek cen i terminy ich wprowadzania. Drugim kartelem, na który nałożone zostały wysokie kary finansowe, był kartel marketów budowlanych, producenta farb i lakierów oraz dystrybutorów, w którym uczestniczyły Polifarb Cieszyń-Wrocław S.A., Praktiker Polska spółka z o.o., Obi Centrala Systemowa Sp. z o.o., Castorama Polska spółka z o.o., Leroy Merlin Polska spółka z o.o., Nomi S.A, Saint Goain Dystrybucja Budowlana spółka z o.o oraz MGI Polska spółka z o.o. Kartel polegał na ustalaniu cen odsprzedaży farb i lakierów. Łączna wysokość kary wyniosła 109 485 813 zł³⁶⁶.

Trzecią co do skali naruszeń zasad konkurencji była zмова producenta farb i lakierów Tikurilla oraz marketów Praktiker i Castorama³⁶⁷. Przedsiębiorcy ci ustalali wspólnie poziom minimalnych cen odsprzedaży farb i lakierów Tikurilla, do której należały takie marki jak Jedynka, Beckers, Tikurilla, Polifarb Dębica. Kartel ten przez sześć lat ustalał ceny swoich produktów z marketami budowlanymi. W efekcie została ograniczona konkurencja wśród sprzedawców produktów Tikurilla. Castorama, która dostarczyła informacje o istnieniu zmony w ramach programu leniency, została zwolniona od sankcji finansowej, Tikurilla, która wyraziła chęć współpracy w toku postępowania, została ukarana grzywną w wysokości 9,3 mln zł, a Praktiker 39 mln. Łączna wysokość kary pieniężnej nałożonej na ten kartel wynosiła 48.323.539,24 zł Zwalczanie porozumień ograniczających konkurencję zarówno w Polsce, jak i w UE ma wspierać program leniency.

2. Leniency

Głównym celem programu leniency jest zmotywowanie przedsiębiorstw uczestniczących w kartelach (które są zakazane) do ujawnienia kartelu. Czynnikiem motywującym

³⁶⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2009, DOK-7/2009.

³⁶⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 15.12.2000, DOK-1-400/7/05/MB/AS.

³⁶⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.05.2010, DOK-4/2010.

jest zwolnienie z kary lub obniżenie jej wysokości. Chodzi tu o karę, która zostałaby nałożona na przedsiębiorstwo (uczestnika kartelu) przez właściwe organy ochrony konkurencji, jeśli wykryto by kartel bez pomocy przedsiębiorstwa.

Komisja przyjęła swój pierwszy program leniency w 1996 r. Miał on na celu zachęcenie członków kartelu do dobrowolnego ujawniania nielegalnych praktyk w zamian za zmniejszenie kary w niektórych przypadkach nawet do 100% jej wysokości. Był on stosunkowo skuteczny, ale zawierał pewne wady, co wymusiło jego zmiany. Pierwsza nastąpiła w 2002³⁶⁸ r., a druga w 2006 r., w którym KE wydała Obwieszczenie w sprawie zwolnienia z grzywien oraz zmniejszenia grzywien w przypadkach karteli³⁶⁹. Aby uzyskać zwolnienie, przedsiębiorstwa muszą dostarczyć dowody, które pozwolą Komisji wszcząć postępowanie, lub przedsiębiorstwo musi stać się pierwszym informatorem, tzn. pierwsze musi dostarczyć Komisji informacji, które pozwolą wszcząć postępowanie w oparciu o art. 101 TFUE.

Jednak aby skorzystać ze zwolnienia, wnioskujący musi spełnić określone warunki. Między innymi musi on bezzwłocznie dostarczyć Komisji materiał dowodowy, jaki posiada, musi pozostawać w dyspozycji Komisji, aby odpowiedzieć na jej ewentualne pytania, nie zniszczyć, nie spreparować ani nie ukryć żadnych dowodów przed zgłoszeniem do Komisji ani po zgłoszeniu i nie ujawnić informacji o zawartości wniosku, zanim Komisja nie przedstawi oświadczenia o zarzutach, chyba że zostanie zawarta ugoda³⁷⁰. Wnioskodawca ma także obowiązek zakończyć swój udział w kartelu, chyba że wcześniej zostanie zawarta ugoda między nim a Komisją. Obwieszczenie określa zakres informacji, jakie powinien dostarczyć wnioskodawca, włączywszy jego tożsamość i pewne szczegóły kartelu.

Obwieszczenie z 2006 r. przyczyniło się do wdrożenia systemu markerowania (mechanizm poświadczenia kolejności złożenia wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary), dzięki któremu wnioskodawca po pierwsze zna swoje miejsce w odniesieniu do innych wnioskujących o zwolnienie, a po drugie – jeśli jest pierwszy w kolejce – zachowuje swoje miejsce w trakcie zbierania materiału dowodowego, aby spełnić wymogi co do dostarczenia niezbędnych, niepodważalnych dowodów. Kluczową cechą nowego systemu wzmacniającą motywację do korzystania z niego jest przyznanie warunkowego zwolnienia na piśmie dla pierwszego przedsiębiorcy, który zgłosi się do Komisji, i ustalenie poziomu redukcji grzywien dla wszystkich następnych. Pierwszy z wnioskodawców, który dostarczy Komisji dowody posiadające „znaczną wartość

³⁶⁸ Dz. Urz. 2002, C 45/03.

³⁶⁹ Obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniania z grzywien oraz zmniejszenia grzywien w sprawach kartelowych, Dz. Urz. 2006, C 298/17.

³⁷⁰ *Ibidem*, pkt 12.

dodaną³⁷¹ w porównaniu z materiałem dowodowym, jakim ona dysponuje, otrzyma redukcję o 30–50% grzywny. Następny otrzyma 20–30% i każdy kolejny wnioskodawca do 20%.

Obwieszczenie w sprawie zwolnienia z grzywien oraz zmniejszenia grzywien w przypadkach karteli stanowi, że przedsiębiorstwo, które zmusi jakiegokolwiek inne przedsiębiorstwo do uczestniczenia w pozostaniu w kartelu, nie kwalifikuje się do zwolnienia, choć może skorzystać z redukcji grzywny. Pierwszy z wnioskodawców, który dostarczy Komisji dowody mające znaczącą wartość dodaną w porównaniu z dowodami, jakimi dysponuje Komisja, otrzyma redukcję o 30–50% grzywny. Następny otrzyma 20–30%. Każdy kolejny wnioskodawca do 20%.

Obwieszczenie przewiduje, że dowody, które wymagają niewielkiego stopnia potwierdzenia, są uznawane za posiadające znaczącą wartość dodaną (pkt 25). Ponadto ten rodzaj dowodów pozwala na nadzwyczajną redukcję grzywny, jeśli materiał dowodowy umożliwi Komisji ustalenie dodatkowych faktów co do ciężaru lub czasu trwania naruszenia. Zakres obowiązku współpracy przedsiębiorstwa wnioskującego o ograniczenie kary jest podobny do tego, jaki obowiązuje w przypadku złożenia wniosku o zwolnienie z grzywny.

Program ten nie chroni przedsiębiorstw, które wszczęły powództwo cywilne. Dlatego nie chroni on stron, które odniosły szkody w wyniku postępowania wszczętego przed sądem krajowym. Zmiany wdrożone w 2006 r. przewidują postępowanie mające na celu ochronę zeznań składanych Komisji przez przedsiębiorstwa przed ujawnieniem w cywilnym postępowaniu odszkodowawczym. Z tego też względu Komisja może wykorzystać ustne oświadczenie, nagrywać i rejestrować zeznania, ale nie może ich rozpowszechniać (nikt nie będzie mógł otrzymać kopii). Takie zeznania będą stanowiły część dokumentacji Komisji, a dostęp do nich jest ograniczony do adresata oświadczenia o zarzutach w danej sprawie, ale pod pewnymi, ściśle określonymi warunkami³⁷². Obwieszczenie z 2006 r. jest spójne z programem leniency opracowanym dla ESK.

³⁷¹ Obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniania z grzywien stanowi, że dowody, które wymagają niewielkiego stopnia potwierdzenia, są uznawane za posiadające znaczącą wartość dodaną. Ponadto ten rodzaj dowodów pozwala na nadzwyczajną redukcję grzywny, jeśli pozwolą one Komisji na ustalenie dodatkowych faktów co do ciężaru lub czasu trwania naruszenia. Zakres obowiązku współpracy przedsiębiorstwa wnioskującego o ograniczenie kary jest podobny do tego, jaki obowiązuje w przypadku złożenia wniosku o zwolnienie z grzywny (pkt 25). (<http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/documents.html>) [dostęp 20.03.2013].

³⁷² *Ibidem*, pkt 34.

2.1. Model leniency Europejskiej Sieci Konkurencji

Europejska Sieć Konkurencji stanowi sieć organów publicznych, które współpracują ze sobą, aby chronić konkurencję na rynku wewnętrznym. Obejmuje ona przedstawicieli wszystkich krajowych organów ochrony konkurencji i stanowi forum dyskusyjne m.in. w sprawach dotyczących stosowania europejskiego prawa konkurencji. Ponadto umożliwia ona elastyczną współpracę między krajowymi organami ochrony konkurencji.

Europejska sieć konkurencji nie podejmuje decyzji i nie może zmusić krajowego organu ochrony konkurencji do wszczęcia postępowania w sprawie.

