



**Katarzyna  
Menszig-Wiese**

---

**Odpowiedzialność antymonopolowa  
pomocnika kartelu  
w prawie Unii Europejskiej**



KATARZYNA MENSZIG-WIESE

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ANTYMONOPOŁOWA  
POMOCNIKA KARTELU  
W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ



Warszawa 2022

Wydawnictwo powstało w ramach serii „Biblioteka UOKiK”. Niniejsza publikacja zajęła III miejsce w konkursie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na najlepszą pracę doktorską poświęconą ochronie konkurencji w edycji 2021/2022.

Wszelkie opinie wyrażone w niniejszym opracowaniu są osobistymi opiniami autora i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Copyright @ 2022 Katarzyna Menszig-Wiese. Wszelkie prawa zastrzeżone.

Praca doktorska napisana pod kierunkiem naukowym dr. hab. Pawła Podreckiego, prof. INP PAN

ISBN 978-83-64681-33-2

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa  
[www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)

Skład i druk:  
Drukarnia Piotra Włodarskiego  
ul. Ksawerów 21  
02-656 Warszawa  
[www.wlodarski.pl](http://www.wlodarski.pl)



## PODZIĘKOWANIA

Serdeczne podziękowania w pierwszej kolejności chciałabym skierować do moich Rodziców, którzy wytrwale wspierali mnie w dążeniach do ukończenia rozprawy, motywując mnie do wytężonej pracy naukowej.

Chciałabym nadto podziękować mojemu promotorowi - dr. hab. Pawłowi Podreckiemu, prof. INP PAN - za nieocenione wsparcie merytoryczne i poświęcony mi czas na dyskusje nad zagadnieniami będącymi przedmiotem moich badań. Dziękuję także recenzentom - dr hab. Grzegorzowi Mater-nie, prof. INP PAN oraz prof. dr. hab. Konradowi Kohutkowi za cenne uwagi krytyczne.

Szczególne podziękowania należą się mojemu mężowi, Mateuszowi, którego opanowanie, cierpliwość i rozsądek walczyły się do ukończenia przeze mnie niniejszej pracy doktorskiej.

Kraków, 01.07.2022  
Katarzyna Menszig-Wiese

# SPIS TREŚCI

|                                                                                                |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>I. Wprowadzenie .....</b>                                                                   | <b>11</b> |
| 1.1. Słowo wstępne.....                                                                        | 11        |
| 1.2. Przedmiot badań .....                                                                     | 16        |
| 1.3. Obszar badawczy.....                                                                      | 19        |
| 1.4. Metody badawcze oraz wybór literatury .....                                               | 20        |
| 1.5. Hipotezy badawcze .....                                                                   | 23        |
| <b>II. Zarys ochrony konkurencji w Unii Europejskiej .....</b>                                 | <b>25</b> |
| 2.1. Przedmiot i cel ochrony konkurencji.....                                                  | 25        |
| 2.2. Ochrona konkurencji w prawie unijnym.....                                                 | 29        |
| 2.2.1. Słowo wstępne .....                                                                     | 29        |
| 2.2.2. Źródła prawa konkurencji UE .....                                                       | 30        |
| 2.2.3. Adresaci zakazu porozumień .....                                                        | 33        |
| 2.2.4. Formy zakazanej praktyki .....                                                          | 35        |
| 2.2.5. Ograniczenie konkurencji na rynku relewantnym jako cel<br>lub skutek porozumienia ..... | 43        |
| 2.2.6. Wpływ na handel między państwami członkowskimi .....                                    | 46        |
| 2.2.7. Sankcje .....                                                                           | 47        |
| 2.2.8. Egzekwowanie prawa konkurencji UE .....                                                 | 53        |
| <b>III. Odpowiedzialność pomocnika kartelu w dotychczasowej praktyce ..</b>                    | <b>58</b> |
| 3.1. Kwestie wstępne i terminologiczne .....                                                   | 58        |
| 3.2. Pomocnictwo w sensie ścisłym .....                                                        | 60        |
| 3.2.1. Zarys problemu.....                                                                     | 60        |

|                                                                                     |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.2.2. Sprawa Italian Cast Glass (Fides) .....                                      | 61         |
| 3.2.3. Sprawa Organic Peroxide (AC-Treuhand I) .....                                | 63         |
| 3.2.4. Sprawa Heat Stabilisers (AC-Treuhand II) .....                               | 75         |
| 3.2.5. Sprawa Yen Interest Rate Derivatives(RP Martin).....                         | 87         |
| 3.2.6. Sprawa Yen Interest Rate Derivatives(ICAP) .....                             | 91         |
| 3.2.7. Sprawa Marine Hose .....                                                     | 99         |
| 3.2.8. Podsumowanie stanowiska organów wobec pomocników kartelu ..                  | 101        |
| 3.2.9. Wnioski .....                                                                | 104        |
| 3.3. Kartele typu hub-and-spoke .....                                               | 106        |
| 3.3.1. Zarys problemu.....                                                          | 106        |
| 3.3.2. Sprawa e-booków .....                                                        | 108        |
| 3.3.3. Sprawa Yen Interest Rate Derivates(ICAP) .....                               | 112        |
| 3.3.4. Podsumowanie praktyki organów w zakresie karteli<br>typu hub-and-spoke ..... | 114        |
| 3.4. Bierna postawa wobec porozumienia .....                                        | 115        |
| 3.4.1. Zarys problemu.....                                                          | 115        |
| 3.4.2. Sprawa Polypropylen (Anic) .....                                             | 116        |
| 3.4.3. Sprawa Cement (Aalborg Portland) .....                                       | 118        |
| 3.4.4. Sprawa Pre-Insulated Pipes (Henss/Isoplus) .....                             | 121        |
| 3.4.5. Sprawa Eturas .....                                                          | 123        |
| 3.4.6. Podsumowanie oceny antymonopolowej sytuacji biernego<br>uczestnika .....     | 128        |
| 3.5. Wnioski .....                                                                  | 130        |
| <b>IV. Krytyczna analiza koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu..</b>        | <b>136</b> |
| 4.1. Słowo wstępne.....                                                             | 136        |
| 4.2. Koncepcja sprawstwa na gruncie art. 101 TFUE .....                             | 137        |



|                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.2.1. Stanowisko organów ochrony konkurencji .....                                                                        | 137 |
| 4.2.2. Koncepcja unitarna i koncepcja bipolarna sprawstwa<br>- przegląd piśmiennictwa .....                                | 139 |
| 4.2.3. Naruszenie zakazu porozumień jako szczególny delikt prawa<br>administracyjnego .....                                | 144 |
| 4.2.4. Wnioski .....                                                                                                       | 145 |
| 4.3. Właściwa wykładnia przesłanki porozumienia.....                                                                       | 147 |
| 4.3.1. Wykładnia przesłanki „porozumienia” w dotychczasowej<br>praktyce orzeczniczej .....                                 | 147 |
| 4.3.2. Stanowisko organów odnośnie do przesłanki „porozumienia”<br>w kontekście odpowiedzialności pomocników kartelu ..... | 149 |
| 4.3.3. Analiza krytyczna szerokiej wykładni przesłanki porozumienia..                                                      | 150 |
| 4.3.4. Krytyka stosowania koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia<br>w sprawach pomocników.....                        | 153 |
| 4.3.5. Analiza krytyczna paraleli do sytuacji biernego uczestnika<br>porozumienia .....                                    | 158 |
| 4.4. Przyczynienie się pomocnika kartelu .....                                                                             | 160 |
| 4.4.1. Szerokie pojęcie „przyczynienia się” .....                                                                          | 160 |
| 4.4.2. Charakterystyka przyczynienia się w poszczególnych sprawach<br>pomocników.....                                      | 161 |
| 4.4.3. Odczuwalność przyczynienia się pomocnika kartelu .....                                                              | 166 |
| 4.4.4. Związek przyczynowy a wspólny antykonkurencyjny cel.....                                                            | 168 |
| 4.4.5. Postulaty korekty testu odpowiedzialności pomocnika kartelu ..                                                      | 171 |
| 4.5. Subiektywna przesłanka odpowiedzialności .....                                                                        | 177 |
| 4.5.1. Zasada odpowiedzialności - bezprawność .....                                                                        | 177 |
| 4.5.2. Ocena stanowiska organów w kwestii subiektywnej przesłanki<br>odpowiedzialności.....                                | 179 |
| 4.5.3. Praktyka wykazywania zaistnienia przesłanki subiektywnej ....                                                       | 180 |
| 4.6. Ekonomiczne podłoże prawa konkurencji w kontekście<br>odpowiedzialności pomocnika kartelu.....                        | 181 |

|                                                                                                                                        |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.6.1. Rola rynku w analizie spraw antymonopolowych .....                                                                              | 181        |
| 4.6.2. Ograniczenie własnej autonomii jako przejaw ograniczenia konkurencji.....                                                       | 183        |
| 4.6.3. Stanowisko organów w sprawach pomocników kartelu.....                                                                           | 184        |
| 4.6.4. Krytyka stanowiska organów odnośnie do obecności na rynku relevantnym .....                                                     | 186        |
| 4.6.5. Efektywność prawa konkurencji jako argument w sporze o odpowiedzialność pomocnika .....                                         | 190        |
| 4.6.6. Krytyka stanowiska organów odnośnie do kwestii ograniczenia autonomii.....                                                      | 191        |
| 4.7. Naruszenie zasady określoności prawa .....                                                                                        | 193        |
| 4.7.1. Zarys zasady określoności prawa .....                                                                                           | 193        |
| 4.7.2. Stanowisko organów ochrony konkurencji .....                                                                                    | 195        |
| 4.7.3. Krytyczna ocena stanowiska organów .....                                                                                        | 197        |
| 4.7.4. Wnioski .....                                                                                                                   | 199        |
| <b>V. Koncepcja odpowiedzialności pomocnika jako odpowiedź na wykorzystanie nowych technologii dla antykonkurencyjnych celów .....</b> | <b>201</b> |
| 5.1. Porozumienia w świecie algorytmów .....                                                                                           | 201        |
| 5.2. Zastosowanie koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu wobec podmiotów dostarczających narzędzi cyfrowych .....               | 210        |
| 5.2.1. Pomocnictwo poprzez dostarczenie narzędzia.....                                                                                 | 210        |
| 5.2.2. Przestępstwo przyczynienia się .....                                                                                            | 211        |
| 5.2.3. Przestępstwa subiektywne .....                                                                                                  | 212        |
| 5.3. Rozwiązanie problemu jednostronnego wykorzystywania algorytmów? .....                                                             | 214        |
| 5.4. Podsumowanie.....                                                                                                                 | 216        |
| <b>VI. Podsumowanie, wnioski i postulaty .....</b>                                                                                     | <b>217</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>                                                                                                               | <b>227</b> |

## SPIS SKRÓTÓW

|               |                                                                                                      |
|---------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>AEUV</b>   | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union                                                 |
| <b>BB</b>     | Betriebsberater                                                                                      |
| <b>CMA</b>    | Competition and Markets Authority                                                                    |
| <b>CPI</b>    | Competition Policy International                                                                     |
| <b>EKPC</b>   | Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<br>(Europejska Konwencja Praw Człowieka) |
| <b>EOG</b>    | Europejski Obszar Gospodarczy                                                                        |
| <b>EPS</b>    | Europejski Przegląd Sądowy                                                                           |
| <b>ETPC</b>   | Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu                                                      |
| <b>EuR</b>    | Europarecht                                                                                          |
| <b>EUV</b>    | Vertrag über die Europäische Union                                                                   |
| <b>EuZW</b>   | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                                                         |
| <b>IKAR</b>   | Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny                                                  |
| <b>JECLP</b>  | Journal of European Competition Law & Practice                                                       |
| <b>KE</b>     | Komisja Europejska                                                                                   |
| <b>KPP</b>    | Kwartalnik Prawa Publicznego                                                                         |
| <b>KPP UE</b> | Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej                                                            |
| <b>MOP</b>    | Monitor Prawniczy                                                                                    |
| <b>MŚP</b>    | Mali i Średni Przedsiębiorcy                                                                         |
| <b>No.</b>    | Number (nr)                                                                                          |
| <b>OECD</b>   | Organization for Economic Co-operation and Development                                               |
| <b>OWiG</b>   | Gesetz über Ordnungswidrigkeiten                                                                     |
| <b>PPH</b>    | Przegląd Prawa Handlowego                                                                            |
| <b>SPI</b>    | Sąd Pierwszej Instancji                                                                              |
| <b>SPP</b>    | System Prawa Prywatnego                                                                              |
| <b>SSRN</b>   | Social Science Research Network                                                                      |
| <b>StGB</b>   | Strafgesetzbuch                                                                                      |
| <b>TFUE</b>   | Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej                                                           |
| <b>TSUE</b>   | Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej                                                           |
| <b>TUE</b>    | Traktat o Unii Europejskiej                                                                          |
| <b>TWE</b>    | Traktat o Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej                                                       |
| <b>YARS</b>   | Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies                                                         |

**Vol.**      Volume (tom)  
**ZWeR**    Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

# Rozdział I.

## Wprowadzenie

### 1.1. Słowo wstępne

Gdy tworzone podstawy prawa konkurencji obowiązującego obecnie w Unii Europejskiej, sama Unia jeszcze nie istniała - art. 85 i 86 Traktatu Ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą, znanego jako Traktat Rzymski, odpowiadające obecnemu art. 101 i 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, sformułowane w drugiej połowie lat 50. ubiegłego wieku<sup>1</sup>. Było to przed upowszechnieniem się komputerów osobistych, przed wynalezieniem Internetu, jak również na długo przed tym, zanim technologie mobilne stały się codziennością życia społecznego oraz niezbędnym elementem prowadzenia działalności gospodarczej. Stworzone wówczas reguły konkurencji odpowiadały potrzebom gospodarki postindustrialnej, opartej na odbudowanym po II wojnie światowej przemyśle, na węglu i stali. Podejmowane w związku ze znacznym rozszerzeniem Unii Europejskiej w 2004 r. próby zreformowania prawa konkurencji nie doprowadziły do jego unowocześnienia, do zmian materialnego prawa konkurencji, a jedynie do odblokowania przeciążonego, scentralizowanego systemu egzekwowania jego reguł<sup>2</sup>. Na przełomie wieków podjęto wprawdzie próbę wprowadzenia bardziej ekonomicznego podejścia do analizy spraw antymonopolowych, w szczególności poprzez rewizję rozporządzeń o wyłączeniach grupowych oraz niektórych aktów typu *soft law*, jednak efekty tej zmiany nie zakończyły dyskusji nad rolą i wagą czynników ekonomicznych w analizie antymonopolowej<sup>3</sup>. Choć Komisja Europejska oraz Trybunał Sprawiedliwości UE odpowiednią wykładnią przepisów były dotąd w stanie adaptować przepisy do zmieniającej się rzeczywistości, to postulaty dostosowania prawa konkurencji UE do realiów społeczeństwa informacyjnego stają się coraz wyraźniej słyszalne.

W doktrynie od pewnego czasu dyskutuje się o potrzebie podjęcia prac nad unowocześnieniem europejskiego prawa konkurencji - zarówno w zakresie antykonkurencyjnych praktyk, jak i koncentracji. Postulaty dotyczą pełnego spektrum zagadnień: metodyki definiowania rynku relewantnego, przesłanek zakazów z art. 101 i 102 TFUE,

1 Pierwsze zapisy regulujące kwestie konkurencji na rynku europejskim pojawiły się już w Traktacie o Europejskiej Wspólnocie Węgla i Stali z roku 1952, który wygasł jednak w 2002 r. Obecnie obowiązujący Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej jest bezpośrednim następcą Traktatu o Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej. Unia Europejska została utworzona w 1993 r. i mocą Traktatu Lizbońskiego stała się następcą prawnym Wspólnot Europejskich w 2009 r.

2 Na temat zmian w europejskim prawie konkurencji związanych z wejściem w życie rozporządzenia nr 1/2003 zobacz: C. Gauer, D. Dalheimer, L. Kjolbye, E. de Smijter, *Regulation 1/2003: a modernised application of EC competition rules*, Competition Policy Newsletter, numer 1 - spring 2003, dostęp: [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2003\\_1\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2003_1_3.pdf); w kwestii problemów z efektywnością egzekwowania prawa konkurencji na gruncie rozporządzenia nr 17 zob.: C. Grave, J. Nyberg, *Art. 101 Abs. 1 AEUV - II. Entstehungsgeschichte des Art. 101 AEUV und wesentliche Entwicklungen* (w:) U. Loewenheim, K.M. Meessen, A. Riesenkampff, C. Kersting, H.J. Meyer-Lindemann (red.), *Kartellrecht*, wyd. 3, Monachium 2016, nb. 22-25.

3 Genezę zmiany podejścia na zorientowane na skutki (ang. *effect-based approach*) oraz wynikające z niej konsekwencje dla egzekwowania prawa konkurencji UE przedstawia D.M.B. Gerard, *The effect-based approach under Article 101 TFUE and its paradoxes: modernisation at war with itself?* (w:) J. Bourgeois, D. Waelbroeck (eds), *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law Enforcement*, Brussels 2012, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2117780>.

reguł proceduralnych, podejścia do oceny dowodów oraz analizy ekonomicznej danej praktyki, a nade wszystko dostosowania reguł konkurencji do potrzeb i specyfiki gospodarki cyfrowej<sup>4</sup>. W kontekście tego ostatniego zagadnienia słuszenie poddaje się pod dyskusję, czy skostniałe ramy prawa konkurencji nie stoją aby na przeszkodzie rozwojowi innowacyjnych technologii (w tym opartych na tzw. *sharing economy*<sup>5</sup>) oraz konkurencyjnej europejskiej gospodarki w globalnym wymiarze<sup>6</sup>. Powszechnie wiadomo, że nadmierna regulacja nie służy rozwojowi innowacji, gdyż może wywoływać tzw. *chilling effect*.