Program leniency ESK ma również zastosowanie do tajnych karteli, które są najtrudniejsze do wykrycia i do zbadania bez współpracy przynajmniej z jednym z jego uczestników. W szczególności ma on zastosowanie do porozumień i/lub uzgodnionych praktyk między dwoma (lub więcej) konkurentami, mających na celu ograniczenie konkurencji poprzez podniesienie cen, ustalanie wielkości produkcji, podział rynku, włączywszy zmywy przetargowe. W programie leniency wdrożonym przez ESK krajowe organy ochrony konkurencji muszą wyrazić zgodę na wykluczenie ze zwolnienia przedsiębiorstwa, które zmusiło inne przedsiębiorstwo do uczestnictwa w kartelu. Jednakże dwa organy krajowe – Niemiec i Grecji – kategorycznie stwierdziły, że tylko wyłączny inicjator nie będzie mógł skorzystać ze zwolnienia z grzywny w ich kraju. Ta rozbieżność polega niestety na tym, że z jednej strony w praktyce trudno jest zdecydować, kto jest wiodącym członkiem kartelu, a z drugiej strony takie przedsiębiorstwo może dostarczyć bardzo istotnych informacji pozwalających na rozwiązanie kartelu. Podczas gdy logiczne jest wykluczenie możliwości skorzystania ze zwolnienia przez przedsiębiorstwo, które zmusiło inne do uczestnictwa w kartelu, nie jest zasadne zwolnienie inicjatora. Program leniency ESK obejmuje dwa sposoby łagodzenia kary: zwolnienie z kary pieniężnej (typ 1) i redukcja kary pieniężnej (typ 2).

Przedsiębiorstwo, które nie kwalifikuje się do zwolnienia – czy to ze względu na to, że nie dostarczyło odpowiedniego materiału dowodowego, czy ze względu na rolę, jaką odgrywa w kartelu – nie może uzyskać redukcji kary pieniężnej. Wysokość kary zostanie ograniczona tylko wówczas, gdy dostarczone informacje mają znaczną wartość dodaną dla postępowania. Pojęcie znacznej wartości dodanej zostało określone jako odnosząca się do zakresu, w jakim dostarczone dowody wzmacniają (ze względu na swoją naturę lub zawartość) zdolność krajowego organu ochrony konkurencji do udowodnienia kartelu³⁷³. Przedsiębiorstwo, które dostarcza dowodów, nie wie, czy mają one dodaną wartość, dopóki krajowy organ nie ujawni swoich materiałów. Tę nierówną pozycję

³⁷³ *Ibidem*, pkt 10.

kompensuje fakt, że właściwy organ informuje wnioskodawcę tak wcześnie, jak to możliwe, co do statusu jego wniosku. Jednakże nagroda za dostarczenie istotnych dowodów nie musi skutkować ograniczeniem wysokości grzywny o więcej niż 50%. Różnica między zwolnieniem z grzywny i redukcją jej wysokości jest uzasadniona, jeśli uwzględni się, że głównym celem każdego programu leniency jest wynagrodzenie pierwszego wnioskodawcy (przedsiębiorstwa muszą mieć świadomość, że największa nagroda przysługuje pierwszemu informatorowi). To pozwoli właściwemu organowi wykryć kartel.

W świetle pkt 13.1 programu leniency ESK wnioskodawca musi zaprzestać uczestnictwa w domniemanym kartelu natychmiast po złożeniu wniosku, zapewniając odpowiedni organ krajowy, że jego udział był niezbędny do utrzymania spójności postępowań różnych organów krajowych. Ten warunek potwierdza, że podstawową regułą jest wymóg, aby wnioskodawca zaprzestał uczestnictwa w kartelu przed złożeniem wniosku o zwolnienie. Wówczas istnieje mniejsze prawdopodobieństwo, że zostanie wydana wobec niego inna decyzja przez inny organ krajowy. Jednakże w wyjątkowych okolicznościach zaprzestanie uczestnictwa w kartelu może zostać opóźnione właśnie ze względu na zapewnienie spójności postępowań. Uzasadnia to konieczność utrzymania pewnej elastyczności, gdyż nagłe zniknięcie wnioskodawcy (np. niepojawianie się na umówionych spotkaniach członków kartelu) lub odmowa współpracy z członkami kartelu (np. nieuczestniczenie w wymianie informacji) będzie wskazywało zamiar wycofania się i może doprowadzić do ukrycia lub zniszczenia istotnych dokumentów.

Art. 13 ust. 2 programu leniency ESK nie tylko stanowi, że wnioskodawca musi współpracować stale z właściwym organem od czasu złożenia wniosku do zakończenia postępowania, ale też szczegółowo określa sposób takiej współpracy. Te obowiązki odnoszą się także do etapu przed złożeniem wniosku – wnioskodawca nie może zniszczyć materiału dowodowego ani ujawnić bezpośrednio lub pośrednio, że rozważy skorzystanie z programu.

W Polsce program leniency jest stosowany w oparciu o art. 109 u.o.k.k.³⁷⁴ i przepisy rozporządzenia³⁷⁵, które są spójne z regulacją unijną. Różnica dotyczy głównie poziomu redukcji kary. Pierwszy składający wniosek może otrzymać całkowite zwolnienie z kary. W przypadku drugiego wnioskodawcy redukcja może wynosić do 50%. Trzeci w kolejce otrzyma do 30% obniżki, a każdy następny maksymalnie 20%³⁷⁶. Aktualnie trwają prace legislacyjne nad nowelizacją ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

³⁷⁴ Ustawa z dnia 17.02.2007 o ochronie konkurencji i konsumentów, *op. cit.*

³⁷⁵ Rozporządzenie z dnia 26.01.2009 w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, Dz. U. Nr 20, poz. 109.

³⁷⁶ Wyjaśnienia w sprawie programu łagodzenia kar, pkt 30–31, http://uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_kar3.php [dostęp 21.02.2013]

z 2007 r., a jedną z istotnych zmian będzie poszerzenie narzędzi polityki antykartelowej o program leniency³⁷⁷. Ma to umożliwić przedsiębiorcy, który nie uzyskał odstąpienia od wymierzenia kary, dodatkowej jej redukcji (w stosunku do redukcji już uzyskanej) w przypadku udzielenia UOKiK informacji o innym niedozwolonym porozumieniu, nieznanym dotychczas Urzędowi. Kolejną ze zmian przewidzianą w noweli ustawy będzie także wdrożenie instytucji „dobrowolnego poddania się karze” na wzór postępowania ugodowego prowadzonego przed KE.

3. Postępowanie ugodowe

Procedura ugodowa (*settlement*) jest instrumentem, który ma wspomagać program leniency. Została ona przewidziana w rozporządzeniu KE³⁷⁸. Ma zwiększyć skuteczność organów antymonopolowych w walce z niedozwolonymi porozumieniami. Postępowanie ugodowe ma uprościć i skrócić długość postępowania w sprawach kartelowych w świetle rozporządzenia 1/2003³⁷⁹ poprzez ugody zawierane między KE i przedsiębiorstwami zaangażowanymi w antykonkurencyjne porozumienia. Postępowanie ugodowe powala pozwanym bezpośrednio zaangażować się wraz z Komisją w rozstrzygnięcie sporu i zapewnia wpływ (choć stosunkowo ograniczony) na jego ostateczny wynik.

3.1. Istota postępowania ugodowego

W prawie UE postępowanie ugodowe zostało oparte na art. 7 i 23 rozporządzenia 1/2003. Przepisy tego rozporządzenia stanowią podstawę prawną decyzji Komisji dotyczących zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Jednakże postępowanie ugodowe należy odróżnić od innych narzędzi, takich jak np. decyzje nakładające zobowiązania na przedsiębiorstwa w świetle art. 9 rozporządzenia 1/2003³⁸⁰. Potwierdza to

³⁷⁷ Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest dostępny na stronie <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/85314/85323/85324/dokument59329.pdf?lastUpdateDay=28.12.12&lastUpdateHour=9%3A34&userLogged=false&date=pi%C4%85tek%2C+28+grudzie%C5%84+2012> (art. 88a) [dostęp 30.06.2013]

³⁷⁸ Rozporządzenie Komisji WE Nr 622/2008 z dnia 30.06.2008 zmieniające rozporządzenie WE nr 773/2004 w odniesieniu do prowadzenia postępowań ugodowych w sprawach kartelowych, Dz. Urz. 2008, L 171, s. 3 oraz obwieszczenie Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na podstawie art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) Nr 1/2003 w prawach kartelowych, Dz. Urz. 2008, C 167, s. 1 (dalej obwieszczenie Komisji w sprawie postępowań ugodowych).

³⁷⁹ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 1/2003 z dnia 16.12.2002 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. 2003, L 1, s. 1.

³⁸⁰ Zob. E. Krajewska, *Settlement w świetle doświadczeń europejskich – w poszukiwaniu najlepszych rozwiązań*, iKAR 2012, Nr 4, s. 70 i n.

orzeczenie TSUE w sprawie *Alrosa*³⁸¹. Decyzje nakładające zobowiązania formalnie nie potwierdzają naruszenia, a jedynie zobowiązują do określonych zachowań, które pozwolą uniknąć obaw Komisji o naruszenie prawa konkurencji.

3.2. Procedura ugodowa

Przedsiębiorstwo, wobec którego toczy się postępowanie, może złożyć do Komisji wniosek w sprawie zawarcia ugody. Pewną wadą postępowania ugodowego jest to, że Komisja nie ma obowiązku podjęcia takiej procedury i ma swobodę podjęcia decyzji w tej kwestii³⁸². Rozważa ona wówczas prawdopodobieństwo osiągnięcia wspólnego porozumienia, biorąc pod uwagę liczbę stron uczestniczących w porozumieniu i możliwość kwestionowania faktów³⁸³. Jeśli Komisja uzna, że w danej sprawie należy skorzystać z procedury ugodowej, wyznacza stronom dwutygodniowy termin na podjęcie decyzji odnośnie do rozpoczęcia współpracy z nią³⁸⁴.