Nie ulega wątpliwości, że zastosowanie nowych technologii już doprowadziło do znacznych zmian rynkowych tak po stronie popytu, jak i podaży. Mobilne technologie pozwalają obecnie konsumentom na zapoznanie się z szerszą ofertą, porównanie ich i dokonanie bardziej adekwatnego wyboru bez angażowania czasu i środków. Zmienił się sposób, w jaki wyszukiwane i nabywane są przez nich towary, porównywane ceny, zawierane umowy i konsumowane treści. Nowe technologie mają wiele do zaoferowania także przedsiębiorcom, którzy mogą wykorzystywać je do wspierania efektywności gospodarczej prowadzonej przez nich działalności. Dzięki zastosowaniu technologii cyfrowych otworzyły się nowe kanały dystrybucji, pozwalające na redukcję jej kosztów. Zastosowanie algorytmów i plików *cookies* pozwala nadto przedsiębiorcom lepiej dostosować ofertę do potrzeb i możliwości klienta, tak by wręcz przewidywać, czego konkretnie będzie on potrzebował lub czym mógłby być zainteresowany.

Nowe technologie mają też jednak swoją ciemną stronę - zaczynając od problemów z przetwarzaniem danych osobowych i ryzyka zbytnej ingerencji w prywatność użytkowników, przez możliwość uzyskania znacznej siły rynkowej opartej na zagregowanych danych, aż po wykorzystanie nowych technologii do osiągnięcia antykonkurencyjnych celów w sposób nieznany dotąd organom ochrony konkurencji. W tym ostatnim zakresie tematem szczególnie żywo dyskutowanym jest możliwość wykorzystania algorytmów do utrzymywania jednolitej ceny towaru w oparciu o pozyskiwane w czasie rzeczywistym dane dotyczące zachowań rynkowych konkurentów, nawet bez potrzeby zawierania tradycyjnie rozumianego porozumienia. Dopóki działanie stosowanego przez przedsiębiorcę algorytmu odpowiada mechanizmom rynkowym, tj. wyznaczona z jego pomocą cena rośnie wraz z zaobserwowanym przez program wzrostem zainteresowania (popytu), dopóty w zasadzie nie budzi to zastrze-

---

4 Zob. w szczególności: M. Kadar, *European Union competition law in the digital era*, ZWeR, 4/2015, str. 342; A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Artificial Intelligence and collusion: when computers inhibit competition*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 18/2015; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2591874>; odnośnie do metodyki ekonomicznej analizy działań przedsiębiorców na rynku nowych technologii zob.: S. Vezzoso, *Android and antitrust: attempts at a "more technological approach"*, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2611269>; odnośnie do metodyki wyznaczania rynku relevantnego zob.: B. Targański, *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego - Wprowadzenie*, Oficyna 2010, Lex; głos w dyskusji zabierają także środowiska branżowe, zob. na przykład raport GSMA, *Resetting competition policy frameworks for the digital ecosystem*, October 2016, dostęp: [https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/10/GSMA\\_Resetting-Competition\\_Report-Summary\\_Oct-2016\\_16pp\\_WEBv3.pdf](https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/10/GSMA_Resetting-Competition_Report-Summary_Oct-2016_16pp_WEBv3.pdf).

5 Tzw. gospodarka współdzielenia - model biznesowy opierający się na wykorzystaniu internetowej platformy dla powiązania klienta poszukującego określonej usługi z podmiotem dysponującym odpowiednim dobrem, chętnym świadczyć na rzecz klienta za odpowiednią opłatą. Najwyraźniejszym przykładem zastosowania takiego modelu jest aplikacja UBER, AirBnB oraz BlaBla Car; zob. także: J. Hawksworth, R. Vaughan, *The Sharing economy: how will it disrupt your business?* - prezentacja PwC 2014, dostęp: [http://pwc.blogs.com/files/sharing-economy-final\\_0814.pdf](http://pwc.blogs.com/files/sharing-economy-final_0814.pdf).

6 M. Kadar, *European Union competition law...*, str. 343-344.

żeń z punktu widzenia prawa konkurencji. Ocena może wypaść odmiennie, jeżeli algorytm zaprojektowany zostałby w taki sposób, by wyznaczana cena odpowiadała sprzecznym z prawem konkurencji wspólnym ustaleniom, albo prowadził do antykonkurencyjnych efektów tożsamy z uzyskiwanymi poprzez znowę nawet w braku wyraźnego porozumienia. Dotychczasowe narzędzia prawa konkurencji mogą wówczas okazać się zawodne lub niewystarczające. Trudności we właściwej ocenie nowych modeli biznesowych ujawniają się bowiem już obecnie np. w przypadku internetowych platform sprzedażowych, stanowiące rynki dwu- lub wielostronne, na których panują specyficzne warunki obrotu, a sposób kształtowania cen odbiega od konwencjonalnych zasad<sup>7</sup>.

Kolejnym wyzwaniem dla organów ochrony konkurencji jest wykorzystywanie tzw. Big Data - znacznych ilości zagregowanych danych (nie tylko osobowych), które przy użyciu coraz szybszych i bardziej efektywnych narzędzi cyfrowych (Big Data Analytics) mogą być ewaluowane w celu profilowania, monitorowania rynku, wyznaczenia trendów czy przewidywania zachowania konkurentów i konsumentów. Taka analiza może oczywiście przynosić prokonkurencyjne skutki, takie jak: lepsze dostosowanie oferty do potrzeb odbiorców, bardziej efektywny marketing czy właściwa alokacja środków produkcji, lecz nie można także wykluczyć wykorzystania jej do celów sprzecznych z interesem publicznym i gospodarczym UE.

Można podejrzewać, że w niedalekiej przyszłości zastosowanie narzędzi cyfrowych dla realizacji lub optymalizacji antykonkurencyjnych zamierzeń stanie się powszechnie stosowaną praktyką. Niewykluczone, że dla przedsiębiorców zbędne stanie się wówczas nawet zawieranie tradycyjnie rozumianego porozumienia czy stosowanie uzgodnionej praktyki w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, gdyż tożsamy efekt będą mogli uzyskać, stosując oprogramowanie komputerowe zdolne do zbierania i szybkiej analizy danych rynkowych, czyniące rynek całkowicie transparentnym. Zaktualizuje się wówczas pilna potrzeba takiej adaptacji istniejącego prawa konkurencji, która pozwoli na przeciwstawienie się dotychczas nieznanym metodom działania ograniczającego konkurencję. Ocena tego typu spraw w oparciu o dotychczasowe instrumentarium prawa konkurencji może się bowiem okazać problematyczna dla organów ochrony konkurencji przywykłych do analizy porozumień zawieranych podczas konwencjonalnych spotkań. Co więcej, także istniejąca siatka pojęciowa może okazać się nieadekwatna dla właściwego ujęcia i oceny przypadków porozumień wspieranych przez nowe technologie cyfrowe.

Bez pretensji do wyczerpującego omówienia wszystkich możliwych rozwiązań, proponuję w niniejszej rozprawie ujęcie problemu wychodzące ze spostrzeżenia, że kluczowym elementem łączącym powyżej skrótkowo zarysowane zagrożenia dla konkurencji ze strony nowych technologii jest okoliczność, iż ich zastosowanie przez przedsiębiorców wymaga odpowiedniego narzędzia - programu komputerowego do analizy danych, platformy, aplikacji do komunikacji czy też algorytmów. Można przyjąć, że w znacznej części przypadków przedsiębiorcy angażujący się w niedozwoloną praktykę rynkową nie będą w stanie samodzielnie stworzyć takiego narzędzia,

<sup>7</sup> Na temat specyfiki rynków dwustronnych zob.: D.S. Evans, R. Schmalensee, *The industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, Competition Policy International, vol. 3, no 1, spring 2007, str. 155, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=987341>; oraz J. C. Rochet, J. Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, Journal of the European Economic Association, June 2003, Volume 1, Issue 4, str. 990-1029, dostęp: <https://academic.oup.com/jeea/article/1/4/990/2280902>.



w każdym zaś razie nie szczególnie wyrafinowanego, więc jego rozwój powierzany będzie wyspecjalizowanym, profesjonalnym podmiotom trzecim. Ich wsparcie w zakresie dostarczenia adekwatnego rozwiązania IT będzie zatem można przyrównać do „pomocnictwa do kartelu”. Dostrzeżenie tego otwiera drogę do rozważenia możliwości zastosowania wobec tych podmiotów trzecich - przedsiębiorców dostarczających cyfrowych rozwiązań biznesowych, twórców algorytmów, programistów czy też producentów innowacyjnych aplikacji - wypracowanej w ostatnich latach przez unijne organy ochrony konkurencji praktyki przypisywania odpowiedzialności za naruszenie zakazu antykonkurencyjnych porozumień pomocnikom kartelu. Czy jednak tę budzącą wiele wątpliwości praktykę Komisji można przenieść na grunt nowych technologii? Czy możliwe byłoby uznanie za pomocnika kartelu podmiotu zapewniającego uczestnikom porozumienia nie tyle usługę koordynacji kartelu, co narzędzia dla jego efektywniejszej, stabilniejszej i dyskretnej realizacji? W niniejszej rozprawie będę dążyć do ustalenia adekwatnej odpowiedzi na te pytania.

Genezy nowej praktyki organów przypisywania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikom kartelu należy poszukiwać w spostrzeżeniu przez KE, że kartele, z którymi przyszło jej walczyć, stają się tworamii coraz bardziej uporządkowanymi pod względem strukturalnym i funkcjonalnym. Przedsiębiorcy świadomi dynamiki działania kartelu - tj. problemów ze stabilnością, z zaufaniem i poufnością porozumienia - zaczęli także dostrzegać korzyści, jakie mogą płynąć z powierzenia profesjonalnemu podmiotowi trzeciemu, niezaangażowanemu gospodarczo na rynku właściwym, kompleksowej obsługi kartelu, maksymalizującej jego szanse powodzenia i utrzymania go w czasie. W odpowiedzi na tę tendencję, dążąc do zapewnienia efektywności prawa konkurencji UE, Komisja stworzyła nową kategorię odpowiedzialnych za naruszenia prawa konkurencji - pomocników (ang. *cartel facilitator*, *cartel coordinator*), tj. podmiotów, które - choć same nie są aktywne na danym rynku relewantnym, dotkniętym ograniczeniem konkurencji, ani nawet na rynku powiązanym - jednak podejmują działania ułatwiające zawiązanie, funkcjonowanie lub utrzymanie w tajemnicy niedozwolonego porozumienia zawartego przez innych przedsiębiorców, czym przyczyniają się do osiągnięcia wspólnego antykonkurencyjnego celu.

Pomimo tego, że precedensu w zakresie przypisania odpowiedzialności pomocnikowi kartelu można się dopatrywać już w decyzji Komisji w sprawie Italian Cast Glass z 1980 roku<sup>8</sup>, to faktycznie za punkt przelomowy dla stworzenia nowego podejścia do wykładni art. 101 ust. 1 TFUE należy uznać wydanie przez Komisję w 2003 roku decyzji w sprawie kartelu na rynku nadtlenu wodoru<sup>9</sup>. Sprawa, w której wydano wspomnianą decyzję, dotyczyła niedozwolonego porozumienia pomiędzy siedmioma przedsiębiorcami z branży chemicznej. Od 1971 roku ustalali oni między sobą udziały w rynku, koordynowali podwyżki cen i dzielili się klientami. Porozumienie to w sposób szczegółowy określało jego antykonkurencyjne cele, zakres geograficzny oraz czas trwania. Nadto zawierało ono zapisy o kompensacji w razie odstępstwa od ustalonych udziałów, wspólnym systemie nadzoru nad przestrzeganiem porozumienia, a nawet o systemie arbitrażu. Stworzony mocą porozumienia kartel był zatem wysoce

8 Decyzja Komisji z dnia 17.12.1980 r., IV/29.869 - Italian cast glass, OJ L 383, 21.12.80, p. 19. W późniejszym okresie KE nie kontynuowała zapoczątkowanej praktyki karania pomocników karteli, pomimo iż pojawiały się zbliżone stany faktyczne, w których możliwe byłoby ponowne zastosowanie szerokiej wykładni art. 101 ust. 1 TFUE - zob. decyzje wskazane w M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Warszawa, 2013, str. 107 (przypis nr 13).

9 Decyzja Komisji z dnia 10.12.2003 r. w sprawie COMP/E-2/37.857 - Organic Peroxides, (C(2003) 4570).



zorganizowaną strukturą o określonych zasadach funkcjonowania. Od początku jego istnienia ważną funkcję pełniła w nim spółka Fides AG - w 1993 roku w wyniku wykupu managerskiego przekształcona w AC-Treuhand AG - świadcząca na rzecz uczestników kartelu szereg usług optymalizujących jego funkcjonowanie, takie jak: organizacja logistyczna spotkań uczestników kartelu, obrót dokumentów zawierających informacje na temat ustalonych udziałów w rynku oraz pilnowanie, by nie zostały one wyniesione ze spotkania, monitoring rynku w celu ustalenia ewentualnych odstępstw od ustalonych wartości, badanie wielkości produkcji i zbieranie innych istotnych danych, audyt informacji przekazywanych przez uczestników, prowadzenie mediacji w razie sporów, proponowanie rozwiązań i moderowanie spotkań, udzielanie porad w kwestii przyjęcia do porozumienia nowych członków, a także udzielanie porad prawnych w zakresie ryzyka oraz unikania wykrycia niedozwolonego porozumienia. Komisja Europejska uznała w związku z tym, że AC-Treuhand, choć nie była obecna na rynku dotkniętym porozumieniem, odgrywała kluczową rolę w funkcjonowaniu kartelu, a jej działania znacznie wykraczały poza funkcję zwykłego sekretariatu. Zdaniem Komisji AC-Treuhand dysponowała nawet pewnym zakresem decyzyjności i niezależności. Nadto była ona w pełni świadoma antykonkurencyjnej natury porozumienia, któremu służyły świadczone przez nią usługi. Mając to na uwadze, Komisja przyjęła, że AC-Treuhand bezpośrednio naruszyła zakaz antykonkurencyjnych porozumień, świadomie przyczyniając się do ograniczenia konkurencji w ramach pojedynczego i ciągłego naruszenia na rynku nadtlenków wodoru<sup>10</sup>.

Rozstrzygnięcie to stanowiło kamień milowy rozwoju nowego podejścia do zakresu zastosowania zakazu antykonkurencyjnych porozumień. Choć pomocnik kartelu został w tej sprawie ukarany karą o charakterze symbolicznym, w wysokości 1 000 euro<sup>11</sup>, to wydanie tej decyzji stanowiło wyraźny sygnał dla przedsiębiorców, że Komisja Europejska nie będzie pobłażliwie podchodziła do działań ułatwiających naruszenie reguł konkurencji. Spółka AC-Treuhand odwołała się od ww. decyzji do Sądu Pierwszej Instancji, podnosząc m.in. zarzut błędnej wykładni pojęcia sprawcy naruszenia oraz zarzut naruszenia zasady określoności prawa. SPI oddalił jej odwołanie, wskazując, że istotniejsze od obecności na rynku, na którym zmaterializować miałyby się ograniczenie konkurencji, jest istnienie wspólnej woli co do zachowania się na rynku<sup>12</sup>. Najpewniej z uwagi na niewielką karę nałożoną na spółkę nie wniosła ona następnie skargi do Trybunału Sprawiedliwości.

Zapoczątkowana przez Komisję szeroka wykładnia art. 101 ust. 1 TFUE, która pozwala na przypisanie odpowiedzialności i nałożenie kary na podmiot będący tylko pomocny faktycznym uczestnikom kartelu, została już obecnie potwierdzona przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>13</sup> w kolejnym postępowaniu przeciwko tej samej spółce: AC-Treuhand. Trybunał Sprawiedliwości w zaskakująco krótkim jak na precedensowy charakter sprawy uzasadnieniu wskazał, że pełna efektywność prawa konkurencji UE zostałaby udaremniona, gdyby nie było możliwe przypisanie odpo-

10 Szczegółowe omówienie stanu faktycznego sprawy oraz treści decyzji zostanie przedstawione poniżej w rozdziale III pkt 3.2.3.

11 Co interesujące, KE nie wskazała określonej metodyki do wyliczania kary dla pomocnika kartelu, przyznając jednak, że należy wziąć pod uwagę przy jej wyznaczaniu okoliczność, w której karanie pomocników kartelu to swoista nowość, a od czasu precedensowej decyzji w sprawie Italian Cast Glass KE zaniechała nakładania kar w takich sprawach.

12 Wyrok SPI z dnia 8.07.2008 r. w sprawie T-99/04, AC-Treuhand I; pełne omówienie wyroku SPI zob. rozdz. III pkt 3.2.3.

13 Wyrok TSUE z dnia 22.10.2015 r. w sprawie C 194/14 P, AC-Treuhand II.

wiedzialności pomocnikowi kartelu. Należy to odczytywać jako silną aprobatę dla egzekwowania od uczestników obrotu rynkowego obowiązku prowadzenia działalności gospodarczej w zgodzie z zasadami rynku wspólnego niezależnie od ich możliwości wpływania własnym działaniem na stan konkurencji. Równocześnie można to postrzegać jako krok w kierunku formalnego, a nie zorientowanego na skutki ekonomiczne podejścia do stosowania prawa konkurencji.