Po otrzymaniu wniosku od stron zainteresowanych podjęciem postępowania ugodowego Komisja podejmuje dialog z uczestnikami porozumienia³⁸⁵. Komisja nie zapewnia pełnego dostępu do dokumentów, ale strony mają dostęp do kluczowej dokumentacji i materiałów dowodowych, na których oparte są zarzuty. Oskarżeni mają więc prawo do zapoznania się z podstawowymi faktami ustalonymi w dotychczasowym postępowaniu, takimi jak przyjęte okoliczności faktyczne i prawne, klasyfikacja tych okoliczności, skala oddziaływania, długość funkcjonowania kartelu, przypisanie odpowiedzialności, szacunkowa wysokość grzywny, jak również dowody stanowiące podstawę ewentualnych zarzutów³⁸⁶. Dokumenty inne niż materiał dowodowy mogą zostać udostępnione przedsiębiorstwom na uzasadniony wniosek, choć Komisja zachowuje tutaj swobodę decyzyjną³⁸⁷. W toku postępowania strony nie mają jednak możliwości negocjowania z Komisją odnośnie do istnienia naruszenia prawa UE, poziomu grzywny czy wykorzystania dowodów³⁸⁸. Pozwani są przesłuchiwani i mają możliwość wniesienia sprzeciwu wobec zarzutów Komisji. Komisja może wyznaczyć przedsiębiorstwom 15 dni na

³⁸¹ Orzeczenie w sprawie T-170/06 *Alrosa Co Ltd przeciwko Komisji Europejskiej*, Zb. Orz. 2007, s. II-2601.

³⁸² Obwieszczenie Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych, *op. cit.*, pkt 5.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ *Ibidem*, pkt 9.

³⁸⁵ *Ibidem*, pkt 11.

³⁸⁶ *Ibidem*, pkt 16

³⁸⁷ *Ibidem*.

³⁸⁸ K. Mehta, M.L. Tirmo Centella, *EU Settlement Procedure. Public Enforcement Policy Perspective*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2008. Dokument dostępny na stronie <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/Mehta-TiemoCentella-2008.pdf> [dostęp 13.06.2013].

przedstawienie końcowej propozycji ugody³⁸⁹. Propozycja ta jest wiążąca dla stron i musi być złożona zgodnie z procedurą określoną w pkt 20 obwieszczenia. Jeśli postępowanie ugodowe nie doprowadzi do konsensusu, zostaje wszczęte tradycyjne postępowanie. Jeśli natomiast Komisja zatwierdzi ugodę uwzględniającą propozycje stron, strony w terminie co najmniej dwóch tygodni powinny odpowiedzieć na przedstawione zarzuty, ale wyłącznie poprzez ich jednoznaczne potwierdzenie. W przypadku braku odpowiedzi Komisja może pozostawić wniosek strony dotyczący udziału w postępowaniu ugodowym bez rozpoznania. Ostateczną decyzję podejmuje Komisja po uwzględnieniu propozycji ugodowych. Taka konstrukcja procedury ugodowej rodzi wątpliwości zarówno z punktu widzenia zakresu uprawnień procesowych stron, jak i z punktu widzenia przyspieszenia postępowania i tym samym ograniczenia jego kosztów.

3.3. Uprawnienia procesowe stron

Jak już wcześniej wskazano, przedsiębiorstwa w toku postępowania nie mają dostępu do pełnej dokumentacji³⁹⁰. Dostęp do dokumentów jest ograniczony w porównaniu z tradycyjną procedurą. Co do zasady strony mają dostęp tylko do wybranych, kluczowych dokumentów, choć w praktyce mogą żądać także dostępu do dodatkowych dokumentów Komisji, jeśli jest to niezbędne do ustalenia ich pozycji ze względu na jakieś szczególne aspekty sprawy. Komisja spełnia takie żądanie tylko gdy jest ono uzasadnione³⁹¹. Prawo do obrony jest realizowane za pośrednictwem funkcjonariusza ds. przesłuchań³⁹². Różnica w stosunku do tradycyjnej procedury jest taka, że jest ono wykorzystywane w ramach bilateralnej dyskusji w oczekiwaniu na formalne przedstawienie zarzutów. Postępowanie ugodowe może pozwolić zyskać stronom korzyści w formie obniżenia wysokości wymierzonej kary pieniężnej o wysokości 10%. Przyjmując, że przedsiębiorstwa będą zrzekać się swoich proceduralnych praw i uznają swoją odpowiedzialność, zmniejszenie wymiaru kary będzie prawdopodobnie atrakcyjne tylko w przypadkach, gdy pozwani mają ograniczone możliwości kwestionowania wysuwanych wobec nich zarzutów.

Zgodnie z procedurą postępowania ugodowego strony muszą złożyć Komisji wniosek, w którym wyraźnie potwierdzają zarówno swoje uczestnictwo w nielegalnym kartelu, jak i odpowiedzialność w świetle prawa UE. Przedsiębiorstwa obawiają

³⁸⁹ Obwieszczenie Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych, *op. cit.*, pkt 17.

³⁹⁰ Zob. D.W. Hull, M.J. Clancy, *The European Commission's New Settlement Procedure for Cartel Cases: a defence counsel's perspective*, [w:] Ch. Gheur, N. Petit (ed.), *Alternative enforcement techniques in EC competition: settlements, commitments and other novel instruments*, BRUYLANT 2009, s. 114–115.

³⁹¹ Obwieszczenie Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych, *op. cit.*, pkt 16.

³⁹² *Ibidem*, pkt 18.

się jednak ujawnienia informacji podanych we wniosku, ponieważ to mogłoby przyczynić się do wszczęcia postępowań odszkodowawczych przez strony trzecie. Wprawdzie Komisja zdecydowała się chronić poufność wniosków w sprawie postępowania ugodowego, ale przedsiębiorstwa nie mogą wyrażać obawy, że pisemne informacje, które strony muszą dołączyć do wniosku, mogą być wykorzystywane w innym postępowaniu³⁹³. Komisja Europejska ma świadomość tego problemu i zezwala na złożenie ustnego wniosku w sprawie mediacji³⁹⁴. Na wniosek Komisja zezwala także przedsiębiorstwom na ustne oświadczenie o zarzutach. Taka praktyka ma ograniczyć dostęp stron trzecich do dokumentów. Możliwość dostępu osób trzecich do dokumentów ogranicza też zwięzła forma decyzji, w której fakty nie są szczegółowo omawiane, a tylko krótko streszczone.

4. Postępowanie ugodowe w Polsce

W Polsce w projekcie zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidziano wdrożenie narzędzia wspomagającego program leniency na wzór postępowania ugodowego.

Jednakże ustawodawca posłużył się sformułowaniem „dobrowolne poddanie się karze” zamiast postępowanie ugodowe, co nie odzwierciedla istoty tej instytucji prawnej i może zniechęcać przedsiębiorców do współpracy z UOKiK. Sugeruje ono, że organ ochrony konkurencji ma niepodważalne dowody, a logicznie zachowujący przedsiębiorca skorzysta z możliwości dobrowolnego poddania się karze, aby uniknąć poważniejszych sankcji za antykonkurencyjne zachowanie. Tymczasem konstrukcja tego rozwiązania powinna pobudzać przedsiębiorców do podjęcia współpracy z organem antymonopolowym w oczekiwaniu na łagodniejszy wymiar kary. Tryb postępowania niewątpliwie zawiera elementy postępowania ugodowego, w związku z czym pojęcie zawarte w Projekcie ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wydaje się niewłaściwe także z tego względu. Procedura ugodowa pozwala na bardziej elastyczne podejście organów antymonopolowych w rozwiązaniu sprawy, a instytucja dobrowolnego poddania się karze wręcz taką możliwość wyklucza. Dlatego wątpliwe wydaje się, czy będzie ona stanowiła narzędzie wspomagające ściganie karteli w Polsce i czy będzie sprzyjała efektywności procesowej. Z punktu widzenia przedsiębiorcy tradycyjne postępowanie może wydawać się bardziej atrakcyjne, gdyż będą mogli wnieść

³⁹³ Por. K. Różewicz-Ladoń, *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i konsumentów w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*, Wolters Kluwer business 2011, s. 205–208.

³⁹⁴ Obwieszczenie Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych, *op. cit.*, pkt 38.

skargę na decyzję Prezesa UOKiK do sądu³⁹⁵. Atrakcyjność tego narzędzia osłabia także fakt, że inicjatywa jego wszczęcia będzie należała do organu ochrony konkurencji, a procedura będzie miała charakter głównie pisemny.

5. Leniency a postępowanie ugodowe

Doświadczenie pokazuje, że postępowanie ugodowe nie osłabia ani nie podważa skuteczności programu leniency³⁹⁶. Leniency i postępowanie ugodowe stanowią odrębne, ale komplementarne narzędzia służące walce z porozumieniami ograniczającymi konkurencję³⁹⁷. Postępowanie ugodowe w pewnym sensie uzupełnia program leniency. Ma ono zapewnić efektywność procesową w sytuacji, gdy organ ochrony konkurencji posiada już wiedzę odnośnie do istnienia kartelu i stosowny materiał dowodowy.

Leniency i postępowanie ugodowe stanowią narzędzia, które można wykorzystać łącznie, choć są różnymi mechanizmami. Przedsiębiorcy mogą skorzystać z programu leniency, nie uczestnicząc w postępowaniu ugodowym. Z kolei wycofanie się z postępowania ugodowego nie stanowi przeszkody w uzyskaniu obniżki w świetle leniency. Przedsiębiorcy mogą wycofać się z ugody w każdym czasie bez ryzyka utraty prawa do ograniczenia wymiaru kary na podstawie leniency, choć skutkiem takiej decyzji jest utrata możliwości obniżenia wysokości kary pieniężnej stosowanej w postępowaniu ugodowym.