Pomimo wydania przez Sąd i Trybunał Sprawiedliwości pierwszych wyroków sankcjonujących stworzoną przez Komisję nową kategorię odpowiedzialnych za antykonkurencyjne porozumienia, kwestia zasadności takiego podejścia oraz trafności przedstawianej przez unijne organy ochrony konkurencji argumentacji pozostaje dyskusyjna. Ich dotychczasowy dorobek w zakresie oceny tego typu spraw jest wciąż skromny, a zawarte w uzasadnieniach tezy zdają się być w dużej mierze zależne od okoliczności stanu faktycznego. Pomimo tego można się spodziewać, że Komisja, uzyskawszy potwierdzenie w wyroku TSUE zgodności swojej nowej praktyki z prawem unijnym, będzie konsekwentnie stosować ją w dalszych sprawach kartelowych. Z tego względu celowe zdaje się bliższe przyjrzenie się praktyce oceny przez Komisję z punktu widzenia prawa konkurencji działania tzw. pomocników kartelu, w tym w szczególności przestankom pociągnięcia pomocników kartelu do odpowiedzialności antymonopolowej. Szczegółowa analiza tego zagadnienia będzie stanowić podstawę przy poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie o możliwość zastosowania konstrukcji „pomocnictwa do kartelu” jako adekwatnej reakcji na zagrożenia dla konkurencji płynące z coraz powszechniejszego wykorzystania nowych technologii w prowadzeniu działalności gospodarczej dla sprzecznych z zasadami konkurencji praktyk.

## 1.2. Przedmiot badań

Przedmiotem niniejszej pracy będzie odpowiedzialność przedsiębiorców - pomocników kartelu - w świetle europejskiego prawa antymonopolowego za naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W polskiej nauce zagadnienie to nie doczekało się dotąd całościowego omówienia, stąd celowe jest przeprowadzenie pogłębionej analizy dotychczasowego dorobku decyzyjnego Komisji oraz unijnego sądownictwa. Pozwoli ona na identyfikację przestanków przypisania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu oraz rzuci światło na podejście unijnych organów ochrony konkurencji do przedmiotowego zagadnienia. Wypracowana przez organy ochrony konkurencji UE koncepcja wprowadziła pewną nowość do unijnego systemu prawa konkurencji. Badanie materiału badawczego pozwoli więc także na identyfikację tych aspektów koncepcji, które mogą budzić największe kontrowersje. Jego wyniki posłużą na koniec jako podstawa dla rozważań nad zasygnalizowanym powyżej pomysłem, by dostarczenie narzędzia cyfrowego służącego antykonkurencyjnym celom traktować jako formę udzielenia pomocy związanemu z jego wykorzystaniem lub wspomaganemu przez nie kartelowi.

Tytuł pracy *Odpowiedzialność antymonopolowa pomocnika kartelu w prawie Unii Europejskiej* określa granice rozważań, ograniczając je do porozumień horyzontalnych, tj. porozumień pomiędzy konkurentami, które powszechnie uważane są za najpoważniejsze naruszenia reguł konkurencji i nazywane kartelami. Takie ramy rozważań są uzasadnione z uwagi na dostępny materiał źródłowy - w dotychczasowej praktyce Komisji nie zidentyfikowałam bowiem przypadku porozumienia wertykal-

nego, które byłoby optymalizowane przez niezależnego przedsiębiorcę, działającego na innym rynku niż dotknięty porozumieniem<sup>14</sup>. Można podejrzewać, że porozumienia pionowe, z uwagi na ich charakterystykę, w tym bliskie, a zasadniczo niebudzące podejrzeń kontakty uczestników wynikające z łączących ich umów, nie wymagają koordynacji przez podmiot trzeci. Z tych względów w rozprawie koncentruję się na kartelach.

Na początku pracy krótko zarysowuję aktualny stan prawny w zakresie unijnego prawa konkurencji, wyjaśniając przy tym najistotniejsze pojęcia oraz zagadnienia, do których w dalszych fragmentach rozprawy będę się odwoływać. Pozwoli mi to na płynne prezentowanie toku argumentacji dotyczącego zagadnień szczegółowych bez potrzeby jednoczesnego wyjaśniania kwestii generalnych.

W rozdziale III, który stanowi w istocie pierwszy rozdział *stricte* merytoryczny, prześlę szczegółowo, na podstawie decyzji Komisji Europejskiej oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, jakie działania zostały dotychczas uznane przez unijne organy ochrony konkurencji za ułatwiające antykonkurencyjne porozumienie i w jaki sposób organy uzasadniały przypisanie odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi. Już w tym miejscu trzeba zastrzec, że termin „pomocnictwo” jest rozumiany przez organy szeroko i wykracza poza zakres znaczeniowy tego pojęcia, jaki przypisują mu nauki prawne, obejmując także działania, które optymalizują funkcjonowanie kartelu w kolokwialnym rozumieniu. Z tego względu zaproponowany zostanie podział na działania stanowiące pomocnictwo w sensie ścisłym, najbliższym znaczeniowo pomocnictwu w rozumieniu nauk prawnych, oraz inne działania zakwalifikowane przez Komisję jako pomocnictwo do kartelu, a to udział w kartelu typu *hub-and-spoke* w charakterze *hubu*<sup>15</sup>. Ze względów szerzej wyjaśnionych w rozdziale III omawiam w nim także przypadki biernego udziału w porozumieniu.

Zaprezentowany w rozdziale III materiał badawczy posłuży w dalszej części pracy za podstawę dla pogłębionej analizy formalnoprawnej. Ten rozdział będzie nadto wychodził naprzeciw istotnym interesom przedsiębiorców w rozpoznaniu działań sprzecznych z prawem konkurencji. Określenie zakresu zastosowania zakazu porozumień do przypadków pomocnictwa jest zagadnieniem niezwykle istotnym z ich punktu widzenia – dotychczasowy dorobek Komisji, szczególnie w zakresie pomocnictwa w sensie ścisłym, nie jest pokaźny, co utrudnia przedsiębiorcom samoocenę ich zachowań rynkowych. Stąd badania będą zmierzały do wskazania tych okoliczności faktycznych sprawy, które zdaniem Komisji miały decydujące znaczenie dla przyjęcia odpowiedzialności danego pomocnika kartelu za naruszenie zakazu porozumień.

Kolejny, kluczowy dla niniejszej pracy, rozdział poświęcę analizie podstawy prawnej dla przypisania pomocnikowi odpowiedzialności za naruszenie zakazu porozumień. Literalnie rozumiany art. 101 ust. 1 TFUE statuuje zakaz antykonkurencyjnych poro-

14 W ostatnim czasie pojawiły się doniesienia o porozumieniach wertykalnych, które miałyby być wspomagane przy wykorzystaniu narzędzia cyfrowego. Brak jest jednak dotąd pełnych informacji, które pozwoliłyby ewentualnie zaklasyfikować tego typu przypadek jako przykład pomocnictwa ze strony twórcy takiego narzędzia.

15 Kartel typu *hub-and-spoke*, czyli tzw. kartel gwiazdasty lub kartel piasty i szprych, stanowi kartel o przeważająco horyzontalnym charakterze, w którym do antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy konkurentami dochodzi za pośrednictwem podmiotu znajdującego się na wyższym szczeblu łańcucha dystrybucji, np. producenta w stosunku do dystrybutorów lub hurtowników. Taka zмова nie wymaga bezpośrednich kontaktów pomiędzy uczestnikami, a jedynie wymiany informacji poprzez tzw. piastę (ang. *hub*). Szczegółowe omówienie zagadnienia karteli typu *hub-and-spoke* przedstawię w rozdziale III, pkt. 3.3.

zumień między przedsiębiorcami bez jakichkolwiek zastrzeżeń odnośnie do ich obecności na rynku relewantnym lub rynku dotkniętym naruszeniem konkurencji. Treść przepisu nie ogranicza także zakresu zastosowania zakazu do przedsiębiorców, których działania w ramach niedozwolonego porozumienia mogą realnie wpłynąć na stan konkurencji. Wprawdzie utrwalone orzecznictwo TSUE stanowi, że zakaz antykonkurencyjnych porozumień dotyczy tylko takich sytuacji, gdy dane porozumienie może ograniczyć konkurencję w sposób odczuwalny<sup>16</sup>, zastrzeżenie to odnosi się jednak do całego porozumienia, a nie do możliwości odczuwalnego wpływania na konkurencję poprzez własne działania poszczególnych uczestników porozumienia. Z drugiej strony, gdy weźmie się pod uwagę ekonomiczną podbudowę prawa konkurencji, nasuwa się myśl, że adresatami zakazu z art. 101 TFUE są wyłącznie przedsiębiorcy, którzy, postępując wbrew wolnorynkowym zasadom rywalizacji rynkowej, negatywnie wpływają na stan konkurencji na określonym rynku. W przypadku pomocnika kartelu trudno natomiast dopatrzeć się możliwości takiego bezpośredniego oddziaływania na rynek. Stąd przedstawiona w rozdziale IV analiza będzie zmierzała przede wszystkim do odpowiedzi na pytanie, czy dla realizacji przesłanek zakazu niedozwolonych porozumień ograniczających konkurencję istotna jest okoliczność, że dany przedsiębiorca może własnymi działaniami rynkowymi wpłynąć na stan konkurencji.

Badanie przeprowadzone w rozdziale IV będzie polegało na weryfikacji i ocenie argumentacji przedstawionej przez organy ochrony konkurencji w sprawach pomocników kartelu. Prześledzę więc, na ile spójna, przekonująca i trafna jest linia argumentacji organów, stawiając pytania m.in. o kwestię koncepcji sprawstwa na gruncie art. 101 TFUE, granice wykładni pojęcia porozumienia oraz konsekwencje zaadaptowania koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia na potrzeby oceny działania pomocnika kartelu. Dodatkowo rozważę w oparciu o materiał badawczy, na ile organy ochrony konkurencji UE uwzględniają w praktyce oceny działań pomocników kryteria jakościowe, świadczące o odczuwalności przyczynienia się pomocnika do osiągnięcia wspólnego antykonkurencyjnego celu. Podejmę przy tym próbę zdefiniowania granicy pomiędzy pomocnictwem zasługującym na sankcje antymonopolowe a działaniami neutralnymi z punktu widzenia prawa konkurencji. Określenie tej granicy jest bowiem niezwykle istotne z punktu widzenia przedsiębiorców. Zidentyfikowawszy pewne deficyty koncepcji w tym zakresie, postaram się także zaproponować pewne drobne korekty do obecnego podejścia do odpowiedzialności pomocników kartelu, które mogłyby do pewnego stopnia zniwelować dostrzeżone problemy i niedociągnięcia. Poszukując metody rozgraniczenia przypadków odczuwalnego przyczynienia się do działań jedynie marginalnie wpływających na osiągnięcie antykonkurencyjnego celu, rozważę przyczyny, dla których przedsiębiorcy uczestniczący w zakazanym, antykonkurencyjnym porozumieniu skłonni są skorzystać z pomocy podmiotu trzeciego. Podejmę też próbę wykazania tezy, że odczuwalne przyczynienie się do powodzenia kartelu zachodzi w przypadkach, w których usługi pomocnika stanowią adekwatną odpowiedź na dotyczące każdy kartel trudności wynikające z jego natury: niestabilność, brak wzajemnego zaufania uczestników, spory związane z działaniem wbrew ustaleniom czy ryzyko wykrycia. Będę przy tym postulować, by organy uznawały, że potrzeba pociągnięcia pomocnika do odpowiedzialności antymonopolowej aktuali-

---

16 Zob. na przykład: wyrok TSUE z dnia 13.12.2012 r. w sprawie C226/11, Expedia, nb. 17; szersze omówienie tej kwestii przedstawiam w rozdziale II pkt 2.2.6.

zuje się dopiero wtedy, gdy jego działania w sposób znaczny redukują wspomniane powyżej immanentne dla kartelu zagrożenia.

Celem tej części pracy będzie całościowa analiza wypracowanej przez Komisję i TSUE koncepcji odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika kartelu i jej ocena z punktu widzenia dogmatycznego. W rozdziale IV przeanalizuję jednak także jedno zagadnienie z zakresu sprawiedliwości proceduralnej, a mianowicie, czy wprowadzenie do unijnego systemu prawa konkurencji koncepcji odpowiedzialności pomocnika było zgodne z zasadą określoności prawa. Zagadnienie to ma charakter fundamentalny, gdyż dotyka jednego z filarów unijnego systemu prawa. Zasada określoności prawa stanowi też nieprzekraczalną granicę interpretacji przepisów. Przeanalizowanie w jej kontekście genezy karania pomocników kartelu pozwoli na poczynienie kilku interesujących spostrzeżeń. Poza zakresem głównych rozważań świadomie pozostawię natomiast inne kwestie proceduralne podnoszone przez przedsiębiorców w skargach do TSUE. Pozostaną więc one zasadniczo poza głównym tokiem analizy.

Opierając się na wcześniejszych wynikach, w rozdziale V przejdę w końcu do rozważenia, czy konstrukcja odpowiedzialności pomocnika kartelu, taka jak stosowana przez unijne organy ochrony konkurencji, ewentualnie zaś uwzględniająca zaprezentowane przeze mnie w rozprawie sugerowane korekty, mogłaby być adekwatną odpowiedzią na niektóre wyzwania nowych technologii. Należy zastrzec, że pełne omówienie zagrożeń dla konkurencji wynikających z postępującej digitalizacji i możliwych odpowiedzi ze strony prawodawców wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Z tego względu w pracy będę rozważać wyłącznie wycinek tego zagadnienia, tj. przypadki, w których uczestnicy kartelu w ramach jego realizacji uciekają się do użycia dostarczonego im przez podmiot trzeci cyfrowego narzędzia (programu komputerowego, algorytmu, narzędzia analitycznego bądź agregującego dane itp.). Na początek zarysuję problem wykorzystywania tego typu narzędzi dla antykonkurencyjnych celów, uwzględniając przy tym aktualny stan dyskusji w kręgach akademickich, jak i na forach instytucjonalnych. Następnie przeanalizuję przypadek dostarczenie narzędzia cyfrowego w kontekście tzw. testu odpowiedzialności pomocnika. Postaram się przy tym wskazać obszary, w których nadmiernie surowe podejście organów może stanowić zagrożenie dla rozwoju innowacji, i sformułować postulaty odnośnie do ewentualnej praktyki stosowania koncepcji odpowiedzialności pomocnika wobec podmiotów dostarczających narzędzi cyfrowych służących optymalizacji działalności gospodarczej. Dodatkowo rozważę pytanie, czy wspomniana koncepcja miałaby także potencjał jako instrument zwalczania nowych form ograniczenia konkurencji, a to jednostronnego wykorzystywania algorytmów dla osiągania efektów rynkowych typowych dla koluzji.

Rozdział końcowy, zamykający rozważania, poświęcony zostanie podsumowaniu oraz wnioskowi płynącemu z przeprowadzonej analizy materiału badawczego oraz argumentacji prezentowanej przez organy ochrony konkurencji UE. Odniosę się w nim nadto do sformułowanych na otwarciu rozprawy hipotez badawczych.

### 1.3. Obszar badawczy

Badania przedstawione w niniejszej pracy dotyczą wyłącznie prawa konkurencji Unii Europejskiej, stosowanego na poziomie unijnym, oraz będących przejawem



jego stosowania decyzji Komisji Europejskiej oraz wyroków TSUE. Choć unijne prawo konkurencji ma niezaprzeczalnie istotne znaczenie dla rozwoju tej gałęzi prawa w państwach członkowskich UE, świadomie pozostawiłam regulacje krajowe całkowicie poza tokiem analizy. Niniejsza praca w zamierzeniu nie miała bowiem mieć charakteru komparatystycznego. Koncentruję się w niej wyłącznie na problemie odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika kartelu na gruncie art. 101 TFUE. Zagadnienie to, choć nie jest już całkowitym *novum*, jest obecnie w fazie rozwoju. Rozważania o jego wpływie na stosowanie traktatowego bądź nawet krajowego prawa konkurencji przez organy państw członkowskich wydaje się jeszcze odrobinę przedwczesne. Analiza nielicznych przykładów odwoływania się na poziomie krajowym do koncepcji odpowiedzialności pomocnika wykształconej przez Komisję i TSUE niosłaby ze sobą ryzyko zbytnej kazuistyki. Nadto zaburzałaby przyjęty tok analizy. Niemniej jednak wnioski płynące z przeprowadzonej w pracy analizy będą całkowicie aktualne także w kontekście stosowania prawa konkurencji na poziomie krajowym.

Rozprawa nie zawiera także często występujących w tego typu publikacjach porównań do amerykańskiego prawa antytrustowego ani prawa innych jurysdykcji spoza UE. W moim przekonaniu, choć takie odwołania bywają niezwykle ciekawe poznawczo, oferują tylko niewielką pomoc przy ocenie prawa *de lege lata*. W konsekwencji nie odpowiadałoby to charakterowi pracy i nie wzbogacałoby wyводу. Pomimo wzajemnego oddziaływania systemów prawa konkurencji USA oraz UE różnice między nimi pozostają fundamentalne - jako oczywisty przykład można tu wskazać charakter karny Aktu Shermana w opozycji do administracyjnego systemu egzekwowania prawa konkurencji w Unii Europejskiej - co ogranicza możliwość formułowania realistycznych postulatów w oparciu o porównywane modele czy instytucje. Niemniej jednak w pracy obficie czerpię z amerykańskiej literatury prawniczej i ekonomicznej w zakresie, w jakim dotyczy ona generalnych, wspólnych dla gospodarki światowej tendencji rynkowych.

Praca obejmuje stan prawny na 1.04.2018 r. oraz orzecznictwo opublikowane do tej daty. Analiza skupia się na trendach ujawniających się w powyżej zarysowanym obszarze tematycznym w okresie ostatnich kilkunastu lat. Jako punkt zwrotny można wskazać wydanie wspomnianej już powyżej decyzji Komisji w sprawie Organic Peroxide z 2003 r., tj. pierwszej decyzji Komisji w sprawie AC-Treuhand, która *de facto* zapoczątkowała nowy trend w praktyce egzekwowania prawa konkurencji na poziomie Unii Europejskiej. W toku analizy będę jednak naturalnie sięgać także do wcześniejszego orzecznictwa i decyzji Komisji.