Wyżej omówione narzędzia odgrywają niezwykle istotną rolę w postępowaniach antykartelowych, ale nie są w pełni skuteczne. Dlatego też w dyskusji dotyczącej efektywności walki z porozumieniami ograniczającymi konkurencję coraz więcej miejsca poświęca się roli prawa prywatnego.

6. Dochodzenie roszczeń na gruncie prawa prywatnego

W doktrynie wskazuje się, że dochodzenie roszczeń na gruncie prawa prywatnego jest pożądane z dwóch powodów. Po pierwsze umożliwia to zaspokojenie roszczeń ofiar naruszenia prawa konkurencji (środki prawa publicznego jedynie zapobiegają dalszym

³⁹⁵ Por. E. Krajewska, *op. cit.*, s. 71, 73–75.

³⁹⁶ Dotychczas KE zakończyła cztery postępowania ugodowe: decyzja KE w sprawie COMP-38/511-DRAM, Dz. Urz. 2011, C 180, s. 9; decyzja KE w sprawie COMP-38.866 *Fosforany paszowe*, Dz. Urz. 2011, C 111, s. 10; decyzja KE w sprawie COMP-39/579 *Detergenty dla gospodarstw domowych*, Dz. Urz. 2001, C 193, s. 14; decyzja KE w sprawie COMP/39605 *CRT Glass* (decyzja niepublikowana, dostępna na stronie http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39605/39605_2700_3.pdf) [dostęp 27.03.2013].

³⁹⁷ K. Mehta, M.L. Timo Centella, *op. cit.*

szkodom). Po drugie spór na gruncie prawa prywatnego powoduje wzrost liczby prywatnych powództw, poszerzając zakres stosowania prawa konkurencji.

Rozporządzenie 1/2003 przewiduje możliwość wzrostu przypadków dochodzenia roszczeń na gruncie prawa prywatnego niezależnie od tego, że sądy krajowe odgrywają ogromną rolę w zakresie przestrzegania prawa konkurencji UE³⁹⁸. Art. 16 rozporządzenia 1/2003 powinien ułatwiać dochodzenie roszczeń w postępowaniu sądowym. Jeśli Komisja podejmie skutecznie działania w sprawie naruszenia prawa konkurencji, jej decyzja wiąże sądy krajowe i dlatego powód nie musi udowodnić naruszenia ponownie. Wystarczy, że poniesie szkodę³⁹⁹. W większości przypadków rozstrzygnięcia sądów podążają za decyzjami Komisji lub krajowych organów ochrony konkurencji.

W literaturze kwestionowana jest jednak zasadność wykorzystania środków przymusu prawa prywatnego w prawie konkurencji. Z punktu widzenia działania prewencyjnego środki publicznoprawne są lepsze, ponieważ organy ochrony konkurencji posiadają bardziej efektywne kompetencje śledcze i możliwości nakładania sankcji. Prywatna jednostka będąca powodem jest motywowana chęcią zysków, a niekoniecznie wnoszeniem roszczeń przeciwko podmiotom, które swoimi praktykami antykonkurencyjnymi naruszyły interes publiczny. Organy krajowe będą interesowały się sprawami o dużym znaczeniu dla gospodarki. Koszty postępowania sądowego na gruncie prawa prywatnego są wyższe. Organy ochrony konkurencji są stałymi graczami, którzy specjalizują się w prawie konkurencji i dlatego koszty krańcowe ich dodatkowych działań są niższe.

Wprawdzie prywatnoprawne środki nie są doskonałe, ale nie ma dobrych argumentów pozwalających ograniczyć możliwość powództwa cywilnego, a ryzyko, że prywatne podmioty będą zaskarżały niesłusznie pewne działania, domagając się odszkodowania, dotyka wszystkich sporów sądowych, które mogą być powstrzymane przez sędziów sprzeciwiających się rozpatrywaniu bezpodstawnych roszczeń.

Mimo że Komisja jest zainteresowana promowaniem środków prawa prywatnego, jednocześnie wskazuje, że te instrumenty nie są dobrze rozwinięte i podaje w wątpliwość praktyczne ich wykorzystanie⁴⁰⁰. Często przyczyny ograniczonego wykorzystania powództwa cywilnego są związane z regułami proceduralnymi w niektórych państwach. W Europie ta droga dochodzenia roszczeń nie jest tak wykorzystywana jak

³⁹⁸ M. Bernatt, *Prywatny model ochrony konkurencji oraz jego realizacja w postępowaniu przed sądem krajowym*, [w:] S. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Wolters Kluwer business 2008, s. 299 i n.; A. Jurkowska, *Perspektywy prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji w Polsce na tle doświadczeń Unii Europejskiej*, PUG 2008, Nr 1, s. 22–28; A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2013, s. 105–148.

³⁹⁹ A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo 2010, s. 38–40.

⁴⁰⁰ Zob. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf [dostęp 15.05.2013].

np. w Stanach Zjednoczonych Ameryki, gdzie popularne jest dochodzenie praw na drodze sądowej.

Wzrastające zaangażowanie krajowych organów antymonopolowych w ściganie naruszeń prawa konkurencji powoduje wzrost zakresu poważniejszych problemów. Brakuje bowiem ustalonego sposobu działania i mechanizmów, które mogłyby wykorzystać organy ochrony konkurencji⁴⁰¹.

⁴⁰¹ I. Van Bael, J.F. Bellis, *Competition Law of the European Communities*, Kluwer Law International, 2005, s. 1034–1035.

Zakończenie

Kontrola zachowań przedsiębiorstw z punktu widzenia przepisu art. 101 TFUE jest klasycznym narzędziem ochrony konkurencji. Jest ona zorientowana na sposób zachowania przedsiębiorstw, które mogą ograniczyć konkurencję. Chodzi tu głównie o każdą kooperację, która skutkuje „dotkliwym ograniczeniem konkurencji”.

Przedsiębiorstwa zawierające antykonkurencyjne porozumienia zachowują się jak monopolisci (zmniejszają produkcję i podnoszą ceny), ograniczając tym samym poziom dobrobytu społecznego. Dlatego taki charakter kooperacji uzasadnia ingerencję organów administracji publicznej w działalność przedsiębiorstw i konieczność eliminowania wszelkich form współpracy ograniczającej sprawność działania rynku.

Przepisy prawa antymonopolowego wdrożono już w większości państw UE. Znaczącą rolę w walce z porozumieniami ograniczającymi konkurencję odgrywa KE, a w skali światowej OECD, co ma ogromne znaczenie, gdyż współczesne kartele mają często charakter międzynarodowy. Od lat 80. XX w. nasiliła się walka organów antymonopolowych oraz organizacji międzynarodowych z porozumieniami kartelowymi, czego przejawem jest rosnąca liczba wykrywanych spraw i rosnąca wysokość sankcji finansowych nakładanych na przedsiębiorstwa uczestniczące w porozumieniach. Wysoki poziom kar nie działa jednak dostatecznie prewencyjnie, gdyż zyski, jakie przedsiębiorstwa mogą osiągnąć poprzez nielegalne współdziałanie, są silną pokusą do nieprzestrzegania przepisów prawa konkurencji. Ponadto zawieraniu porozumień ograniczających konkurencję sprzyjają trudności z ich wykrywaniem i gromadzeniem materiału dowodowego przez organy ścigania, co umożliwia osiągnięcie zysków monopolowych przez wiele lat.

Znaczna liczba porozumień zawieranych niezgodnie z prawem konkurencji wskazuje, że sankcje stosowane wobec przedsiębiorstw i w niektórych systemach prawnych (USA, Wielka Brytania) także wobec jednostki (łącznie z karą pozbawienia wolności) nie osiągnęły jeszcze optymalnej skuteczności. Analiza sankcji nakładanych przez organy ochrony konkurencji i warunków ich łagodzenia daje asumpt do sformułowania poglądu, że organy antymonopolowe nie posiadają dobrych narzędzi ograniczania porozumień ograniczających konkurencję. Wprawdzie niedawno zostały one rozbudowane o postępowanie ugodowe, ale zbyt niski ilościowy próg obniżenia kary nie motywuje przedsiębiorstw do skorzystania z niego. Przedsiębiorstwa mogą być zniechęcone do skorzystania z ugody ze względu na wady, jakie wiążą się z tą procedurą. Głównie chodzi tu o ograniczenie pewności prawnej stron porozumienia i wzrost ryzyka wniesienia powództw o odszkodowanie przez strony trzecie.

Szkody, jakie wynikają z zawierania porozumień ograniczających konkurencję, wynoszą 15–20% wartości objętego kartelami handlu. Niektórzy twierdzą nawet, że mediana wynosi 25%⁴⁰², a skuteczność sankcji nakładanych aktualnie na przedsiębiorstwa uczestniczące w zakazanych porozumieniach trudno uznać za zadowalającą. Dlatego też rola państwa w zakresie polityki antykartelowej wymaga modyfikacji. Konieczna jest bowiem poprawa technik wykrywania zawieranych przez przedsiębiorstwa porozumień, zwiększenie skuteczności programu leniency i poprawa efektywności ESK. Ponadto państwa członkowskie UE powinny poszukiwać nowych form przeciwdziałania zmonopolizacji, bazujących nie tylko na sankcjach finansowych. Pożądana wydaje się np. penalizacja naruszeń kartelowych osób fizycznych. Być może właściwym narzędziem zarówno na poziomie unijnym, jak i krajowym byłaby kryminalizacja zachowań członków zarządu spółek lub pracowników szczebla menedżerskiego uczestniczących w procesie zawierania zakazanych przez prawo konkurencji porozumień. Istotne narzędzie prewencyjnej walki z porozumieniami ograniczającymi konkurencję mogłoby stanowić zwiększenie sankcji dla przedsiębiorstw ponownie zawierających takie porozumienia. Ważną rolę mogłoby też odegrać samo przyspieszenie postępowania administracyjnego prowadzonego przez krajowe organy ochrony konkurencji w państwach członkowskich UE lub przez Komisję. Odrębna grupa narzędzi, które jeszcze nie są w wystarczającym stopniu wykorzystywane, mieści się w obszarze prawa prywatnego. Przede wszystkim należałoby upowszechnić możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. Istotną rolę mogłoby odegrać także upowszechnienie *compliance*.