#### 1.4. Metody badawcze oraz wybór literatury

Badania przedstawione w niniejszej pracy w przeważającej mierze zostały oparte na metodzie dogmatyczno-prawnej, teoretyczno-prawnej oraz analizie orzecznictwa, które najlepiej odpowiadają charakterowi oraz tematyce pracy. Rozprawa obejmuje pogłębioną analizę tekstu regulacji traktatowej (art. 101 ust. 1 TFUE), która w zakresie publicznoprawnej ochrony konkurencji jest niezwykle syntetyczna. Rozważania miały przede wszystkim na celu ustalenie znaczenia najważniejszej z przesłanek zakazu niedozwolonych porozumień istotnych z punktu widzenia celu niniejszej rozprawy, czyli przesłanki porozumienia. Posłużyłam się przy tym tradycyjnie uznawanymi

metodami wykładni prawa europejskiego<sup>17</sup>. Analizując przedmiotowe zagadnienie, starałam się nadto wyjść poza interpretację brzmienia przepisu i uwzględnić także szerszą perspektywę dla odpowiedzialności pomocnika, w tym w szczególności ekonomiczne podłoże prawa konkurencji oraz specyfikę unijnego prawa, które posługuje się autonomiczną siatką pojęciową.

Szczególną rolę dla odczytania znaczenia normy zawartej we wspomnianym przepisie odgrywają praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej oraz orzecznictwo TSUE. Z tego względu w mojej pracy położyłam nacisk na analizę i ocenę prezentowanej przez organy ochrony konkurencji wykładni art. 101 ust. 1 TFUE oraz ich polemice z argumentacją przedsiębiorców - stron w postępowaniu przed Sądem i Trybunałem Sprawiedliwości UE.

Zaprezentowane w pracy rozważania bazują nadto na polskiej i obcojęzycznej literaturze prawniczej i ekonomicznej. Polskie piśmiennictwo obfituje w kompleksowe prace z dziedziny prawa konkurencji. Co jednak zaskakujące, bardzo niewiele jest opracowań, które podejmowałyby analizę wpływu nowych trendów gospodarczych, w tym w szczególności upowszechnienia zastosowania narzędzi cyfrowych w działalności gospodarczej, na funkcjonowanie systemu niezakłóconej konkurencji rynkowej. Ważny punkt w dyskusji nad kształtem prawa konkurencji w czasach nowej ekonomii stanowiła publikacja pt. *Konkurencja w gospodarce współczesnej*<sup>18</sup>, jednak od jej wydania minęła już przeszło dekada. Wyjątkiem jest także monografia B. Targańskiego<sup>19</sup>, poświęcona ochronie konkurencji w działalności platform elektronicznych, w której autor całościowo analizuje prawne implikacje przeniesienia obrotu gospodarczego z konwencjonalnego rynku na platformy internetowe. Wspomnienia wymaga nadto artykuł G. Materny pt. *Internet: szczególny obszar rywalizacji przedsiębiorców, szczególne wyzwanie prawa ochrony konkurencji z perspektywy zakazu antykonkurencyjnych porozumień*<sup>20</sup> pochodzący z Księgi Jubileuszowej dla profesor Elżbiety Traple, w którym autor omawia wybrane zagadnienia prawa konkurencji w kontekście handlu elektronicznego. Taki stan rzeczy dowodzi potrzeby wzbogacenia polskiej nauki o pracę ożywiającą dyskusję nad tą niezwykle kontrowersyjną i aktualną kwestią.

Podobny problem zidentyfikowałam w odniesieniu do zagadnienia odpowiedzialności pomocnika kartelu. Zostało ono dostrzeżone w polskim piśmiennictwie przez M. Król-Bogomilską w monografii *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*<sup>21</sup>. Wspomniana monografia została wydana w 2013 roku, a zatem jeszcze przed potwierdzeniem przez Trybunał Sprawiedliwości UE poprawności zastosowanej przez Komisję wykładni art. 101 TFUE, gdy nadto w obrocie istniały dopiero dwie decyzje KE skierowane do pomocników kartelu - obie dotyczące spółki AC-Treuhand. Możliwość przypisania odpowiedzialności pomocnikom kartelu była traktowana w monografii

17 Specyfikę metod wykładni prawa unijnego omawiają K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice*, EUI Working Paper AEL 2013/9, dostęp: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/28339>.

18 C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, UOKiK, Warszawa 2007, dostęp: <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=11144>.

19 B. Targański, *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego*, Oficyna, 2010.

20 G. Materna, *Internet: szczególny obszar rywalizacji przedsiębiorców, szczególne wyzwanie prawa ochrony konkurencji z perspektywy zakazu antykonkurencyjnych porozumień* (w:) P. Podrecki, T. Targosz, P. Kostański (red.), *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, Warszawa 2017, str. 1348-1364.

21 M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Warszawa 2013.

sceptycznie. Autorka dostrzegła przy tym jednak słusznie kształtujący się naówczas trend, wskazując, że Komisja pójdzie zapewne ścieżką surowej oceny różnych form dopuszczenia się naruszenia zakazu porozumień, co znalazło obecnie potwierdzenie w praktyce. Reorientację praktyki Komisji w zakresie karania pomocników kartelu dostrzegł także Z. Jurczyk, referując sprawę AC-Treuhand I na tle szerszych rozważań<sup>22</sup>. W polskiej nauce pojawiają się nadto pojedyncze głosy, na marginesie innych wypowiedzi, negujące<sup>23</sup> lub potwierdzające<sup>24</sup> możliwość przypisania odpowiedzialności pomocnikowi kartelu. Choć zatem w polskim piśmiennictwie dostrzeżono już istnienie problemu, to wciąż istnieje pewien deficyt w zakresie jego analizy. Istnieje zatem wyraźna potrzeba przeprowadzenia badań w tym obszarze, które pozwolą na lepsze zrozumienie i krytyczną ocenę wciąż kształtujących się ram odpowiedzialności antymonopolowej pomocników kartelu.

Znacznie bogatsza jest z kolei literatura zagraniczna. Spośród pozycji anglojęzycznych szczególne znaczenie dla ukierunkowania moich badań miało opracowanie *Capturing the cartels friend* C. Hardinga<sup>25</sup>, w którym autor, profesor prawa karnego, aprobuje odnosząc się do działań organów ochrony konkurencji w sprawie AC-Treuhand, przedstawia propozycję zastosowania do oceny działania pomocników kartelu paraleli do zorganizowanej grupy przestępczej. Konstrukcja ta pozwala na przypisanie odpowiedzialności nie tylko tym, którzy faktycznie popełniają określone przestępstwa, ale także pomocnikom, których rola bywa przy tym kluczowa. Porównanie to pozwoliło mi lepiej zrozumieć, jakimi motywami mogły kierować się unijne organy ochrony konkurencji, stwierdzając, że pomocnik kartelu winien odpowiadać za bezpośredni udział w zakazanym porozumieniu.

Istotny wkład w kształt niniejszej pracy miała nadto literatura amerykańska tematycznie plasująca się pomiędzy prawem a ekonomią. Istotną dla moich rozważań analizę zagadnienia niestabilności kartelu przedstawili przede wszystkim V. Suslow i M. Levenstein<sup>26</sup> oraz C. Leslie<sup>27</sup>, skupiający się na ekonomicznych czynnikach determinujących zachowania rynkowe przedsiębiorców. Ich rozważania pozwoliły mi na dostrzeżenie wagi stabilizującego wkładu działań pomocnika w sukces kartelu. Na wspomnienie zasługują nadto prekursorskie publikacje S.K. Mehra<sup>28</sup> oraz A. Ezrachi

22 Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, str. 292-296.

23 Zob.: A. Piszcz, *Recenzja rozprawy doktorskiej mgr. Piotra Semeniuka*, str. 7, dostęp: <http://www.wpia.uj.edu.pl/nauka/doktoraty/piotr-semeniuk>. Autorka wskazuje całkowicie na marginesie, że prawo administracyjne w przeciwieństwie do prawa karnego i cywilnego nie zna instytucji sprawstwa polecającego ani pomocnictwa; A. Jurkowska-Gomułka, *Ułatwiacze karteli* - wpis na blogu z 4 listopada 2015 r., dostęp: <http://www.modzelewskapasnik.pl/pl/blog/36/31/ulawiacze-karteli/>; S. Józwik, *Wymiana informacji między konkurentami jako praktyka ograniczająca konkurencję – kierunki rozwoju analizy prawno-ekonomicznej*, UOKiK, Warszawa 2011, str. 20, dostęp: <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=11120>; autorka stwierdza brak podstawy prawnej dla negatywnej oceny antymonopolowej działań niezależnych podmiotów trzecich zbierających i rozpowszechniających informacje.

24 K. Kohutek, *Glosa do wyroku TS z dnia 21 lipca 2016 r., C-542/14*, LEX/el. 2016, pkt 5. Autor zdawał się traktować rozszerzenie zakresu zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE na pomocników jako słuszny, konsekwentny krok unijnych organów ochrony konkurencji, niewzbudzający większych problemów interpretacyjnych.

25 C. Harding, *Capturing the cartel's friends: Cartel facilitation and the idea of joint criminal enterprise*, *European Law Review*, Issue 2, 2009, dostęp: <http://cadair.aber.ac.uk/dspace/handle/2160/13514>.

26 M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, *What Determines Cartel Success?*, *Journal of Economic Literature*, Vol. 44, No. 1, 2006, dostęp SSRN: <https://ssrn.com/abstract=299415>.

27 C.R. Leslie, *Trust, Distrust, and Antitrust*, *Texas Law Review*, Vol. 82, No. 3, February 2004, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=703202>.

28 S.K. Mehra, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, *Minnesota Law Review*, Vol. 100, Forthcoming; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2015-15, dostęp: <https://ssrn.com/abstract=2576341>.



i M. Stucke'a<sup>29</sup>, które zainspirowały mnie do zakreszenia szerszej perspektywy dla analizy zagadnienia odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika kartelu. To ich spostrzeżenia odnośnie do rozwoju gospodarki cyfrowej i jego wpływu na kształt prawa konkurencji pozwoliły mi sformułować jedno z podstawowych pytań niniejszej pracy, tj. pytania o możliwość posłużenia się konstrukcją odpowiedzialności pomocnika w celu zapobiegania wykorzystywaniu narzędzi cyfrowych dla optymalizacji bądź zawiązywania antykonkurencyjnych porozumień.

Przygotowując rozprawę, posłużyłam się nadto bogatym piśmiennictwem niemieckim, w którym reprezentowany jest szeroki wachlarz poglądów odnośnie do trafności oraz możliwego podejścia do praktykowanej przez europejskie organy ochrony konkurencji wykładni art. 101 ust. 1 TFUE w zakresie odpowiedzialności pomocników kartelu. Powrót przez Komisję do zarzuconej od czasu sprawy *Italian Cast Glass* praktyki karania pomocników karteli, tj. wydanie decyzji w sprawie *AC-Treuhand*, stał się impulsem dla jednego z pierwszych kompleksowych opracowań na gruncie niemieckim autorstwa Jensa Kocha<sup>30</sup>, w którym broni on tezy o braku podstaw w europejskim prawie konkurencji dla przypisania odpowiedzialności pomocnikowi za udział w niedozwolonym porozumieniu. Ciekawą propozycję podejścia do zagadnienia proponuje także Rebecca Hutt<sup>31</sup> – możliwość przypisania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi, poszukując w odpowiedniej wykładni pojęcia porozumienia, uwzględniającej, że pomocnik nie jest dowolną osobą trzecią, ale podmiotem wpływającym swoim działaniem na sytuację rynkową.

Wskazane powyżej pozycje nie stanowią naturalnie wyczerpującego wyliczenia wykorzystanej w pracy literatury przedmiotu, a jedynie najważniejsze opracowania, które najmocniej wpłynęły na kształt niniejszej rozprawy. Pełną bibliografię w porządku alfabetycznym zamieściłam na końcu rozprawy.

## 1.5. Hipotezy badawcze

Przed przejściem do merytorycznej części pracy przedstawię hipotezy badawcze, których prawdziwość będę w toku rozprawy weryfikować:

1. W prawie konkurencji Unii Europejskiej, wbrew stanowisku organów ochrony konkurencji, brak jest wyraźnej podstawy prawnej dla przypisania pomocnikowi kartelu odpowiedzialności za naruszenie zakazu porozumień między przedsiębiorcami.
2. Adaptacja przez organy ochrony konkurencji UE przesłanek koncepcji odpowiedzialności za jednolite i ciągłe naruszenie na potrzeby oceny zachowania pomocnika kartelu jest wadliwa i nie pozwala na uzasadnienie przypisania mu odpowiedzialności antymonopolowej. Koncepcja ta służy wzajemnemu przypisaniu działań poszczególnych uczestników kartelu, a zatem jest nieadekwatnym narzędziem dla stwierdzania faktu naruszenia zakazu porozumień.

29 A. Ezrachi, M. Stucke, *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 18/2015; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267, dostęp: <https://ssrn.com/abstract=2591874>.

30 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, ZWeR 2009, str. 370.

31 R. Hutt, *Die kartellrechtliche Verantwortung von Dienstleistungsunternehmen - Haftung von „Kartell-Koordinatoren“ als Mittäter einer Kartellvereinbarung (AC-Treuhand/Kommission, EuG (Dritte Kammer), Urteil vom 6 Februar 2014, T-27/10)*, European Law Reporter 1/2014, str. 8.

3. Działania organów ochrony konkurencji UE w sprawach pomocników kartelu miały charakter *de facto* prawotwórczy. Organy, uzasadniając przypisanie odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu, nie tylko naruszyły zasady podziału kompetencji między instytucjami unijnymi, ale nadto postąpiły wbrew zasadzie określoności prawa, stosując nadmiernie rozszerzającą wykładnię art. 101 TFUE, która nie była przewidywalna dla jego adresatów.
4. Naganność działań pomocnika kartelu nie pozostawia wątpliwości. Aby jednak pociągnąć go do odpowiedzialności antymonopolowej, potrzebna byłaby taka zmiana przepisów Traktatu, która w sposób wyraźny zakazywałaby podejmowania działań stanowiących pomocnictwo do kartelu i tym samym przesądzała ich bezprawną naturę. Unijny prawodawca musiałby przy tym rozstrzygnąć, czy odpowiedzialność pomocnika kartelu winna być zależna od zaistnienia przestanki subiektywnej.
5. Przestanki testu odpowiedzialności pomocnika pozostawiają organom ochrony konkurencji zbyt szeroki zakres swobody interpretacyjnej, co przyczynia się do wzrostu niepewności prawa w obszarze prawa konkurencji UE. W szczególności pojęcie „przyczynienia się” jest nazbyt inkluzywne i pozwala na objęcie zakresem znaczeniowym otwartego zbioru działań powiązanych z naruszeniem.
6. Jeżeli nawet zgodzić się z szeroką wykładnią zakresu zastosowania zakazu porozumień zawartego w art. 101 TFUE przyjmowaną przez unijne organy ochrony konkurencji, to niezbędne byłoby wprowadzenie do oceny działań pomocnika przestanki jakościowej, np. odczuwalności przyczynienia się, pozwalającej na odróżnienie działań neutralnych lub ułatwiających działanie kartelu tylko marginalnie od działań stanowiących rzeczywiście istotny wkład w osiągnięcie antykonkurencyjnych celów. Za adresata zakazu winno uznawać się bowiem tylko takie podmioty, które swoim działaniem w sposób świadomy odczuwalnie przyczyniają się do realizacji antykonkurencyjnych inicjatyw kartelu. W działaniach organów trudno jest natomiast na tę chwilę dostrzec jednolite stanowisko odnośnie do tej kwestii.
7. Twórcy narzędzi cyfrowych, w szczególności zaś algorytmów wykorzystywanych przez przedsiębiorców dla optymalizacji ich działań rynkowych, powinni liczyć się z możliwością uznania, że dostarczając takim przedsiębiorcom określony produkt, przyczyniają się do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu, nawet jeżeli nie są obecni na rynku dotkniętym kartelizacją. Brak wiedzy, do jakiego celu dane narzędzie zostanie wykorzystane, niekoniecznie może stanowić przesłankę wyłączającą odpowiedzialność, gdyż dla jej przypisania wystarczająca okazać się może sama możliwość przewidzenia tego celu.

## Rozdział II.

# Zarys ochrony konkurencji w Unii Europejskiej

### 2.1. Przedmiot i cel ochrony konkurencji

Choć art. 101 ust. 1 TFUE wyraźnie wskazuje, że wszelkie antykonkurencyjne porozumienia między przedsiębiorstwami, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, są niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane, to mało kto dziś jeszcze pamięta, że to właśnie ustanowienie wewnętrznego rynku i integracja gospodarcza ponad granicami państw członkowskich były głównymi celami, którym miały służyć reguły konkurencji zawarte w prawie pierwotnym<sup>32</sup>. Ojcowie założyciele ówczesnej Wspólnoty Europejskiej słusznie dostrzegli, że zniesienie barier dla wolnego handlu, jak cła czy utrudniające wymianę handlową przepisy krajowe, może nie być wystarczające dla stworzenia jednego rynku wewnętrznego, jeżeli państwowe bariery zostaną zastąpione przez wywołujące tożsamy efekt działania przedsiębiorców<sup>33</sup>. Zgodnie z ówczesnym art. 2 Traktatu Rzymskiego podstawowym celem Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej było ustanowienie wspólnego rynku i stopniowe zbliżanie polityk gospodarczych państw członkowskich. Wprowadzenie do Traktatu przepisów chroniących konkurencję było natomiast niezbędnym warunkiem osiągnięcia tego celu. Określone w Traktacie Rzymskim reguły rywalizacji rynkowej były jednak na tyle generalne, że prędko europejskie organy ochrony konkurencji stanęły przed potrzebą odpowiedzi na pytanie, jaką konkurencję należy chronić i jaki jest ostateczny cel tej ochrony. Traktat nie zawierał bowiem konkretnych wskazówek w tym zakresie. Choć zasadniczo panowała zgoda co do tego, że wolny rynek daje lepsze efekty niż gospodarka centralnie sterowana<sup>34</sup>, to kwestią sporną pozostawał zakres dozwolonej interwencji państwa w jej funkcjonowanie<sup>35</sup>. Było bowiem także jasne, że, wbrew założeniom klasycznej ekonomii A. Smitha i D. Ricardo, konkurencja nie powstaje sama z siebie, gdy tylko usunąć jej z drogi wszystkie sztuczne przeszkody<sup>36</sup>. Otwarte pozostawało więc pytanie o standard bądź wzorzec zachowań rynkowych, w oparciu o który organy ochrony konkurencji miałyby dokonywać oceny praktyk przedsiębiorców.