⁴⁰² J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press 2007, s. 750.

Bibliografia

Literatura

- Apon J., *Cases against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies*, ECLR 2007, Nr 6.
- Bael I. van, Bellis J.F., *Competition Law of the European Communities*, Kluwer Law International, 2005.
- Bagdziński T., *Analiza joint ventures w prawie antymonopolowym*, [w:] S. Biernat (red.), *Studia z prawa Unii Europejskiej*, Wydawnictwo UJ 2000.
- Banasiński C., *Ewolucja ustawodawstwa antymonopolowego w Polsce*, [w:] C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej. Studia prawno-ekonomiczne*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2005.
- Banasiński C., *Kompetencje decyzyjne Komisji Europejskiej i Prezesa UOKiK wynikające z rozporządzenia Rady UE nr 1/2003 w świetle zasady równoległego stosowania wspólnotowego i krajowego prawa antymonopolowego*, PPH 2009, Nr 3.
- Bangard Ch., Möller D., Raiman A., Szadkowski N., Dubejko W., *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, UOKiK, Bonn–Warszawa 2007.
- Behrens P., *Teoretyczne i praktyczne problemy stosowania instrumentów ekonomicznych w prawie kartelowym*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, UOKiK, Warszawa 2007.
- Bernatt M., Jurkowska A., Skoczny T., *Ochrona konkurencji i konsumentów*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2007.
- Bieliński J., Brodecki Z., Domachowska K., Hirsz J., Kucharski M., Marcinkowska I., Nestorowicz M., Paradowski P., Rosiak P., Zielińska-Głębocka A., Zużewicz I., *Konkurencja*, LexisNexis, 2004.
- Bolecki A., Drozd S., Famirska S., Kozak M., Kulesza M., Małała A., Wardyński T., *Prawo konkurencji*, LexisNexis 2011.
- Brodley J.F., *Joint Ventures and Antitrust Policy*, Harvard Law Review 1982, Nr 95.
- Brown C., *Bayer v Commission, the ECI Agrees*, ECLR 2004, Nr 7.
- Brzezińska-Rawa A., *Wprowadzenie do prawa antymonopolowego*, TNOiK 2009.
- Cellerle S.M. de, Mezzapesa G., *The Commission Settlement Package*, ECLR 2009, Nr 12.
- Connor J.M., *Cartel fine severity and the European Commission: 2007–2011*, ECLR 2013, Nr 2.
- Cook J., Kerse S., *EC Merger Control*, 5th ed., Sweet&Maxwell 2009.
- Danagher L., *The criminalisation of cartels: a European and trans-Atlantic Perspective*, ECLR 2012, Nr 11.
- Dolata T., *The Fight Against Unfair Competition in Poland in the Years 1918–1939*, WRLAE 2012, Nr 2.
- Evans A., *European Competition Law and Consumers: The Article 85 (3) Exemption*, ECLR 1981, Nr 2.

- Faull J., Nikpay A. (ed.), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press 2007.
- Fornalczyk A., *Biznes a ochrona konkurencji*, Wolters Kluwer business 2007.
- Fornalczyk A., *Pierwsze doświadczenia Urzędu Antymonopolowego*, [w:] C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej. Studia prawno-ekonomiczne*, UOKiK, Warszawa 2005.
- Goyder D.G., *EC Competition Law*, 3rd ed., Oxford University Press 1998.
- Gronowski S., *Polskie prawo antymonopolowe*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 1998.
- Gronowski S., Wojtaszek-Mik E., *Ustawa antymonopolowa. Orzecznictwo. Piśmiennictwo. Przepisy*, C.H. Beck, Warszawa 1998.
- Hawk B., *Joint Ventures under EEC Law*, Fordham Corporate Law Institute 1991.
- Hawk E., *Bright Line Shareholding Test to End the Nightmare Under EEC Merger Regulation*, CMLR 1993, Nr 30.
- Holmes K., *Public Enforcement or Private Enforcement? Enforcement of Competition Law in the EC and the UK*, ECLR 2004, Nr 1.
- Hull D.W., Clancy M.J., *The European Commission's New Settlement Procedure for Cartel Cases: a defence counsel's perspective*, [w:] Ch. Gheur, N. Petit (ed.), *Alternative enforcement techniques in EC competition: settlements, commitments and other novel instruments*, BRUYLANT 2009.
- Jakobsen P., Broberg M., *The concept of Agreement in Article 81 EC: on Manufacturers' right to Prevent Parallel Trade within European Community*, ECLR 2002, Nr 3.
- Jedlicková B., *One among many or one above all? The role of consumer and their welfare in competition law and policy*, ECLR 2013, Nr 33 (12).
- Jones A., *Woodpulp: Concerted Practice and/or Consciours Parallelism?*, ECLR 1993, Nr 6.
- Jurczyk Z., *Kartele w polityce konkurencji UE*, C.H. Beck 2012.
- Jurczyk Z., *Wybrane zagadnienia polityki konkurencji*, UOKiK, Warszawa 2004.
- Jurkowska A., *Perspektywy prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji w Polsce na tle doświadczeń Unii Europejskiej*, PUG 2008, Nr 1.
- Jurkowska A., *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, 2005.
- Jurkowska A., Skoczny T. (red.), *Wylączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego 2008.
- Jurkowska-Gomułka A., *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2013.
- Jurkowska-Gomułka A., *Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 roku*, iKAR 2012, Nr 1.

- Kerse Ch.S., Kahn N., *EU Antitrust Procedure*, Sweet&Maxwell 2012.
- Kohutek K., *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących*, Wolters Kluwer business, 2012.
- Kohutek K., *Stosunek między art. 81 i 82 Traktatu a krajowym prawem konkurencji (reguły konwergencji)*, PUG 2006, Nr 4.
- Kolasiński M., *Obowiązek współpracy gospodarczej w prawie antymonopolowym*, Dom Organizatora, Toruń 2009.
- Kosikowski C., Ławicki T., *Ochrona prawna konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, PWN, 1994.
- Kosiński E., *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń zastosowania ogólnych reguł konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2007.
- Kowalik-Bańczyk K., *Pojęcie „wpływu na handel” jako kryterium stosowania przez sądy krajowe wspólnotowego prawa konkurencji*, PUG 2008, Nr 2.
- Kowalik-Bańczyk K., *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych. W kierunku unifikacji standardów proceduralnych UE*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2012.
- Krajewska E., *Settlement w świetle doświadczeń europejskich – w poszukiwaniu najlepszych rozwiązań*, iKAR 2012, Nr 4.
- Krasnodębska-Tomkiel M., *Przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję – art. 81 i 82 TWE a krajowe prawo antymonopolowe*, PPH 2005, Nr 7.
- Król-Bogomilska M., *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, KiK Konieczny i Kruszewski, Warszawa 2001.
- Król-Bogomilska M., *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar 2013.
- Kurcz B., *Lizboński misz-masz. Wpływ Traktatu lizbońskiego na prawo konkurencji*, [w:] B. Kurcz (red.), *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Wolters Kluwer business 2010.
- Kurz R., Rall L., *Kriterien zur wettbewerbspolitischen Beurteilung der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen. Eine Analyse aus der Sicht Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaften*, Generaldirektion Wettbewerb, Institut für angewandete Wirtschaftsforschung, Tübingen 1986.
- Kyprianides G.P., *Critically evaluate treatment of information exchange in TFEU article 101 cases*, ECLR 2012, Nr 9.
- Lohrberg J., Huhtamäki M., *Outsourcing Transactions and Merger Control*, ECLR 2008, Nr 8.
- Manzini P., *The European Rule of Reason: Crossing the Sea of Doubt*, ECLR 2002, Nr 8.
- Materna G., *Adresaci zakazu praktyk ograniczających konkurencję i prawie polskim i wspólnotowym*, EPS 2009, Nr 6.
- Materna G., *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie konkurencji*, Wolters Kluwer business 2009.
- Mehta K., Tirno Centella M.L., *EU Settlement Procedure. Public Enforcement Policy Perspective*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2008.