32 D. Miąsik, §13 Unijne prawo konkurencji (w:) M. Kępiński (red.), *Prawo konkurencji*, System Prawa Prywatnego, tom 15, nb. 17; M. Kolasiński, *Aksjologia wspólnotowego prawa konkurencji*, KPP, 3/2007, str. 232; J. Joshua, *Single continuous infringement of article 81 EC: has the commission stretched the concept beyond the limit of its logic?*, str. 3, dostęp: [https://www.biicl.org/files/4360\\_single\\_continuous\\_infringement\\_of\\_article\\_81\\_ec\\_2\\_.pdf](https://www.biicl.org/files/4360_single_continuous_infringement_of_article_81_ec_2_.pdf).

33 Zob. V. Emmerich, *Kartellrecht*, wyd. 11, Monachium 2008, str. 21; podobnie Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce* (w:) C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, str. 31.

34 R. Whish, *Competition Law*, wyd. 6. Oxford University Press, 2008, str. 3.

35 W. Kilian, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, wyd. 4, Monachium 2010, str. 75.

36 V. Emmerich, *Kartellrecht*, str. 4-5.

Szukając odpowiedzi na pytanie, jaką konkurencję chronić, można wyjść od analitycznego modelu konkurencji doskonałej, rozumianego jako stan całkowitej równowagi rynku<sup>37</sup>, dzięki której osiągana jest efektywność alokacyjna i produkcyjna<sup>38</sup>. Taka sytuacja rynkowa, w której żaden uczestnik obrotu nie może poprawić swojej sytuacji bez pogorszenia sytuacji rynkowej innego uczestnika, określana jest także mianem równowagi Pareto (ang. *Pareto efficiency*)<sup>39</sup>. Rynek doskonale konkurencyjny charakteryzuje się obecnością na nim wielu nabywców i sprzedawców oferujących całkowicie homogeniczne towary w ilości wystarczającej do zaspokojenia potrzeb wszystkich nabywców, jest nadto całkowicie transparentny i nie istnieją na nim bariery wejścia ani wyjścia<sup>40</sup>. W literaturze ekonomicznej zwraca się nadto uwagę, że wraz z osiągnięciem konkurencji doskonałej zniknęłaby motywacja do konkurowania z innymi przedsiębiorcami<sup>41</sup>. Ten model w praktyce nie byłby możliwy do osiągnięcia<sup>42</sup>, także i z tego powodu, że nie uwzględnia on zachodzących na rynku zmian technologicznych, strukturalnych, a także zmian zachowań sprzedawców i nabywców<sup>43</sup>. W szczególności zdaje się on nie uwzględniać nieracjonalności decyzji zakupowych i kierowania się przez nabywców innymi motywami niż czysto ekonomiczne. Model konkurencji doskonałej jest jednak użyteczny dla zrozumienia idei konkurencji jako takiej. Stanowi on nadto punkt odniesienia dla różnych koncepcji konkurencji niedoskonałej, jednak osiągalnej i przynoszącej potencjalnie największe korzyści. Wśród zaproponowanych przez nauki ekonomiczne modeli konkurencji wymienić trzeba - jako najistotniejsze - konkurencję zdolną do działania (nazywaną też konkurencją funkcjonującą), teorię rynków spornych oraz konkurencję efektywną<sup>44</sup>.

Czytając literaturę ekonomiczną traktującą o modelu konkurencji zdolnej do działania (ang. *workable competition*), można odnieść wrażenie, że jego zwolennicy bez żalu odchodzili od idealistycznego modelu konkurencji doskonałej. Stworzony przez nich model był może bardziej prozaiczny i bliski doświadczeniu życiowemu, ale jego wielką zaletą była możliwość osiągnięcia opisywanego przez ten model stanu konkurencji w realnie istniejących warunkach. Za twórcę koncepcji konkurencji zdolnej do działania uważa się Johna Maurice'a Clarka, który jej zrab przedstawił w grudniu 1939 r. podczas konferencji Amerykańskiego Stowarzyszenia Ekonomicznego oraz Towarzystwa Ekonometrycznego, a następnie opublikował pod tytułem *Toward a concept of workable competition*<sup>45</sup>. J.M. Clark wyszedł od gorzkiej konstatacji, że konkurencja doskonała „nie istnieje, nie może istnieć i prawdopodobnie nigdy nie istniała”, a następnie zaproponował szereg kryteriów do oceny, kiedy konkurencja jest zdolna do działania. Widoczne było w tym dążenie do zbudowania takiego mode-

37 Z. Jurczyk, *Karteles w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, str. 18.

38 R. Whish, *Competition Law*, str. 4-5.

39 R.S. Khemani, D.M. Shapiro, *Glossary of industrial organisation economics and competition law*, OECD, pkt 148, dostęp: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>.

40 R. Whish, *Competition Law*, str. 7.

41 Z. Jurczyk, *Karteles w polityce ...*, str. 18.

42 R. Whish, *Competition Law*, str. 7-8; V. Emmerich, *Kartellrecht*, str. 6.

43 Z. Jurczyk, *Karteles w polityce ...*, str. 20.

44 Szerokie omówienie tych oraz dalszych koncepcji konkurencji prezentuje B. Turno w monografii *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim systemie ochrony konkurencji*, LEX 2013, Rozdział I, pkt. 1.2. Z kolei Z. Jurczyk, *Karteles w polityce...*, str. 22-24, wśród podstawowych modeli konkurencji niedoskonałej wymienia jeszcze koncepcję konkurencji monopolistycznej wypracowaną przez E.H. Chamberlina, jednak autor sam wskazuje, że przydatność tego modelu była ograniczona z uwagi na jego trudność zastosowania w praktyce. Konkurencję zdolną do działania autor łączy natomiast z pojęciem konkurencji efektywnej.

45 J.M. Clark, *Toward a concept of workable competition*, The American Economic Review, June 1940, str. 241, dostęp: [https://www.jstor.org/stable/1807048?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1807048?seq=1#page_scan_tab_contents).

lu, który mógłby realnie posłużyć jako narzędzie kształtowania polityki konkurencji. Tak zapoczątkowana koncepcja znalazła wielu zwolenników i ewoluowała<sup>46</sup>. Wśród proponowanych kryteriów tego modelu konkurencji w szczególności należy wskazać na obecność na rynku takiej liczby przedsiębiorców, na ile pozwalają na to efekt skali, brak barier wejścia oraz wyjścia z rynku, zróżnicowanie produktów, a nadto efektywność działania uczestników oraz istnienie stanu niepewności co do inicjatyw cenowych rywali<sup>47</sup>. Model ten przewidywał nadto, że przedsiębiorcy nie będą wchodzić w niedozwolone porozumienia, będą postępować uczciwie, a sukces rynkowy winny odnosić podmioty lepiej zaspokajające potrzeby konsumentów<sup>48</sup>.

Dostrzeżenie wpływu na zachowania rynkowe potencjalnej konkurencji legło u podstaw kolejnego modelu konkurencji, a mianowicie teorii rynków spornych. Zakłada ona, że przedsiębiorcy będą optymalnie alokować swoje środki, jeżeli rynki, na których działają, mają charakter rynków spornych, to znaczy istnieje możliwość wejścia i wyjścia z niego bez ponoszenia znacznych kosztów<sup>49</sup>. Inaczej ujmując, przedsiębiorcy działający na określonym rynku nie będą pozwalali sobie na działania nieefektywne ani stosowanie nadmiernie wysokich cen, jeżeli będą odczuwali presję ze strony potencjalnych konkurentów – przedsiębiorców, którzy w każdej chwili będą w stanie bez ponoszenia ryzyka utopienia kosztów wejść na określony rynek. Warunkiem istnienia rynku spornego jest brak barier wejścia i wyjścia. Oczywiście korzyścią z osiągnięcia takiego modelu jest dyscyplinujący efekt wobec przedsiębiorców już działających na rynku, gdyż potencjalna konkurencja zmusza ich do innowacyjności i zachowania cen na poziomie konkurencyjnym<sup>50</sup>. Nawet w przypadku obecności na rynku w danej chwili niewielu przedsiębiorców nie będą oni mogli korzystać z przywileju *quiet life*, lecz będą musieli liczyć się z możliwością nagłego pojawienia się na rynku bardziej efektywnego konkurenta.

W wypowiedziach unijnych organów ochrony konkurencji wykorzystywane jest z kolei pojęcie „konkurencji efektywnej” lub „skutecznej” (ang. *effective competition*)<sup>51</sup>. Sporne pozostaje, czy jest ona modelem konkurencji tożsamym z modelem konkurencji zdolnej do działania<sup>52</sup>, czy też jest pojęciem wolnym od teoretycznej podbudowy<sup>53</sup>. Konkurencja efektywna zakłada istnienie presji konkurencyjnej ze strony obecnych i potencjalnych konkurentów, a także konsumentów, której utrzymanie zapewnić mają organy ochrony konkurencji<sup>54</sup>. Ten model konkurencji jest w praktyce

46 Kształtowanie się tej koncepcji konkurencji w prawie konkurencji Unii Europejskiej z perspektywy historycznej przedstawia E.J. Mestmäcker, *Toward a concept of a workable European competition law - revisiting the formative period* (w:) K.K. Patel, H. Schweitzer (red.) *The historical foundations of EU Competition Law*, Oxford University Press 2013, str. 191.

47 Szczegółowo model ten omawia: Z. Jurczyk, *Kartelee w polityce...*, str. 33; zob. także: R.S. Khemani, D.M. Shapiro, *Glossary of industrial...*, pkt 205.

48 Z. Jurczyk, *Kartelee w polityce ...*, str. 33.

49 R. Whish, *Competition Law*, str. 17.

50 R.S. Khemani, D.M. Shapiro, *Glossary of industrial...*, pkt 44.

51 Warto już tu wskazać, że do tej koncepcji – jak się zdaje – odwołał się TSUE w orzeczeniach w sprawie AC-Treuhand I i AC-Treuhand II, wskazując, że brak możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności za niedozwolone porozumienia przedsiębiorcy, który jest pomocnikiem kartelu, stanowiłoby zagrożenie dla pełnej efektywności prawa konkurencji.

52 Tak Z. Jurczyk, *Kartelee w polityce...*, str. 63; autor posługuje się zamiennie określeniem „konkurencja efektywna” i „konkurencja zdolna do działania”.

53 Tak R. Whish, *Competition Law*, str. 18.

54 R. Whish, *Competition Law*, str. 18; B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar...*, rozdział I, pkt 1.2.



stosowany przez organy ochrony konkurencji UE, w szczególności przy ocenie koncentracji o wymiarze unijnym<sup>55</sup>.

Twórcy zarysowanych tu modeli, a także licznych ich odmian, na których pełne omówienie nie starczyłoby tu miejsca, opierając się na ekonomicznych założeniach, dążyli w istocie do uzyskania odpowiedzi na pytanie, jaka byłaby najbardziej pożądana sytuacja rynkowa. Inaczej ujmując, starali się znaleźć odpowiedź na pytanie, jaka struktura rynku i sposób jego funkcjonowania przynosiłyby najwięcej korzyści, a nadto jakich zachowań ze strony przedsiębiorców należałoby oczekiwać, by uzyskać rynkowe optimum. Stan konkurencji jest bowiem niewątpliwie zależny od działań uczestników rynku, na którym ma ona panować. To ich działania wymagają ukierunkowania i wyznaczenia granic, gdyż to te działania bezpośrednio przekładają się na stan konkurencji na rynku. Ta ostatnia konstatacja wymaga szczególnej uwagi, gdyż będzie ona niezwykle ważna dla dalszych rozważań.

Pytanie o cel prawa konkurencji, a w szczególności prawa konkurencji UE, jest jednym z burzliwiej dyskutowanych w nauce. Zagadnieniu temu poświęcono znaczną liczbę publikacji, tak w piśmiennictwie krajowym<sup>56</sup>, jak i zagranicznym<sup>57</sup>. Korzeni dyskusji należy poszukiwać na gruncie doktryny amerykańskiej, gdzie sporne stało się przede wszystkim pytanie, czy prawu antymonopolowemu przyświecać ma jeden cel, czy też celów tych winno być więcej. Stanowisko o pluralizmie celów było reprezentowane przez tzw. szkołę harwardzką, która w szczególności kładła nacisk na ochronę małych i średnich przedsiębiorstw, redystrybucję dochodów oraz przeciwdziałanie nadmiernej koncentracji<sup>58</sup>. Przeciwnie stanowisko prezentowała z kolei szkoła chicagowska, która, wierząc w efektywność ekonomiczną rynku, ostatecznego celu prawa konkurencji upatrywała w maksymalizacji dobrobytu konsumentów<sup>59</sup>. Choć słusznie podnosi się, że wielość celów prawa konkurencji utrudnia orientację i ogranicza pewność prawa<sup>60</sup>, to obecnie w polityce ochrony konkurencji UE można zaobserwować tendencję do wykorzystania prawa konkurencji dla ochrony wielu różnych celów, także tradycyjnie niekojarzonych z obszarem zainteresowania antytrystu, takich jak ochrona danych osobowych i prywatności. W tym kontekście toczy się aktualnie dyskusja nad potrzebą zapewnienia „czystości” prawa konkurencji i możliwością wykorzystywania prawa konkurencji do osiągnięcia pozakonkurencyjnych celów<sup>61</sup>.

Wśród podstawowych celów prawa konkurencji UE należy wyróżnić te, które można określić jako polityczne, i takie, które mają charakter ekonomiczny<sup>62</sup>. Do pierwszej grupy zalicza się unikatowe w globalnej skali dążenie do utworzenia w ramach UE

55 B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar...*, rozdział I, pkt 1.2 (przypis 103).

56 Zob. na przykład: Z. Jurczyk, *Karteles w polityce ...*, str. 67-106; tegoż *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce* (w:) C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, str. 13; M. Błachucki, *Rozwój historyczny i cele prawa konkurencji* (w:) B. Polzakiewicz, J. Boehlke (red.), *„Ekonomia i prawo”*, Tom XII, nr 2/2013, str. 193-205; D. Miąsik, *Controlled chaos with consumer welfare as the winner - a study of the goals of Polish Antitrust Law*, YARS vol. 2008, 1 (1), str. 33, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1649342>; M. Kępiński, § 5 Cele i prawa konkurencji (w:) M. Kępiński (red.), *Prawo konkurencji*, System Prawa Prywatnego, tom 15.

57 Zob. w szczególności: R. Whish, *Competition Law*, str. 19-23; I. Lianos, *Some reflections on the question of the goals of EU competition law*, CLES Working Papers Series 3/2013, dostęp SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2235875>.

58 Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej...*, str. 16.

59 Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej...*, str. 20-21.

60 Podobnie B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar...*, rozdział I, pkt 1.1.

61 A. Ezrachi, M.E. Stucke, *The fight over the antitrust's soul*, JECLP 2017, Volume 9, Issue 1, 1 January 2018.

62 M. Błachucki, *Rozwój historyczny i cele...*, str. 198.

zintegrowanego wspólnego rynku bez wewnętrznych barier dla handlu<sup>63</sup>. To realizacja tego celu przyświeca organom ochrony konkurencji, gdy, oceniając działania przedsiębiorców, negatywnie odnoszą się do zamknięcia rynku czy ograniczeń eksportowych. Do celów ekonomicznych należy z kolei zaliczyć: zapewnienie dobrobytu konsumentów, a zatem maksymalnych korzyści z istnienia efektywnej konkurencji, ochronę konkurencji jako takiej, a także ochronę struktury rynku oraz uczestników obrotu, czyli konkurentów. Brak jest zgody co do tego, który z wymienionych celów jest dominujący, a spojrzenie na tę kwestię ewoluuje. Jeszcze w 2005 roku ówczesna komisarz ds. konkurencji Neelie Kroes podkreślała, że dobrobyt konsumentów jest utrwalonym standardem, do którego odwołuje się Komisja przy ocenie naruszeń prawa konkurencji, a ochrona konkurencji jest środkiem wzmacniającym dobrobyt konsumentów i zapewniającym efektywną alokację zasobów<sup>64</sup>. Jednak już w 2009 roku Trybunał w powszechnie przywoływanej w tym kontekście sprawie GlaxoSmith-Kline wskazał, że celem art. 101 TFUE nie jest tylko ochrona konkurentów czy konsumentów, ale także struktury rynku, a w konsekwencji konkurencji jako takiej<sup>65</sup>. Ta sama teza pojawiła się też kilka miesięcy wcześniej w wyroku TSUE w sprawie T-Mobile Netherlands<sup>66</sup>. Można odczytywać to jako aprobatę dla bardziej ekonomicznego podejścia do prawa konkurencji. Powyższe wypowiedzi wcale nie muszą jednak być postrzegane jako niespójne - nie chodzi tu bowiem o fundamentalne różnice, ale o rozkład akcentów w dyskusji o celach prawa konkurencji, który może zmieniać się w zależności od realizowanej w danej chwili polityki<sup>67</sup>. Odnośnie do najistotniejszej kwestii panuje jednak co do zasady zgoda: prawo konkurencji nie służy ochronie konkurencji dla samego faktu jej istnienia - jego celem ostatecznym są korzyści, jakie płyną z jej właściwego funkcjonowania<sup>68</sup>.