- Dokument dostępny na stronie <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/Mehta-TiernoCentella-2008.pdf> [dostęp 13.06.2013].
- Mering L., *Praktyki ograniczające konkurencję*, [w:] A. Pawłowski, S. Koroluk, L. Mering (red.), *Prawo ochrony konkurencji*, Prawo i Praktyka Gospodarcza 2004.
- Miąsik D., *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze 2004.
- Monti G., *Competition Law*, Cambridge University Press 2007.
- Monti M., *European Competition Policy: Quo Vadis?*, 10.04.2003, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-03-195_en.htm [dostęp 15.03.2013].
- Motta M., *Competition Policy Theory and Practice*, Cambridge University Press 2004.
- Navarro E., Font G.A., Folguera C.J., Briones A.J., *Merger Control in the European Union*, Oxford 2002.
- Ossowska A., *Co, komu i za ile? Zastosowanie prawa konkurencji i mikroekonomii do oceny wymiany informacji między przedsiębiorstwami*, [w:] B. Kurcz (red.), *Prawo i ekonomia konkurencji*, Wolters Kluwer business 2010.
- Pęczalska B., *Ochrona konkurencji*, C.H. Beck, 2007.
- Pera A., *Prevention of Antitrust violations: which role of compliance programs?* ECLR 2013, Nr 5.
- Piszcz A., *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Temida 2, Białystok 2013.
- Pitofsky R., *Joint Ventures under Antitrust Law: Some Reflections on the Significance of Penn-Olin*, Harvard Law Review 1969, Nr 8.
- Posner R.A., *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press, Chicago 2000.
- Reichelt D., *To What Intent Does the Co-operation within the European Competition Network Protect the Rights of Undertakings?*, CMLRev 2005, Nr 42.
- Richardson R., *Guidance without guidance: a European Revolution in Fining Policy?* ECLR 1999, Nr 7.
- Riley A., *The ECHR Implications of the Investigation Provisions of the Draft Competition Regulation*, ICLQ 2002, Nr 51.
- Riley A., *The EU Reform Treaty and Competition Protocol: undermining EC Competition Law*, CMLR 2007, Nr 12.
- Ritter L., Braun D.W., Rawlinson F., *EC Competition Law: Practitioner's Guide*, Student Edition, Haag 2000.
- Różewicz-Ładoń K., *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*, Wolters Kluwer business 2011.
- Sachajko M., *Administracyjna kara pieniężna jako element systemu sankcjonowania naruszeń wspólnotowych oraz polskich zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, [w:] C. Banasiński, M. Kępiński, B. Popowska, T. Rabska (red.), *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, UOKiK, Warszawa 2006.
- Salop S.C., *Analysis of Foreclosure in the EC Guidelines on Vertical Restraints*, Fordham Corporate Law Institute, 2000.

- Scherer F.M., Ross G., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd ed., Houghton Mifflin, Boston 1990.
- Semeniuk P., *Polskie z umowy przetargowe – krytyka*, iKAR 2013, Nr 1.
- Sieradzka M., *Pozew grupowy jako instrument prywatnoprawnej ochrony interesów konsumentów z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, Wolters Kluwer business 2012.
- Šilhán J., *The concept of relevant market: some critical remarks*, ECLR 2012, Nr 33 (12).
- Skoczny T. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, C.H. Beck 2009.
- Skoczny T., *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie – wnioski dla Polski*, RPEiS 2011, Z. 2.
- Stakheyeva H., *Removing obstacles to a more effective private enforcement of competition law*, ECLR 2012, Nr 33 (9).
- Stefaniuk M., *Publicznoprawne reguły konkurencji*, VERBA 2005.
- Szafrański D., *Przedsiębiorca zagraniczny jako przedsiębiorca w zakresie praktyk ograniczających konkurencję*, EPS 2009, Nr 6.
- Szpringer W., *Regulacja konkurencji a konkurencja regulacyjna. Ujęcie instytucjonalne*, Poltext 2010.
- Szydło M., *Konkurencja regulacyjna w prawie spółek*, Wolters Kluwer business 2008.
- Szydło M., *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Dom Organizatora, Toruń 2006.
- Temple Lang J., *European Community Antitrust Law and Joint Ventures involving Transfer Technology*, Fordham Corporate Law Institute 1982.
- Turnbull S., *Barriers to Entry, Article 86 and the Abuse of a Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law*, ECLR 1996, Nr 2.
- Vezzoso S., *The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A Pro-Innovation „Economics-Based” Approach*, ECLR 2006, Nr 7.
- Viscusi W.K., Harrington Jr J.E., Vernon J.M., *Economics of Regulation and Antitrust*, 4th ed., Cambridge University Press 2005.
- Węgrzynowski Ł., *Kontrola treści umowy w prawie ochrony konkurencji*, PPH 2009, Nr 4.
- Weitbrecht A., *From Freiburg to Chicago and Beyond – the first 50 Years of European Competition Law*, ECLR 2008, Nr 2.
- Werden G., *Demand Elasticities in Antitrust Analysis*, Antitrust Law Journal 1998, Nr 66.
- Wessleing R., *Subsidiarity in Community competition Law over National Law*, ELRev 1997, Nr 22.
- Whish R., *Competition Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2005.
- Zonnekeyn G., *The Treatment of Joint Ventures under the Amended EC Merger Regulation*, ECLR 1998, Nr 7.

Akty prawne

- Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), Dz. Urz. 2008, C 115/4 .
- Ustawa z dnia 23.04.1964 Kodeks Cywilny, Dz. U. z 1963, Nr 16, poz. 93 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 2.08.1926 zwalczająca praktyki monopolistyczne, Dz. U. Nr 96, poz. 559.

- Ustawa z dnia 2.07.2004 o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 17.02.2007 o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.
- Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 4.07.1933 w sprawie rejestru kartelowego, Dz. U. Nr 48, poz. 383.
- Rozporządzenie Rady (EWG) Nr 4064/89 z dnia 21.12.1989 w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, Dz. Urz. 1990, L 257/13.
- Rozporządzenie Rady (WE) Nr 1310/97 z dnia 30.06.1997 zmieniające rozporządzenie (EWG) Nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. 1997, L 180/1.
- Rozporządzenie Nr 2790/99 z dnia 22.12.1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (art. 101 ust. 3 TFUE) do porozumień wertykalnych i uzgodnionej praktyki, Dz. Urz. 1999, L 336/21.
- Rozporządzenie Nr 2658/2000, z 29.11.2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych, Dz. Urz. 2000, L 304/3.
- Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 2659/2000 z dnia 29.11.2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o badaniach i rozwoju, Dz. Urz. 2000, L 304/7.
- Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 1400/2002 z dnia 31.07.2002 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE [101 ust. 3 TFUE] do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze motoryzacyjnym, Dz. Urz. 2002, L 203/30.
- Rozporządzenie Rady (WE) Nr 1/2003 z dnia 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 81 Traktatu, Dz.U. 2003, L 1/1.
- Rozporządzenie Rady (WE) Nr 139/04 z dnia 20.01.2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. 2004, L 24/1.
- Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 773/2004 z dnia 7.04.2004 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu [101 ust. 3 TFUE] do kategorii porozumień o transferze technologii, Dz.Urz. 2004, L 123/11.
- Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 773/2004 z dnia 7.04.2004 dotyczące prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i 82 Traktatu (WE) [art. 101 i 102 TFUE], Dz. Urz. 2004, L 123/18.
- Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 1459/2006 z dnia 28.09.2006 w sprawie stosowania w sprawie zastosowania art. 81 ust. 3 Traktatu wobec pewnych kategorii porozumień i praktyk uzgodnionych w zakresie konsultacji w sprawie taryf pasażerskich stosowanych w ramach rejsowych połączeń lotniczych oraz przydziału czasu na start lub lądowanie w portach lotniczych, Dz. Urz. 2006, L 272/3.
- Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 622/2008 z dnia 30.06.2008 zmieniające rozporządzenie WE Nr 773/2004 w odniesieniu do prowadzenia postępowań ugodowych w sprawach kartelowych, Dz. Urz. 2008, L 171/3.

- Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 267/2010 z dnia 24.03.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym, Dz. Urz. 2010, L 83/1.
- Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 330/2010 z dnia 20.04.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. 2010, L 102/1.
- Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 1218/2010 z dnia 14.12.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych, Dz. Urz. 2010, L 335/43.
- Rozporządzenie RM z dnia 26.01.2009 w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, Dz. U. Nr 20, poz. 109.

Wytyczne Komisji

- Wytyczne Komisji w sprawie operacji koncentracyjnych i kooperacji w świetle rozporządzenia Rady (EWG) Nr 4064/89 z 21.12.1989, Dz. Urz. 1990, C 203/10.
- Wytyczne Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, Dz. Urz. 2004, C 101/97.
- Obwieszczenie Komisji w sprawie pojęcia „wspólnych przedsiębiorstw o pełnym zakresie funkcji” przewidzianego w rozporządzeniu Rady (EWG) Nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. 1998, C 66/1.
- Wytyczne Komisji w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia Nr 17 oraz art. 65 ust. 5 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Węgla i Stali, ECSC Treaty, Dz. Urz. 1998, C 9/3.
- Wytyczne Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (*de minimis*), Dz. Urz. 2001, C 368/13.
- Wytyczne Komisji w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień w sprawie transferu technologii, Dz. Urz. 2004, C 101/2.
- Wytyczne Komisji w sprawie pojęcia wpływu na handel między państwami członkowskimi zawartego w art. 81 i 82 TWE [101 i 102 TFUE], Dz. Urz. 2004, C 101/81.
- Wytyczne Komisji w sprawie kooperacji w ramach sieci organów ochrony konkurencji, Dz. Urz. 2004, C 101/43.
- Wytyczne Komisji w sprawie współpracy Komisji i sądów krajowych w państwach członkowskich UE w zakresie stosowania art. 81 i 82 TWE, Dz. Urz. 2004, C 101/54.
- Obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniania z grzywien oraz zmniejszenia grzywien w sprawach kartelowych, Dz. Urz. 2006, C 298/17.
- Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/04 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. 2008, C 95/1.

Obwieszczenie Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na podstawie art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) Nr 1/2003 w sprawach kartelowych, Dz. Urz. 2008, C 167/1.

Wytyczne Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz. Urz. 2010, C 130/1.

Wytyczne Komisji w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, Dz. Urz. 2011, C 11/1.

Orzecznictwo

Orzeczenie w sprawach połączonych 56 i 58/64 *Établissements Consten Sarl and Grundig-Verkaufs-GmbH przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1966, s. 299.

Orzeczenie w sprawie 56/65 *Société Technique Minière (STM) przeciwko Maschinenbau Ulm GmbH*, Zb. Orz. 1966, s. 235.

Orzeczenie w sprawie 23/67 *Brasserie de Haecht przeciwko Wilkin Janssens (No.1)*, Zb. Orz. 1967, s. 407.

Orzeczenie w sprawie 5/69 *Völk przeciwko Veravaecke*, Zb. Orz. 1969, s. 295.

Orzeczenie w sprawie 41/69 *Chemiefarma przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1970, s. 661.

Orzeczenie w sprawie 48/69 *ICI przeciwko Komisji (Dyestuffs)*, Zb. Orz. 1972, s. 619.

Orzeczenie w sprawie 22/71 *Beguelin Import przeciwko GL Import Export*, Zb. Orz. 1971, s. 949.

Orzeczenie w sprawie 8/72 *Vereiniging van Cementhandelaren przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1972, s. 977.

Orzeczenie w sprawie 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1977, s. 1875.

Orzeczenie w sprawie 27/76 *United Brands Company przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1978, s. 207.

Orzeczenie w sprawie 19/77 *Miller przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1978, s. 131.

Orzeczenie w sprawie 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin NV przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1983, s. 3461.

Orzeczenie w sprawie 107/82 *AEG przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1983, s. 3151.

Orzeczenie w sprawie 123/83 *BNIC przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1983, s. 391.

Orzeczenie w sprawie 25 i 26/84 *Ford przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1985, s. 2725.

Orzeczenie w sprawie 75/84 *Metro przeciwko Komisji (Metro Nr 2)*, Zb. Orz. 1986, s. 3021.

Orzeczenie w sprawie 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Zb. Orz. 1986, s. 353.

Orzeczenie ETS w sprawach połączonych 89, 104, 114, 116, 117 i 125-129/85 *Ahlström and others przeciwko Komisji Wood Pulp*, Zb. Orz. 1993, s. I-1307.

Orzeczenie w sprawie 246/86 *Belasco and others przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1989, s. 2117.

Orzeczenie w sprawie 62/86 *AKZO Chemie BV*, Zb. Orz. 1991, s. 3359.

Orzeczenie w sprawach połączonych 46/87 i 227/88 *Hoechst AG przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1989, s. 2859.

Orzeczenie w sprawie T-7/89 *Hercules Chemicals NV przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1991, s. II-1711.

- Orzeczenie w sprawie T-68/89, 77/89 i 78/99 *Società Italiana Vetro przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1992, s. II-1403.
- Orzeczenie w sprawie C-234/89 *Delimitis przeciwko Henninger Bräu*, Zb. Orz. 1991, s. I-955.
- Orzeczenie w sprawie T-148/89, *Tréfilunion SA przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1995, s. II-1063.
- Orzeczenie w sprawie T-24/90 *Automec przeciwko Komisji (Automec II)*, 1992, ECR II-2223.
- Orzeczenie w sprawie C-41/90 *Höfner and Elser przeciwko Komisji Macrotron GmbH*, Zb. Orz. 1991, s. I-1979.
- Orzeczenie w sprawie T-77/92 *Parker przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1994, s. II-549.
- Orzeczenie w sprawie C 199/92 *Hüls przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1999, s. I-4287.
- Orzeczenie w sprawie T-102/92 *Viho Europe BV przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1995, s. II-17.
- Orzeczenie w sprawie C-49/92P *Komisja przeciwko Anic SpA*, Zb. Orz. 1999, s. I-4125.
- Orzeczenie w sprawie C-250/92 *Gøttrup Klim Grovvarforenigner przeciwko Danek Landbrugs Grovvarseselskab*, Zb. Orz. 1994, s. I-5641.
- Orzeczenie w sprawie T-17/93 *Matra Hachette przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1994, s. II-595.
- Orzeczenie w sprawach połączonych T-528, 542, 543 i 546/93 *Métropole Télévision*, Zb. Orz. 1996, s. II-649.
- Orzeczenie w sprawach połączonych T-374, 375, 384 i 388/94 *European Night Services przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1998, s. II-3141.
- Orzeczenie w sprawie T-395/94 *Atlantic Container Line AB przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2002, s. II-875.
- Orzeczenie w sprawie T-334/94 *Sarrió SA przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1998, s. II-1439.
- Orzeczenie w sprawie 7/95 P *Deere*, Zb. Orz. 1998, s. I-3111.
- Orzeczenie w sprawie C-73/95P *Viho Europe*, Zb. Orz. 1996, s. I-5457.
- Orzeczenie w sprawach połączonych T-25/95, T-26/95, T-30/95 do T-32/95, T-34/95 to T-39/95, T-42/95 to T- 46/95, T-48/95, T-50/95 to T-65/95, T-68/95 to T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 and T-104/95, T-25-104/95 *Cimenteries CBR przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2000, s. II-491.
- Orzeczenie w sprawach połączonych 89, 104, 114, 116, 117 i 125-129/95 *Ahlström i inni przeciwko Komisji (znane jako sprawa Wood Pulp)*, Zb. Orz. 1993, s. I-1307.
- Orzeczenie w sprawie C-67/96 *Albany International BV v Stichting BedrijfspensioenfondsTextielindustrie*, Zb. Orz. 1999, s. I-5751.
- Orzeczenie w sprawie T-102/96 *Gencor Ltd. przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1999, s. II-753.
- Orzeczenie w sprawie C-306/96 *Javico International and Javico AG przeciwko Yves Saint Laurent Parfums SA*, Zb. Orz. 1998, s. I-1983.
- Orzeczenie w sprawie C-219/97 *Maatschappij Drijvende Bokken BV przeciwko Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer – en Havenbedrijven*, Zb. Orz. 1999, s. I-6121.
- Orzeczenie w sprawie T-228/97 *Irish Sugar przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1999, s. II-2969.
- Orzeczenie w sprawie T-48/98 *Acerinox przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2001, s. II-3859.

- Orzeczenie w sprawie T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2003, s. II-4653.
- Orzeczenie w sprawie C-344/98 *Mastefoods przeciwko HB Ice Carem*, Zb. Orz. 2000, s. I-11369.
- Orzeczenie w sprawie T-112/99 *Métropole Télévision (M6) i inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2001, s. II-2459.
- Orzeczenie w sprawach połączonych C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P i C-254/99 P, *Limburgse Winyl Maatschappij NV i inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2002, s. I-8375.
- Orzeczenie w sprawie C-238/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij (LVM) i inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2002, s. I-8375.
- Orzeczenie w sprawach połączonych C-125/07 P, C-125/07 P i 135/07 P *Erste Group Bank i inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2009, s. I-8681.
- Orzeczenie w sprawie C-309/99 *Wouters przeciwko Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Zb. Orz. 2002, s. I-577.
- Orzeczenie w sprawach połączonych C-2/01 P i 3/01 P *BAI i Komisja przeciwko Bayer*, Zb. Orz. 2004, s. 23.
- Orzeczenie w sprawie T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2006, s. II-2969.
- Orzeczenie w sprawach połączonych T-209/01 *Honeywell i GE przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2005, s. II-5527.
- Orzeczenie w sprawach połączonych T-236/01, T-239/01, T-244/01-T246/01, T251/01 i T252/01, *To-kai Karbon Co. Ltd and others przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2004, s. II-1181, pkt 291–315.
- Orzeczenie w sprawie T-56/02 *Bayerische Hypo und Vereinsbank przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2004, s. II-3495.
- Orzeczenie w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, C205/02 P-C-208/02 P i C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S and inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2005, s. I-5425.
- Orzeczenie w sprawach połączonych T-259-264/02 i T-271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG i inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2006, s. II-5169.
- Orzeczenie w sprawie T-282/02 *Cementbouw przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2006, s. II-319.
- Orzeczenie w sprawie T-99/04 *AC-Treuhand AG przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 200, s. II-1501.
- Orzeczenie w sprawie T-201/04 *Microsoft przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2007, s. II-3601.
- Orzeczenie w sprawie T-101/05 *BASF przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2007, s. II-4949.
- Orzeczenie w sprawie C-238/05 *Asnef-Equifax przeciwko Ausbanc*, Zb. Orz. 2006, s. I-11125.
- Orzeczenie w sprawie T-170/06 *Alrosa Co Ltd przeciwko Komisji Europejskiej*, Zb. Orz. 2007, s. II-2601.
- Orzeczenie w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV i inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2009, s. I-4529.
- Orzeczenie w sprawie C-97/08P *AkzoNobel przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2009, s. I-8237.

- Wyrok ETPCz z 16.12.1992 w sprawie *Niemietz przeciwko Republika Federalna Niemiec*, 1993, 16 EHRR 97, pkt 31.
- Wyrok ETPCz z 16.04.2002 w sprawie *Société Coals Est i inni przeciwko Francji*, 37971/97, 2002 ETPCz 418, pkt 49.
- Wyrok SN z 3.03.2010, III SK 37/09, OSNP 2011, Nr 64, s. 19–20.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 1.03.2012, VI ACa 1179/11.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19.12.2012, VI ACa 752/12.