## 2.2. Ochrona konkurencji w prawie unijnym

### 2.2.1. Słowo wstępne

Ochrona konkurencji w Unii Europejskiej obejmuje cztery łatwo identyfikowalne obszary: antykonkurencyjne porozumienia między przedsiębiorcami, nadużywanie pozycji dominującej, kontrolę koncentracji przedsiębiorców o wymiarze wspólnotowym (obecnie nomenklatura powoli zmienia się w kierunku nazywania tego wymiaru unijnym lub europejskim) oraz kwestię pomocy państwa (ang. *state aid*). Tematyka pracy celowym czyni zawężenie dalszych rozważań do pierwszego z wymienionych obszarów. W niniejszym podrozdziale przedstawione zostaną więc podstawowe kwestie związane z niedozwolonymi porozumieniami między przedsiębiorcami. Na początek

63 M. Błachucki, *Rozwój historyczny i cele...*, str. 201.

64 N. Kroes, *European Competition Policy - Delivering Better Markets and Better Choices*, 15th Sep 2005, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-05-512\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm): "Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies. Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources."

65 Wyrok TSUE z dnia 6.10.2009 r. w sprawach połączonych C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P oraz C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services i in., nb. 63.

66 Wyrok TSUE z dnia 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08, T-Mobile Netherlands i in. nb. 38.

67 W tym duchu R. Whish, *Competition Law*, str. 19.

68 K. Kohutek, Art. 1 *uokik* (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Lex 2014, pkt 3; M. Błachucki, *Rozwój historyczny i cele...*, str. 203; B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar...*, rozdział I, pkt 1.1.

wskazane zostaną najistotniejsze podstawy prawne, dalej zdefiniowane zostaną poszczególne przesłanki art. 101 ust. 1 TFUE, na koniec zaś kilka słów zostanie poświęconych kwestiom kompetencyjnym i proceduralnym, w tym karom za kolektywne praktyki naruszające zakaz porozumień ograniczających konkurencję.

Celem tego podrozdziału jest zarysowanie ram prawnych zakazu antykonkurencyjnych porozumień oraz wyjaśnienie podstawowych związanych z nim pojęć. Pozwoli to w dalszej części pracy na ograniczenie potrzeby każdorazowego definiowania oraz wyjaśniania podstawowych zagadnień, co mogłoby odciągać uwagę od głównego toku analizy.

### 2.2.2. Źródła prawa konkurencji UE

Unijne prawo konkurencji jest uregulowane w prawie pierwotnym oraz prawie wtórnym, a nadto w licznych aktach o charakterze *soft law*, które pomimo formalnie niewiążącego charakteru odgrywają w systemie ochrony konkurencji rolę nie do przecenienia. Do pierwszej kategorii zalicza się Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, którego Tytuł VII „Wspólne reguły w dziedzinie konkurencji, podatków i zbliżenie ustawodawstw” zawiera podstawowe przepisy statuujące reguły rywalizacji rynkowej przedsiębiorców na rynku wewnętrznym. Najistotniejsze znaczenie - dla niniejszej rozprawy - ma art. 101 TFUE, zgodnie z którym niezgodne z rynkiem wspólnym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego. Z kolei art. 102 TFUE zakazuje nadużywania pozycji dominującej przez jedno przedsiębiorstwo lub większą liczbę przedsiębiorstw na rynku wewnętrznym. Należy zauważyć, że obydwa te przepisy mają charakter niezwykle ogólny i opierają się na nieostrych pojęciach. Z jednej strony można to postrzegać jako zagrożenie dla pewności prawa, z drugiej zaś - jako konieczność. Domknięcie terminologiczne ww. zakazów mogłoby bowiem doprowadzić do ograniczenia zakresu ich zastosowania. Takie syntetyczne ujęcie treści zakazów z art. 101 i 102 TFUE było zatem niezbędne, by wyjść naprzeciw pomysłowości przedsiębiorców. Zaznaczenia wymaga fakt, iż obydwa te przepisy mają bezpośrednie zastosowanie na obszarze całej Unii Europejskiej.

Omawiając źródła pierwotnego prawa konkurencji UE, należy nadto wspomnieć o Protokole nr 27 do Traktatu Lizbońskiego w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji, który stanowi integralną część Traktatu. Umieszczenie w nim pewnych kwestii dotyczących gospodarki było formą kompromisu pomiędzy państwami członkowskimi, które po przeszło połowie wieku wciąż nie doszły do konsensusu odnośnie do najbardziej pożądanego kształtu systemu gospodarczego. W Protokole wskazano, że rynek wewnętrzny obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję, a dla jego urzeczywistnienia organy unijne winny móc w razie potrzeby skorzystać z klauzuli uzupełnienia kompetencji określonej w art. 352 TFUE<sup>69</sup>. Artykuł ten daje instytu-

---

69 Art. 352 ust. 1 TFUE: Jeżeli działanie Unii okaże się niezbędne do osiągnięcia, w ramach polityk określonych w Traktatach, jednego z celów, o których mowa w Traktatach, a Traktaty nie przewidziały uprawnień do działania wymaganego w tym celu, Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego, przyjmuje stosowne przepisy. Jeżeli przepisy te są przyjmowane przez Radę zgodnie ze specjalną procedurą ustawodawczą, stanowi ona również jednomyślnie na wniosek Komisji i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego.



cjom UE możliwość podjęcia działań nawet w przypadku, gdy brak jest im wyraźnie przyznanych kompetencji<sup>70</sup>, jeżeli działanie Unii okaże się niezbędne dla osiągnięcia określonego w Traktatach celu, a nie zostały w nich przewidziane stosowne kompetencje. Wcześniejszy odpowiednik tej klauzuli został wykorzystany jako podstawa do wprowadzenia przepisów o kontroli koncentracji o wymiarze wspólnotowym, gdyż prawo pierwotne takiej kompetencji nie przewidywało<sup>71</sup>.

Wśród aktów prawa wtórnego regulującego sprawy konkurencji w UE należy przede wszystkim wymienić *Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu* (obecnie art. 101 i 102 TFUE). Rozporządzenie to umożliwia zastosowanie w praktyce wskazanych artykułów Traktatu. Zawiera ono szereg norm proceduralnych, które ma przestrzegać Komisja przy egzekwowaniu prawa konkurencji. Nadto rozporządzenie zawiera reguły kolizyjne, dzięki którym możliwe jest równoczesne zdecentralizowane stosowanie unijnego prawa konkurencji także przez organy krajowe. Szczególne zainteresowanie przedsiębiorców budzi też zawarty w rozporządzeniu rozdział VI dotyczący kar, jakie mogą być nałożone na przedsiębiorców za naruszenie przepisów materialnych prawa konkurencji, jak również za naruszenia natury formalnej.

Formę rozporządzenia Komisji przyjęto także dla aktów zawierających tzw. zwolnienia grupowe spod zakazu antykonkurencyjnych porozumień. Przykładem jest tu *Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sprawie porozumień wertykalnych*<sup>72</sup>. Unijny prawodawca, ustanawiając wyjątki od zakazu porozumień, dał wyraz przekonaniu, że nie wszystkie porozumienia między przedsiębiorcami mają negatywny wpływ na konkurencję. Komisja patrzy więc łaskawszym okiem m.in. na: porozumienia o transferze technologii<sup>73</sup>, porozumienia specjalizacyjne<sup>74</sup> oraz porozumienia badawczo-rozwojowe<sup>75</sup>. Możliwość powołania się na zwolnienie grupowe jest jednak uzależniona od spełnienia określonych warunków, w szczególności co do udziału w rynku oraz co do treści porozumienia.

70 Zgodnie z zasadą przyznania określoną w art. 5 ust. 1 TUE Unia dysponuje tylko takimi kompetencjami, jakie zostały jej wyraźnie przyznane. Z kolei art. 4 ust. 1 potwierdza, że całość kompetencji nieprzyznanych Unii należy do państw członkowskich.

71 Zob. motyw 7 *Rozporządzenia Rady (WE) NR 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Dz.U.UE z dnia 29.01.2004 r., L 24/1, a także motyw 8 *Rozporządzenia Rady (EWG) Nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Dz.U.UE z dnia 30.12.1989 r., L 395/1.

72 *Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, Dz.U.UE z dnia 23.04.2010 r., L 102/1.

73 *Rozporządzenie Komisji (UE) nr 316/2014 z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii*, Dz.U.UE z dnia 28.03.2014 r., L 093.

74 *Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1218/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych*, Dz.U.UE z dnia 18.12.2010 r., L 335.

75 *Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1217/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych*, Dz.U.UE z dnia 18.12.2010 r., L 335.

Dla egzekwowania prawa konkurencji istotne jest nadto *Rozporządzenie Komisji (WE) nr 773/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r.*<sup>76</sup> odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE (obecnie 101 i 102 TFUE), w którym uregulowano szczegółowo: zagadnienie prawa do bycia wysłuchanym, prawa wglądu do akt, a nadto procedurę postępowania ugodowego w postępowaniach kartelowych<sup>77</sup>. Kwestie szczegółowe dotyczące przebiegu postępowania ugodowego zostały nadto ujęte w Obwieszczeniu Komisji<sup>78</sup>.

Zdecydowanie rzadziej stosowaną formą aktu w europejskim prawie konkurencji jest dyrektywa. Zgodnie z art. 288 TFUE akty takie skierowane są do państw członkowskich i wymagają implementacji, czyli włączenia do krajowego porządku prawnego w taki sposób, by zachowany został pożądaný cel, lecz niekoniecznie dosłowne brzmienie przepisów. Istotnym przykładem z zakresu prawa konkurencji jest tu jednak tzw. dyrektywa o *private enforcement*<sup>79</sup>, niedawno implementowana także do polskiego porządku prawnego *Ustawą z dnia 23 kwietnia 2017 r.* (Dz.U.2017, 1132)<sup>80</sup>. Proces implementacji był szeroko komentowany w polskiej literaturze prawniczej<sup>81</sup>. Obecnie trwają także prace nad projektem dyrektywy w sprawie wzmocnienia pozycji krajowych organów ochrony konkurencji w egzekwowaniu unijnego prawa konkurencji<sup>82</sup>, które mogą doprowadzić do harmonizacji niektórych aspektów proceduralnych w ramach systemu zdecentralizowanego egzekwowania prawa konkurencji UE przez państwa członkowskie.

Szczególną rolę dla interpretacji prawa konkurencji Unii Europejskiej odgrywają liczne wydawane przez Komisję Europejską akty typu *soft law*<sup>83</sup>. Występują one pod

---

76 *Rozporządzenie Komisji (WE) nr 773/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE*, Dz.U.UE z dnia 27.04.2004 r., L 123 z późniejszymi zmianami, dalej jako Rozporządzenie nr 773/2004.

77 Procedura ugodowego zakończenia postępowania kartelowego została wprowadzona do unijnego porządku prawnego w 2008 roku na mocy rozporządzenia Komisji (WE) nr 622/2008 z dnia 30 czerwca 2008 r. zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 773/2004 w odniesieniu do prowadzenia postępowań ugodowych w sprawach kartelowych.

78 *Obwieszczenie Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w sprawach kartelowych*, Dz.U.UE z dnia 2.07.2008 r., C 167 z późniejszymi zmianami.

79 *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego*, Dz.U.UE z dnia 5.12.2014 r., L 349.

80 *Ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji*, Dz.U.2017, 1132. Ustawa weszła w życie 27.06.2017 r.

81 Zob. w szczególności: A. Piszcz, D. Wolski (red.), *Dochodzenie przed sądem polskim roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, Warszawa 2016; D. Wolski, *Implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji (2014/104/UE)* (w:) T. Skoczny (red.), *Prawo konkurencji. 25 lat*. Warszawa 2015.

82 Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nadania organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu zapewnienia skuteczniejszego egzekwowania reguł konkurencji i należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego, z dnia 22.03.2017 r. COM(2017) 142 final; pierwsze uwagi odnośnie do projektowanych przepisów przedstawił K. Dobosz, M. Scheibe, *Pierwsze uwagi i wątpliwości po przedstawieniu projektu antymonopolowej dyrektywy efektywnościowej*, Przegląd Prawa Publicznego 6/2017; pogłębioną analizę projektu przedstawił także G. Materna, *Projekt dyrektywy ECN+ (omówienie w aspekcie potrzeby kolejnej nowelizacji polskiego prawa ochrony konkurencji)*, IKAR2018, nr 2 (7), str. 31.

83 Kwestie terminologiczne, formy aktów typu *soft law* oraz fundamentalne problemy związane z jego stosowaniem omawia P.C. Müller-Graff, *Das „Soft Law“ der europäischen Organisationen*, EuR, Heft 1, 2012, str. 18; zob. także A. von Graevenitz, *Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen - Soft Law der EU mit Lenkungswirkung*, EuZW, 2013, str. 169.

różnymi nazwami (zawiadomienia, komunikaty, obwieszczenia) i - jak już wskazałam powyżej - nie mają waloru aktu powszechnie obowiązującego. Dla przedsiębiorców są one jednak niezwykle ważnym punktem odniesienia, gdyż prezentują sposób, w jaki Komisja będzie w praktyce stosować przepisy Traktatu oraz prawa pochodnego. Umożliwia to uczestnikom obrotu dokonanie samooceny ich działań - rozpoznanie, czy ich praktyka nosi znamiona niedozwolonego porozumienia, czy realizuje ona przesłanki wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE lub też spełnia wymagania z odpowiedniego rozporządzenia odnośnie do zwolnienia grupowego<sup>84</sup>. Rozporządzenie 1/2003 przerzuciło na przedsiębiorców ciężar dokonywania oceny zgodności z prawem konkurencji ich działań rynkowych. O ile na mocy rozporządzenia nr 17<sup>85</sup> istniała procedura zgłoszenia porozumienia w celu jego weryfikacji przez Komisję Europejską, to taka nieefektywna praktyka została wraz z wejściem w życie wspomnianego rozporządzenia nr 1/2003 porzucona na rzecz zwolnienia ustawowego<sup>86</sup>. Wydawane przez KE akty typu *soft law* mają więc na celu zapewnienie przedsiębiorcom wskazówek co do samooceny ich działań rynkowych, tak by mogli uniknąć antykonkurencyjnych praktyk, a równocześnie nie obawiali się podejmowania prokonkurencyjnych inicjatyw. Komisja zwykła bowiem zobowiązywać się w tego typu aktach do stosowania wskazanej w nich interpretacji przepisów i praktyki oceny antykonkurencyjnych porozumień. Takie samoograniczenie Komisji oznacza nadto, że nie może ona odstąpić od zasad określonych w akcie typu *soft law* bez podania takich przyczyn, które nie naruszają zasady równego traktowania<sup>87</sup>. Akty prawa miękkiego nie są jednak wiążące dla państwa członkowskich<sup>88</sup>, i choć w praktyce krajowe organy odwołują się do interpretacji przedstawionych m.in. w Wytycznych, to przedsiębiorca nie może czynić im zarzutu niezastosowania się do nich.

### 2.2.3. Adresaci zakazu porozumień

W polskiej literaturze dotyczącej prawa konkurencji do określenia adresata jego reguł powszechnie stosuje się termin „przedsiębiorca”, pomimo że w oficjalnym tłumaczeniu art. 101 TFUE posłużono się terminem „przedsiębiorstwo”. Odmienność ta nie niesie ze sobą żadnej doniosłości. Z uwagi jednak na cywilistyczne konotacje terminu „przedsiębiorstwo”<sup>89</sup> w rozprawie posługiwać się będę konsekwentnie terminem „przedsiębiorca”.

84 W tym zakresie wyjaśnień należy szukać w Zawiadomieniu Komisji - Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych z dnia 10.05.2010 r., SEK (2010) 411 final (dalej jako „Wytyczne wertykalne”) oraz w Komunikacie Komisji - Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, Dz.U.UE z dnia 14.01.2011 r., C 11 (dalej jako „Wytyczne horyzontalne”) oraz np. Komunikacie Komisji - Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do porozumień o transferze technologii, Dz.U.UE z dnia 28.03.2014 r., C 89.

85 Rozporządzenie Rady EWG Nr 17 - pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu, Dz.U. Wspólnot Europejskich z dnia 21.02.1962 r., 13/204.

86 Zob. K. Ost, *Kartellverfahrensverordnung - Einführung* (w:) U. Loewenheim, K.M. Meessen, A. Riesenkampff, C. Kersting, H.J. Meyer-Lindemann (red.), *Kartellrecht*, nb. 2 oraz 22-24.

87 Zob. na przykład: wyrok Sądu z dnia 19.05.2010 r. w sprawie T-21/05, Chalkor AE Epexergias Metallon, nb. 60; wyrok Trybunału z dnia 28.06.2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, Dansk Rorindustri i in, nb. 210-211.

88 Wyrok TSUE z dnia 14.06.2011 r. w sprawie C-360/09, Pfeiderer, nb. 21.

89 Zob. art. 551 KC, który pojęcie przedsiębiorstwa definiuje jako zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej.

W unijnym prawie konkurencji brak jest definicji legalnej przedsiębiorcy, jednakże obszerne orzecznictwo TSUE<sup>90</sup> pozwala na zasadniczo precyzyjne wskazanie de-sygnatów tego pojęcia. Przedsiębiorcą jest mianowicie niezależny podmiot, który prowadzi działalność gospodarczą polegającą na oferowaniu na rynku towarów lub usług, niezależnie od jego formy prawnej, sposobu finansowania i nastawienia na osiąganie zysku. Dotyczy to także osób samozatrudnionych, takich jak: lekarze<sup>91</sup>, adwokaci<sup>92</sup> czy śpiewacy operowi<sup>93</sup> itd. Jako że dochodowy charakter działalności nie jest przesłanką kwalifikacji jako przedsiębiorcy, także podmioty działające na zasadzie *non-profit* mogą być adresatami zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE. Co jeszcze istotne, to okoliczność, że taki podmiot nie może być wyłącznie końcowym nabywcą ani konsumentem nabywanych dóbr, gdyż takie ich wykorzystanie nie ma charakteru gospodarczego<sup>94</sup>. Z kolei przesłanka indywidualności wyklucza zakwalifikowanie pracownika jako przedsiębiorcy, gdyż pozostaje on w stosunku zależności do pracodawcy-przedsiębiorcy i wykonuje pracę na jego rachunek.