Decyzje Komisji Europejskiej

- Decyzja KE z 24.07.1969 w sprawie IV/26 267 *Farbstoffe*, Dz. Urz. 1969, L 195/11.
- Decyzja KE z 24.07.1969 w sprawie IV/26.623 *Internationales Chininkartell*, Dz. Urz. 1969, L 192/5.
- Decyzja KE z 12.12.1983 w sprawie IV/31.370 and 31.446 *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, Dz. Urz. 1992, L 68/19.
- Decyzja KE z 6.08.1984 w sprawie IV/30.350 *Zinc Producer Group*, Dz. Urz. 1984, L 220/27.
- Decyzja KE z 23.04.1986 w sprawie IV/31.149 *Polypropylene*, Dz. Urz. 1986, L 230/1.
- Decyzja KE z 17.12.1986 w sprawie IV/31.340 *Mitchell Cotts Sofiltr*, Dz. Urz. 1987, L 41/31.
- Decyzja KE z 7.12.1988 w sprawie IV/31.906 *Flat Glass*, Dz. Urz. 1989, L 33/44.
- Decyzja KE z 2.12.1991 w sprawie IV/M.102 *TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, Ptt Post and Sweden Post*, pkt 14.
- Decyzja KE z 16.12.1991 w sprawie IV/33.242 *Yves Saint Laurent Parfums*, Dz. Urz. 1992, L 12/24.
- Decyzja KE z 15.07.1992 w sprawie IV/35.725 *Viho/Parker Pen*, Dz. Urz. 1992, L 233/27.
- Decyzja KE z 22.07.1992 w sprawie IV/M.190 *Nestlé/Perrier*, Dz. Urz. 1992, L 356/1.
- Decyzja KE z 29.04.1994 w sprawie IV/34.456 *Stichting Baksteen*, Dz. Urz. 1994, L 131/15.
- Decyzja KE z 13.06.1994 w sprawie IV/C/33.833 *Cartonboard*, Dz. Urz. 1994, L 243/1.
- Decyzja KE z 30.10.1994 w sprawach IV/33.126 i 33.322 *Cement*, Dz. Urz. 1994, L 343/1.
- Decyzja KE z 21.12.1994 w sprawie IV/34.252 *Philips-Osram*, Dz. Urz. 1994, L 378/37.
- Decyzja KE z 9.01.1995 w sprawie IV/M.511 *Texaco Norsk/Hydro*.
- Decyzja KE z 18.10.1995 w sprawie IV/M.580 *ABB/Daimler-Benz*, Dz. Urz. 1997, L 11/1.
- Decyzja KE z 10.01.1996 w sprawie IV/34.279/F3 *ADALAT*, Dz. Urz. 1996, L 201/1.
- Decyzja KE z 26.02.1997 w sprawie IV/M.904 *RSB/Tenex/Fuel Logistic*.
- Decyzja KE z 15.10.1997 w sprawie IV/M.938 *Guinness/Grand Metropolitan*, Dz. Urz. 1998, L 299/24.
- Decyzja KE z 26.01.1999 w sprawie IV/36.253 *P & Q Stena Line*, Dz. Urz. 1999, L 163/61.
- Decyzja KE z 3.03.1999 w sprawie IV/36.237 *TPS*, Dz. Urz. 1999, L 90/6.
- Decyzja KE z 9.03.1999 w sprawie IV/M.1313 *Danish Crown*, Dz. Urz. 2000, L 20/1.
- Decyzja KE z 21.12.2000 w sprawie COMP.F.1/35.918 *JCB*, Dz. Urz. 2002, L 69/1.
- Decyzja KE z 21.03.2000 w sprawie COMP/JV.37 *BSkyB/Kirch Pay TV*.
- Decyzja KE z 7.06.2000 w sprawie COMP/36.545/F3 *Amino Acids*.

- Decyzja KE z 3.07.2001 w sprawie COMP/M.2439 *Hitachi/STMicroelectronics/SuperH JV*
- Decyzja KE z 21.11.2001 w sprawie COMP/E-1/37.512, *Vitamins*, Dz. Urz. 2003, L 6/1.
- Decyzja KE z 24.07.2002 w sprawie COMP/29.373 *Visa International*, Dz. Urz. 2002, L 318/17.
- Decyzji KE z 11.10.2002 w sprawie COMP/M.2903 *Daimler Chrysler/Deutsche Telekom/JV*
- Decyzja KE z 30.10.2002 w sprawie *Fine Art. Auction Houses*, Dz. Urz. 2005, L 200/92.
- Decyzja KE z 1.10.2003 w sprawie C.37.370 *Sorbaty*, Dz. Urz. 2005, L 182/20.
- Decyzja KE z 15.06.2005 w sprawie COMP/A.37507/F3-AstraZeneca, Dz. Urz. 2006, L 332.
- Decyzja KE z 6.10.2004 w sprawie COMP/M.3099 *Areva/Urenco/ETC JV*.
- Decyzja KE z 7.07.2005 w sprawie COMP/M.3817 *Wegener/PCM/JV*
- Decyzja KE z 30.11.2005 w sprawie COMP/38354 *Industrial Bags*
- Decyzja KE z 31.08.2006 w sprawie COMP/M.4288 *Saab/EMW*.
- Decyzja KE z 19.07.2006 w sprawie COMP/M.4170 *LSG Lufthansa Service Holding/Gate Government Switzerland*.
- Decyzja KE z 18.08.2006 w sprawie COMP/M.3848 *Sea-Invest/EMO-Ekom*.
- Decyzja KE z 24.01.2007 w sprawie COMP/38.899 *Gas Insulated Switchgear*
- Decyzja KE z 21.02.2007 w sprawie COMP/E-1/38.823 *Elevators i Escalators*
- Decyzja KE z 12.09.2007 w sprawie COMP/M.4760 *Amadeus/Sabre/JV*
- Decyzja KE z 19.09.2007 w sprawie COMP/E-1/39.168 *Fasteners*.
- Decyzja KE z 4.10.2007 w sprawie COMP/M.4839 *AREVA NP/MHI/ATMEA*
- Decyzja KE z 20.12.2007 w sprawie COMP/M.4971 *MPC/VIAG-Villacero/MAN/Coutinho-&Ferrostaal (JV)*
- Decyzja KE z 23.01.2008 w sprawie COMP/38628 *Nitrile butadiene rubber*
- Decyzja KE z 5.06.2008 w sprawie COMP/M.5066 *Eurogate/APMM*
- Decyzja KE z 14.08.2008 w sprawie COMP/M.5154 *CASC JV*
- Decyzja KE z 22.08.2008 w sprawie COMP/M.4922 *EMCC*
- Decyzja KE z 29.08.2008 w sprawie COMP/M.5241 *American Express/Fortis/Alpha*
- Decyzja KE z 19.05.2010 w sprawie COMP-38/511-*DRAM*, Dz. Urz. 2011, C 180/15.
- Decyzja KE z 9.04.2011 w sprawie COMP-38.866 *Fosforany paszowe*, Dz. Urz. 2011, C 111/10.
- Decyzja KE z 11.04.2011 w sprawie COMP-39/579 *Detergenty dla gospodarstw domowych*, Dz. Urz. 2011, C 193/14.
- Decyzja KE z 19.10.2011 w sprawie COMP/39605 *CRT Glass* [decyzja niepublikowana, dostępna na stronie http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39605/39605_2700_3.pdf] [dostęp 21.02.2013]

Decyzje Prezesa UOKiK

- Decyzja Prezesa UOKiK z 15.12.2000, DOK-1-400/7/05/MB/AS.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2009, DOK-7/2009.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 24.05.2010, DOK-4/2010.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 9.10.2012, RWR-31/2012.

Decyzja Prezesa UOKiK z 9.10.2012, RPZ-28/2012.

Decyzja Prezesa UOKiK z 15.06.2013, DOK 1/2013.

Raporty Komisji w sprawie polityki konkurencji

XII Raport w sprawie Polityki Konkurencji, Komisja Europejska, Bruksela 1982.

XIII Raport w sprawie Polityki Konkurencji, Komisja Europejska, Bruksela 1983.

XXI Raport w sprawie Polityki Konkurencji, Komisja Europejska, Bruksela 1991.

XXIII Raport w sprawie Polityki Konkurencji, Komisja Europejska, Bruksela 1994.

Inne

DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Komisja Europejska, grudzień 2005, <http://ec.europa.eu/comm/competition/anti-trust/art82/discpaper2005.pdf>, pkt 12 [dostęp 21.02.2013].

Notatka Prasowa KE, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1317_en.htm [dostęp 13.06.2013].

Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest dostępny na stronie <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/85314/85323/85324/dokument59329.pdf?lastUpdateDay=28.12.12&lastUpdateHour=9%3A34&userLogged=false&date=pi%C4%85tek%2C+28+grudzie%C5%84+2012> (art. 88a) [dostęp 30.06.2013]

Raport w sprawie polityki konkurencji 2006, COM (2007) 358 final, pkt1.

White Paper on Modernisation of Rules Implementing Articles 81 i 82 of the EC Treaty, Dz. Urz. 1999, C 132/1.

Wyjaśnienia w sprawie programu łagodzenia kar, pkt 30–31, http://uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_kar3.php [dostęp 21.02.2013].

Naturalną konsekwencją rozwoju współczesnych stosunków gospodarczych w skali światowej, a w szczególności procesów globalizacji jest wzrost kooperacji wśród przedsiębiorstw. Zjawisko to jest odpowiedzią na rosnącą presję konkurencyjną na rynku międzynarodowym. Z jednej strony kooperacja prowadzi do znacznych korzyści nie tylko dla przedsiębiorstw współpracujących ze sobą, ale też dla konsumentów, gdyż wzmacnia efektywność ekonomiczną przedsiębiorstw, przyczynia się do obniżania cen i umożliwia łatwiejszy dostęp do pewnych produktów. Z drugiej jednak strony często motywem kooperacji jest dążenie do zwiększenia zysku przedsiębiorstwa. W wielu przypadkach kooperacja stanowi swego rodzaju strategię rynkową, której celem nie jest zwiększenie korzyści dla konsumenta, ale dla stron współpracujących ze sobą. Kooperacja, która budzi problemy z punktu widzenia prawa konkurencji, polega na zawieraniu jawnych bądź ukrytych porozumień dotyczących np. podziału rynku, ustalania poziomu i podwyżek cen, ustalania wielkości produkcji.

Ze wstępu