W literaturze wskazuje się, że unijne organy ochrony konkurencji stosują funkcjonalne podejście do tego terminu, przez co rozumie się, że jeden podmiot może równocześnie w pewnym zakresie swojej działalności wypełniać przesłanki zakwalifikowania jako przedsiębiorcy, w innym zaś już nie<sup>95</sup>. Przykładem mogą być tu jednostki samorządu terytorialnego albo organy realizujące określone zadanie publiczne, takie jak urząd pracy lub kasa chorych, w zakresie, w jakim realizują one prerogatywy władzy publicznej pozostają one poza obszarem zastosowania prawa konkurencji i nie można ich uznać za przedsiębiorców. Jednakże równocześnie w zakresie, w jakim prowadzą one działalność gospodarczą, uznane zostaną za adresatów zakazu porozumień.

Adresatami zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE są nadto szeroko rozumiane związki przedsiębiorców. Rozumie się przez to wszelkie formy zrzeszeń takich jak: stowarzyszenia, izby handlowe, spółdzielnie rolnicze<sup>96</sup>, organizacje zawodowe, w tym prawnicze<sup>97</sup>, organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi<sup>98</sup>, a także organizacje „dachowe” zrzeszające związki przedsiębiorców<sup>99</sup>. Oceniając, czy dane ciało stanowi związek przedsiębiorców, organy ochrony konkurencji biorą pod uwagę jego strukturę oraz uprawnienia decyzyjne w zasadniczych aspektach jego funkcjonowania, a nadto działanie w interesie członków<sup>100</sup>.

Kryterium rozstrzygającym o zaliczeniu związków do kręgu adresatów zakazu anty-konkurencyjnych porozumień jest wykonywanie działalności gospodarczej przez ich członków. Sam związek nie musi bowiem wykonywać takiej działalności - może ogra-

90 Przykładowe orzecznictwo: wyrok Sądu z dnia 19.02.2002 r. w sprawie C-309/99, Wouters, nb. 46-47; wyrok Sądu z dnia 16.03.2004 r. w sprawie C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01 AOK Bundesverband i in., nb. 46; wyrok Sądu z dnia 22.01.2002 r. w sprawie C-218/00, Cisak, nb. 22-23; wyrok Sądu z dnia 11.07.2006 r. w sprawie C-205/03 P FENIN, nb. 25.

91 Wyrok Trybunału z dnia 12.09.2000 r. w sprawach połączonych C-180/98 do C-184/98, Pavel Pavlov i inni, nb. 77.

92 Wyrok Sądu z dnia 19.02.2002 r. w sprawie C-309/99, Wouters, nb. 48-49.

93 Decyzja Komisji z dnia 26.05.1978 r. w sprawie IV/29.559 - RAI/UNITEL, OJ 15.6.1978, L 157/39.

94 Wyrok Trybunału z dnia 11.07.2006 r. w sprawie C-205/03 P, FENIN, nb. 25, 26.

95 R. Whish, *Competition Law*, str. 83.

96 Wyrok Sądu z dnia 15.12.1994 r. w sprawie C-250/92, Gøttrup-Klim Grovvareforening i in.

97 Wyrok Trybunału z dnia 19.02.2002 r. w sprawie C-309/99, Wouters.

98 Decyzja KE z dnia 16.07.2008 r. w sprawie COMP/C2/38.698 - CISAC, str. 28.

99 Zob. na przykład: Decyzja KE z dnia 7.12.1984 r. w sprawie IV/28.930 - Milchförderungsfonds.

100 Zob. wyrok TSUE z dnia 11.09.2014 r. w sprawie C-382/12 P, MasterCard i in., nb. 62-73.

niczać się do prowadzonej *non-profit* działalności konsultacyjnej, standaryzacyjnej, lobbingowej czy też ochrony interesów jego członków. Orzecznictwo przyjmuje, że art. 101 ust. 1 TFUE ma zastosowanie do związków przedsiębiorców w zakresie, w jakim podejmują one lub należący do nich przedsiębiorcy działania wymierzone w osiągnięcie takich efektów, jakim regulacja ta ma zapobiegać<sup>101</sup>. Nadto, jeżeli związek przedsiębiorców podejmuje jednak działalność gospodarczą, może być uznany samodzielnie za przedsiębiorcę<sup>102</sup>.

Pod pojęciem związku przedsiębiorców rozumie się także podmioty, którym przepisy krajowe przyznają pewne kompetencje władcze, jak na przykład samorządy zawodowe profesji regulowanych (aptekarzy, audytorów, adwokatów, lekarzy itp.). W orzecznictwie dostrzeżono, że w pewnym zakresie takie podmioty wykonują uprawnienia władcze, które nie stanowią działalności gospodarczej<sup>103</sup>. Niemniej wydawanie aktów regulacyjnych, które mają na celu zapewnienie adekwatnych standardów wykonywania zawodu, może być oceniane z punktu widzenia prawa konkurencji<sup>104</sup>. Odmienne ocena mogłaby natomiast zachodzić w sytuacji, w której członkowie takiego samorządu zawodowego byłiby w istocie w większości przedstawicielami władz publicznych, a podejmowane decyzje musiałyby uwzględniać kryterium interesu publicznego<sup>105</sup>.

## 2.2.4. Formy zakazanej praktyki

### 2.2.4.1. Porozumienia

Kluczowym pojęciem dla zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE jest „porozumienie”. Termin ten nie został zdefiniowany w Traktacie, ale także w tym przypadku zadania tego podjęły się organy ochrony konkurencji, interpretując to pojęcie szeroko. W potocznym rozumieniu określenie „zakaz porozumień” zwykle odnoszony jest generalnie do wszystkich wskazanych w przepisie form zмовy, tj. porozumień, decyzji związków przedsiębiorców oraz uzgodnionych praktyki. W orzecznictwie podkreśla się, że wyliczenie to ma na celu zapewnienie, by wszelkie formy koordynacji działań przedsiębiorców, bez względu na wybraną formę, podpadały pod zakres zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE<sup>106</sup>. W istocie te trzy odmiany koordynacji mają, zgodnie z orzecznictwem, taki sam charakter i różnią się od siebie jedynie intensywnością i formami, w których się ujawniają<sup>107</sup>. Pojęcie „porozumienia” zakłada istnienie zgodnej woli co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców określonego zachowania na rynku,

101 Wyrok Sądu z dnia 29.10.1980 r. w sprawach połączonych 209 do 215 i 218/78, Heintz van Landewyck, nb. 88.

102 I. Van Bael, J.F. Bellis, *Competition law of the European Community*, wyd. 5, 2010, str. 35-36 i wskazane tam orzecznictwo.

103 Wyrok Trybunału z dnia 19.02.2002 r. w sprawie C-309/99, Wouters, nb. 57.

104 Wyrok Trybunału z dnia 19.02.2002 r. w sprawie C-309/99, Wouters, nb. 58.

105 Wyrok Trybunału z dnia 12.09.2000 r. w sprawach połączonych C-180/98 do C-184/98, Pavel Pavlov i inni, nb. 87; wyrok TSUE z dnia 11.09.2014 r. w sprawie C-382/12 P, MasterCard i in., nb. 74.

106 Zob. w najnowszym orzecznictwie wyrok TSUE z dnia 11.09.2014 r. w sprawie C-382/12 P, MasterCard i in., nb. 62, 63.

107 Wyrok TSUE z dnia 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08, T-Mobile Netherlands i in., nb. 23.



bez względu na formę jej wyrażenia, o ile tylko odzwierciedla ona wiernie zamiary stron<sup>108</sup>. Poszczególne elementy tej definicji wymagają wyjaśnienia.

Po pierwsze, dla zaistnienia porozumienia między przedsiębiorcami w rozumieniu art. 101 TFUE niezbędne jest, by zawarto je dwóch niezależnych przedsiębiorców, co odróżnia tę formę antykonkurencyjnej praktyki od działań jednostronnych<sup>109</sup>, w tym nadużywania pozycji dominującej. Co do zasady porozumienia w ramach grupy kapitałowej nie są też, pod pewnymi warunkami, postrzegane jako zakazane antykonkurencyjne działania właśnie z uwagi na brak niezależności stron, które tworzą i są postrzegane jako tzw. jeden organizm gospodarczy (ang. *single economic unit*)<sup>110</sup>.

Po drugie, forma porozumienia jest irrelevantna, w szczególności nie musi ono stanowić wiążącego kontraktu w rozumieniu prawa<sup>111</sup> ani nawet być sporządzone w formie pisemnej. Porozumienie może być zawarte nawet ustnie, jako *gentlemen's agreement*<sup>112</sup>. Przedsiębiorcy są obecnie już na tyle świadomi ryzyk antymonopolowych, że z rozmysłem unikają sporządzania jakichkolwiek dokumentów, które odzwierciedlałyby ich sprzeczne z prawem konkurencji ustalenia<sup>113</sup>. Także nazwa ani rodzaj dokumentu, w którym wyrażona została by wspólna wola przedsiębiorców, nie odgrywają istotnej roli - za porozumienie uznane zostały już protokoły<sup>114</sup>, ugody<sup>115</sup>, a w szczególnych okolicznościach także zbiorowy układ pracy<sup>116</sup>. O zakazanym charakterze przesądza bowiem treść - czy to wyrażona wprost, czy wywodzona przez strony konkludentnie z okoliczności oraz sposobu zachowania uczestników.

Pomimo oparcia definicji porozumienia w rozumieniu art. 101 TFUE na przesłance zgodności woli, jakiegokolwiek wewnętrzne zastrzeżenia albo zatajony zamiar działania wbrew uzgodnieniom, a nawet faktyczne działanie sprzeczne z porozumieniem pozostają bez znaczenia dla zaistnienia porozumienia. Ocena wystąpienia zgodności woli dokonywana jest bowiem na podstawie zobiektywizowanych kryteriów, w szczególności zachowania przedsiębiorcy oraz okoliczności, w jakich wola jest wyrażana. Z decyzji KE można wywieść, że już samo stworzenie wrażenia, że dany przedsiębiorca przystaje na zaproponowane mu porozumienie, czyni go odpowiedzialnym za naruszenie, gdyż jego zachowanie pozwala innym uczestnikom ufać, że będzie się on

108 Utrwalone orzecznictwo: zob. na przykład: Wyrok Trybunału z dnia 15.07.1970 r. w sprawie 41/69, Chemiefarma, nb. 112; wyrok SPI z dnia 24.10.1991 r. w sprawie T-1/89, Rhone Poulenc, nb. 120; wyrok SPI z dnia 26.10.2000 r. w sprawie T-41/96, Bayer, nb. 69; zob. także I. Van Bael, J.F. Bellis, *Competition law of the European Community*, str. 27 i n.

109 W orzecznictwie rozróżnia się działania jednostronne od takich, które tylko pozornie stanowią jednostronne praktyki, lecz w istocie są one formą porozumienia - zob. wyrok SPI z dnia 26.10.2000 r. w sprawie T-41/96, Bayer, nb. 70 i 71 oraz przywołane tam orzecznictwo.

110 Zob. Wyrok Trybunału z dnia 24.10.1996 r. w sprawie C-73/95 P, Viho Europe BV, nb. 15-17; zob. także M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, str. 78; szczegółowe omówienie zagadnienia jednego organizmu gospodarczego, zob. P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, dostęp: <https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/ksiazki/32/Koncepcja.pdf>.

111 Wyrok SPI z dnia 26.10.2000 r. w sprawie T-41/96, Bayer, nb. 68; wyrok Trybunału z dnia 11.01.1990 r. w sprawie C- 277/87, Sandoz prodotti farmaceutici SpA, streszczenie wyroku, pkt 2.

112 Zob. na przykład: wyrok Trybunału z dnia 15.07.1970 r. w sprawie 41/69, Chemiefarma, nb. 106 i n oraz wyrok Sądu z dnia 21.05.2014 r. w sprawie T-519/09, Toshiba.

113 Zob. R. Whish, *Competition Law*, str. 106 z powołaniem na decyzję Komisji z dnia 19.12.1991 r. w sprawie IV/33.133-A: Soda-ash - Solvay, nb. 59.

114 Decyzja KE z dnia 29.03.1994 r. w sprawie IV/33.941 - HOV SVZ/MCN, nb. 46.

115 Decyzja KE z dnia 19.06.2013 r. w sprawie AT.39226 - Lundbeck, podtrzymana w wyroku Sądu z dnia 9.09.2016 r. w sprawie T-472/13, H. Lundbeck A/S.

116 Wyrok TSUE z dnia 4.12.2014 r. w sprawie C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media; zob. także głosę do tego wyroku: G. Materna, *Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do układów zbiorowych pracy*, EPS, kwiecień 2015, str. 24.

stosował do uzgodnień. Z tego względu sama obecność na spotkaniu, podczas którego omawiano antykonkurencyjne plany bez wyraźnego zdystansowania się do podejmowanych inicjatyw i zastrzeżenia, że uczestniczy się w spotkaniu z odmiennym nastawieniem od pozostałych, może zostać uznana za wystarczającą, w braku przeciwnego dowodu, dla uzasadnienia przypisania odpowiedzialności antymonopolowej<sup>117</sup>. Ta utrwalona praktyka oceny zaistnienia zgodnej woli w takich okolicznościach natrafiła jednak niedawno na swoje granice - w stanie faktycznym, w którym fizyczne spotkanie zastąpione zostało rozesyłaniem wiadomości za pomocą systemu elektronicznego<sup>118</sup>. Ten ciekawy przypadek omówiony zostanie szerzej w rozdziale III.

Pojęcie „porozumienia” jest co do zasady niezależne od późniejszego zachowania się uczestników na rynku. Bez znaczenia pozostaje zatem okoliczność, czy dane niedozwolone porozumienie zostało wprowadzone w życie. Powstrzymanie się od realizacji uzgodnionych działań może być w rzeczywistości próbą „oszukania” współuczestników porozumienia, a nie wyrazem odmiennej (a nie „zgodnej”) woli. Dla kartelu charakterystyczne jest nadto istnienie pokusy wśród jego uczestników, by osiągnąć przewagę nad pozostałymi, czy to poprzez zwiększenie w tajemnicy produkcji powyżej ustalonego poziomu, czy też stosowanie niższych cen od ustalonych, by pozyskać klientelę konkurentów, stosujących zgodnie z porozumieniem wyższe ceny. Z tego względu nawet rzeczywiste postępowanie na rynku wbrew uzgodnieniom porozumienia nie może być, co do zasady<sup>119</sup>, poczytane jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność za naruszenie zakazu z art. 101 TFUE. Może być ono bowiem właśnie wyłącznie przejawem próby „przechytrzenia” konkurentów. Powstrzymanie się do stosowania postanowień porozumienia i przyjmowanie postawy prokonkurencyjnej stanowi jednak okoliczność łagodzącą, braną pod uwagę przez KE przy obliczaniu wysokości kary<sup>120</sup>.

Dalej należy wskazać, że dla zaistnienia porozumienia nie jest konieczne, by określało ono z góry wszechstronnie wszystkie aspekty koordynacji działań lub zмовы<sup>121</sup>. Istotny jest tylko zgodny zamiar określonego zachowania na rynku, a szczegóły mogą być przedmiotem dalszych negocjacji<sup>122</sup>. Co ważne, treść porozumienia może się z czasem zmieniać, może być ono rozszerzane na inne aspekty działalności gospodarczej lub obejmować różne porozumienia i uzgodnione praktyki zmierzające do określonego wspólnego celu, a tworzące jedną złożoną całość. Aby w ocenie prawnej właściwie ująć taką dynamikę niedozwolonych porozumień, jeszcze w latach 80. ubiegłego wieku unijne organy ochrony konkurencji wypracowały tzw. koncepcję jednolitego i ciągłego naruszenia (ang. *single and continuous infringement* bądź rzadziej

117 Zob. rozdział III, pkt. 3.3 i wskazane tam orzecznictwo.

118 Wyrok TSUE z dnia 21.01.2016 r. w sprawie C-74/14 Eturas; analizę tego przypadku przedstawia: B. Targański, *Antitrust liability in the context of online platforms. Case comment to the preliminary ruling of the Court of Justice of 21 January 2016 "Eturas" UAB v Lietuvos Respublikos konkurencijos tryba (Case C-74/14)*, YARS vol. 2016, 9 (14), str. 293.

119 We wspomnianej sprawie Eturas zarówno rzecznik generalny M. Szpunar, jak i TSUE dopuścili w stanie faktycznym analizowanej sprawy, by zdystansowanie się od antykonkurencyjnych planów przedstawionych w formie wiadomości elektronicznej wykazywać m.in. okolicznością ciągłego i wyraźnego postępowania wbrew ustaleniom.

120 Zob. Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywnien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003, OJ C 210, 1.09.2006 r., pkt. 28.

121 Decyzja KE z dnia 24.01.2007 r. w sprawie COMP/F/38.899 - Gas Insulated Switchgear, nb. 224.

122 Wyrok Sądu z dnia 13.09.2013 r. w sprawie T-566/08, Total Raffinage Marketing, nb. 32.



spotykane, choć trafniejsze, *single overall infringement*)<sup>123</sup>. Po raz pierwszy została ona zastosowana w praktyce w sprawie dotyczącej kartelu na rynku polipropylenu z 1986 r.<sup>124</sup>, w którym uczestniczyło kilkunastu przedsiębiorców współpracujących w ramach skomplikowanej sieci ustaleń, planów, spotkań i inicjatyw. Komisja uznała, że w istocie stanowiły one jedno ogólne porozumienie, przejawiające się w serii węższych porozumień, którego wspólnym celem była regulacja cen i podaży na rynku propylenu<sup>125</sup>. Koncepcja została następnie potwierdzona przez orzekający w sprawie odwołania Sąd Pierwszej Instancji, który podkreślił, że działania przedsiębiorców miały wspólny cel ekonomiczny i sztuczne byłoby rozdzielanie ich na szereg oddzielnych porozumień<sup>126</sup>. Podtrzymując wyrok w apelacji, Trybunał wskazał, że SPI słusznie uznał, że przedsiębiorca, który bierze udział w takim naruszeniu, podejmując działania stanowiące same w sobie porozumienie lub uzgodnioną praktykę o antykonkurencyjnym celu, które zmierzały do wsparcia w doprowadzeniu do zaistnienia porozumienia jako całości, odpowiada za działania podejmowane przez innych przedsiębiorców w ramach tego samego naruszenia<sup>127</sup>. Zdaniem Trybunału Komisja musi w takim przypadku wykazać, że dany przedsiębiorca zamierzał własnym działaniem przyczynić się do osiągnięcia wspólnego z pozostałymi uczestnikami celu i że był świadomy ich planowanych bądź realizowanych działań lub mógł je racjonalnie przewidzieć i godził się na związane z tym ryzyko<sup>128</sup>.

Obecnie koncepcja ta, pozwalająca na ujęcie jako jednego porozumienia szeregu pomniejszych porozumień bądź uzgodnionych praktyk, stanowi utrwaloną praktykę i została wielokrotnie potwierdzona w orzecznictwie<sup>129</sup>. Przypisanie przedsiębiorcy odpowiedzialności za całość złożonego naruszenia wymaga spełnienia łącznie dwóch przesłanek. Po pierwsze, musi istnieć jeden cel, do którego osiągnięcia zmierzać mają poszczególne działania uczestników. Zgodnie z orzecznictwem przy ocenie tej przesłanki należy badać komplementarny charakter elementów składowych, przez co rozumie się wzajemne oddziaływanie przyczyniające się do osiągnięcia antykonkurencyjnych skutków<sup>130</sup>. Z kolei przesłanka subiektywna obejmuje świadomość przedsiębiorcy, że jego działania stanowią wkład w większy antykonkurencyjny projekt oraz wiedzę bądź możliwość racjonalnego przewidzenia działań pozostałych uczestników zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu.

Zarysowana praktyka Komisji bazuje na spostrzeżeniu, że kartele ze swej natury są rozciągnięte w czasie, ich skład osobowy, zakres asortymentowy i geograficzny może się zmieniać, a poszczególni uczestnicy mogą w różnym czasie i w różnym stopniu przyczyniać się do realizacji celu porozumienia. Nadto uczestnicy kartelu czasem za-

123 Szerzej zob.: R. Whish, *Competition Law*, str. 99-102; J. Joshua, *Single continuous infringement of article 81 EC: has the Commission stretched the concept beyond the limit of its logic?*, *European Competition Journal* vol. 5, no. 2, 2009; I. Van Bael, J.F. Bellis, *Competition law of the European Community*, str. 30-31.

124 Decyzja Komisji z dnia 23.04.1986 r., IV/31.149 - Polipropylen, OJ L 230, 18.08.1986, p. 1.

125 Decyzja Komisji w sprawie Polipropylen, nb. 81.

126 Wyrok SPI z dnia 17.12.1991 r. w sprawie T-6/89, Enichem Anic, nb. 203-204.

127 Wyrok Trybunału z dnia 8.07.1999 r. w sprawie C-49/92 P, Anic Participazioni, nb. 83.

128 Wyrok Trybunału z dnia 8.07.1999 r. w sprawie C-49/92 P, Anic Participazioni, nb. 87.

129 Wyrok Sądu z dnia 12.12.2007 r. w sprawach połączonych T-101/05 oraz T-111/05, BASF i UCB, nb. 160; Wyrok Sądu z dnia 10.10.2014 r. w sprawie T-68/09, Soliver, nb. 61; wyrok Trybunału z dnia 6.12.2012 r. w sprawie C-441/11 P, Verhuizingen Coppens, nb. 43; wyrok Sądu z dnia 16.06.2002 r. w sprawie T211/08, Putters International NV, nb. 32; wyrok Sądu z dnia 9.09.2015 r. w sprawie T-104/13, Toshiba Corp., nb. 52; wyrok Sądu z dnia 15.12.2016 r. w sprawie T762/14, Koninklijke Philips NV, nb. 171; wyrok SPI z dnia 8.07.2008 r. w sprawie T53/03, BPB plc, nb. 255.

130 Wyrok Sądu z dnia 12.12.2007 r. w sprawach połączonych T-101/05 oraz T-111/05, BASF i UCB, nb. 179.

wieszają swoją współpracę lub ograniczają ich zakres, by w okresie późniejszym powrócić do pierwotnych ustaleń, a w każdym razie Komisja nie jest w stanie wykazać ich nieprzerwanego trwania. Błędem byłoby w takiej sytuacji sztuczne rozczłonkowanie szerszego porozumienia na mniejsze, odnoszące się do poszczególnych aspektów lub czasookresów, gdyż potencjalnie ignorowałoby to jednolity i ciągły charakter praktyk składających się na szerszą całość. Opisana metodyka postępowania organów ochrony konkurencji UE pozwala więc na uchwycenie dynamiki funkcjonowania kartelu na przestrzeni czasu, a także nierzadko skomplikowanej natury sieci powiązań i porozumień między przedsiębiorcami i podejmowanymi przez nich działaniami<sup>131</sup>.

Konsekwencją zastosowania koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia jest możliwość przypisania przedsiębiorcy odpowiedzialność za całe wieloaspektowe porozumienie, a nie tylko ten jego wycinek, w którym bezpośrednio uczestniczył. Wynika to ze spostrzeżenia, że uczestnicy porozumienia w dążeniu do osiągnięcia wspólnego celu podejmują różnego typu działania, niekoniecznie zaś uczestniczą we wszystkich inicjatywach. Oceniając antykonkurencyjną praktykę, Komisja nie skupia się więc na poszczególnych wkładach, stanowiących już naruszenie, ale postrzega porozumienie jako pewną całość, która oddziałuje negatywnie na konkurencję. Jeżeli zostanie wykazane, że dany uczestnik porozumienia przyczynił się do osiągnięcia wspólnego celu, a jednocześnie zdawał sobie sprawę z antykonkurencyjnych działań pozostałych uczestników zmierzających do osiągnięcia tego samego celu lub powinien był zdawać sobie z nich sprawę i godził się na związane z tym ryzyko, Komisja będzie uprawniona do przypisania mu odpowiedzialności za całość porozumienia. Z kolei w przypadku braku spełnienia ww. przesłanek przedsiębiorca będzie odpowiadać wyłącznie za własne działanie<sup>132</sup>.

Stwierdzenie, że miało miejsce tylko jedno porozumienie, może - wbrew pozorom - okazać się korzystne dla przedsiębiorcy, gdyż za każde pojedyncze naruszenie oceniane indywidualnie mogłaby zostać nałożona na niego kara do 10% obrotu osiągniętego w poprzedzającym roku obrotowym. Z drugiej jednak strony długi czas trwania porozumienia wpływa na wysokość kary. Niewątpliwie natomiast dla przedsiębiorcy, który uczestniczył tylko w wąskim aspekcie porozumienia, zastosowanie konstrukcji jednolitego i ciągłego naruszenia może doprowadzić do przypisania odpowiedzialności za znacznie szerszy zakres praktyki niż ta, w której bezpośrednio uczestniczył, o ile tylko spełnione byłyby wspomniane powyżej przesłanki. Nie zawsze też unijne organy ochrony konkurencji były w stanie trafnie rozróżnić, gdzie kończy się jedno porozumienie, a zaczyna inne<sup>133</sup>. W literaturze wskazuje się nadto na ryzyko związane z nieobjęciem wnioskiem o *Leniency* całości jednolitego porozumienia, większymi karami oraz wystawieniem na szerszy zakres roszczeń odszkodowawczych<sup>134</sup>.

131 Zob. podobnie J. Joshua, *Single continuous infringement...*, str. 1-2, który pod pojęciem jednolitego i ciągłego naruszenia upatruje unijnego odpowiednika brytyjskiego *cartel offence*, czyli przestępstwa kartelu.

132 Zob. wyrok Trybunału z dnia 6.12.2012 r. w sprawie C-441/11 P, Verhuizingen Coppens, nb. 65-67.

133 Zob. P.A. Biolan, *Limited Awareness of Cartel Participants: Any consequences for the single infringement in EU competition Law*, JECLP 2015, vol. 6, no. 6, str. 383; V. Bottka, *T-68/09 Soliver v Commission 'Single and Continuous' Development of the Case Law*, JECLP, 2015, vol. 6, no. 4, str. 250; zob. także przykłady orzecznictwa stwierdzającego wadliwe zastosowanie koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia: wyrok Sądu z dnia 10.10.2014 r. w sprawie T-68/09, Soliver; wyrok Sądu z dnia 12.12.2007 r. w sprawach połączonych T-101/05 oraz T-111/05, BASF i UCB, nb. 209.

134 J. Joshua, *Single continuous infringement...*, str. 1.

Z kolei z punktu widzenia Komisji zastosowanie koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia ma tę zaletę, że usprawnia postępowanie. KE nie musi prowadzić równocześnie kilku dochodzeń w zasadniczo tożsamej sprawie ani poszukiwać granicy między poszczególnymi porozumieniami bądź uzgodnionymi praktykami. Zastosowanie koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia ma też jednak swoją ciemną stronę. Poprzez ujęcie serii działań w jedno szerokie porozumienie Komisja może uniknąć zarzutu przedawnienia naruszeń, gdyż bieg terminu rozpoczyna się od zakończenia całego naruszenia, a nie od zakończenia danego jego aspektu, oddalonego nawet znacznie w czasie<sup>135</sup>. W literaturze podnosi się nadto, że wypracowana przez orzecznictwo koncepcja, pozwalająca na przypisanie przedsiębiorcy odpowiedzialności także za działania innych uczestników porozumienia, jest trudna do pogodzenia z zasadą indywidualnej odpowiedzialności<sup>136</sup>.

Zarysowana tu koncepcja jest niezwykle istotna dla dalszych rozważań. To właśnie jej zastosowanie legło u podstaw przypisania odpowiedzialności „pomocnikowi kartelu”. W dalszej części rozprawy wielokrotnie będę odwoływała się do zarysowanego tu modelu.

#### 2.2.4.2. Decyzje związku przedsiębiorców

Drugą z wymienionych w art. 101 ust. 1 TFUE form antykonkurencyjnej koordynacji są decyzje związku przedsiębiorców. Należy dostrzec, że choć formalnie pochodzą one od podmiotu niezależnego od członków związku, to stanowią *de facto* wyraz ich wspólnej woli. Choć termin „decyzja”, którym posłużył się unijny prawodawca, mógłby sugerować, że odnosi się on tylko do aktów o charakterze formalnym, wydanych w zgodzie z określoną procedurą wewnętrzną danego zrzeszenia, to w istocie należy go rozumieć szeroko. Za decyzję uznaje się więc akty założycielskie oraz statuty, jeżeli na przykład zawierają zapisy odnośnie do warunków członkostwa, które ograniczałyby konkurencję<sup>137</sup>. W orzecznictwie Trybunału przesądzone, że także nawet niewiążące rekomendacje danego związku przedsiębiorców mogą być uznane za „decyzję” w rozumieniu ww. przepisu, jeżeli przestrzeganie jej miałoby odczuwalny wpływ na konkurencję<sup>138</sup>. W takich przypadkach niezbędne jest zbadanie, czy w przeszłości członkowie związku mieli w zwyczaju stosować się do rekomendacji o formalnie niewiążącym charakterze i czy przestrzeganie rekomendacji miało istotny wpływ na konkurencję na rynku właściwym<sup>139</sup>. Podobnie zakwalifikowane zostaną wszelkie pozornie niewiążące wytyczne, stanowiska czy wewnętrzne kodeksy dobrych praktyk - jest bowiem jasne, że mogą one wywierać rzeczywisty wpływ

135 Zob. M. Dreher, *Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung im Europäischen Kartellrecht*, ZWeR 3/2007, str. 285.

136 Zob. M. Dreher, *Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung...*, str. 281-282, 289.

137 Zob. I. Van Bael, J.F. Bellis, *Competition law of the European Community*, str. 395 i n.; zob. także A. Bolecki, *Stowarzyszenia branżowe a prawo ochrony konkurencji w świetle orzecznictwa wspólnotowego*, Glosa 2/2009, s. 77; przykładem może być tu praktyka International Skating Union, która nakładała surowe kary na sportowców uczestniczących w zawodach nieautoryzowanych przez ISU. W grudniu 2017 r. KE ogłosiła, że wydała w tej sprawie decyzję stwierdzającą naruszenie art. 101 TFUE: zob. European Commission Press Release: Antitrust: International Skating Union's restrictive penalties on athletes breach EU competition rules, 8.12.2017 r., dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-5184\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5184_en.htm).

138 Wyrok Trybunału z dnia 8.11.1983 r. w sprawach połączonych 96 do 102, 104, 105, 108 i 110/82, NV IAZ International Belgium and Others, nb. 20; zob. podobnie wyrok z dnia 27.01.1987 r. w sprawie 45/85, Verband der Sachversicherer, nb. 26-32.

139 R. Whish, *Competition Law*, str. 103.

na zachowania rynkowe przedsiębiorców, nawet jeżeli nie przewidują formalnych narzędzi egzekwowania ich przestrzegania. Potencjalnie antykonkurencyjne zagrożenie mogą nadto stanowić akty regulujące organizację targów oraz wystaw, jeżeli nadmiernie ograniczają swobodę wystawców uczestnictwa w innych tego typu wydarzeniach lub zawierają dyskryminacyjne kryteria wyboru uczestników<sup>140</sup>.

Związki przedsiębiorców bywają nadto wykorzystywane przez przedsiębiorców jako pośrednicy w realizacji antykonkurencyjnych celów. Spotkania członków związków dają bowiem okazję i obiektywne uzasadnienie dla rozmów między konkurentami, które mogą prowadzić do uzgodnienia antykonkurencyjnych praktyk, w tym najważniejszych ograniczeń konkurencji. Nadto związek może stać się też platformą wymiany informacji o znaczeniu biznesowym. Można sobie też wyobrazić sytuację, w której związek udostępnia członkom swoją siedzibę na potrzeby organizacji dyskretnych rozmów, nie pytając o ich przedmiot bądź nawet przy pełnej świadomości antykonkurencyjnego charakteru omawianych kwestii. W takich przypadkach związek nie wydaje żadnych decyzji w omówionym powyżej rozumieniu, lecz podejmuje określone czynności faktyczne. Z orzecznictwa wynika jednak, że związki przedsiębiorców mogą także odpowiadać za uczestnictwo w porozumieniach z przedsiębiorcami, o ile tylko możliwe jest stwierdzenie działań po stronie związku, które można odseparować od działań samych jego członków<sup>141</sup>.

Z punktu widzenia praktyki ciekawym przypadkiem byłaby sytuacja wydania decyzji dotyczącej związku przedsiębiorców z naruszeniem wewnętrznych reguł podejmowania tego typu działań, np. bez zachowania quorum, bez formalnego zwołania wszystkich uprawnionych lub dokonanie tego przez nieuprawniony organ. Brak jest wyraźnych podstaw dla różnicowania decyzji związków i porozumień, które wszak nie muszą spełniać wymogów formalnych ani stanowić wiążącego kontraktu. Związki przedsiębiorców mogłyby się nadto zastrzegać uchybieniami formalnymi dla uniknięcia odpowiedzialności antymonopolowej. Z drugiej strony zastrzeżenia może budzić przypisanie odpowiedzialności związkowi przedsiębiorców w sytuacji, gdy jego członkowie naruszają reguły konkurencji, działając wyraźnie wbrew ustanowionym w statucie zasadom formalnym. Jak się zdaje, w takiej wątpliwej sytuacji ocena organów ochrony konkurencji zależałaby od specyficznych elementów stanu faktycznego sprawy. Zagadnienie to wymagałoby w każdym razie głębszej analizy, na którą brak miejsca w niniejszej rozprawie.

#### 2.2.4.3. Uzgodnione praktyki

Trzecią formą działań zakazanych na mocy art. 101 ust. 1 są tzw. uzgodnione praktyki. Utrwalone orzecznictwo TSUE wyjaśnia, że pod tym pojęciem należy rozumieć rodzaj koordynacji pomiędzy przedsiębiorcami, która wprowadzie nie prowadzi jeszcze do zawarcia porozumienia we właściwym tego słowa znaczeniu, lecz pozwala na świadome zastąpienie ryzyka konkurencyjnego praktyczną współpracą przedsię-

140 I. Van Bael, J.F. Bellis, *Competition law of the European Community*, str. 400-402.

141 Wyrok SPI z dnia 15.03.2000 r. w sprawach połączonych T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 i T-104/95 - Cimenteries CBR SA i inni, nb. 1325.

biorców<sup>142</sup>. Do uzgodnionej praktyki będzie zatem dochodzić w sytuacji, gdy nawet w braku wyraźnego wyrażenia woli określonego zachowania rynkowego przedsiębiorcy będą w stanie przewidzieć działania konkurentów na podstawie m.in. przekazywanych przez nich informacji, pozornie ogólnych publicznych wypowiedzi czy też określonych zachowań rynkowych, które usuwają inherentną dla rynku niepewność co do działalności innych uczestników obrotu. Z utrwalonego orzecznictwa TSUE wynika bowiem obowiązek, by każdy z przedsiębiorców działających na rynku zachowywał autonomię w zakresie decydowania o kierunkach podejmowanych działań<sup>143</sup>. Nie wyklucza to jednak jednostronnego dostosowywania się do podejmowanych lub przewidywanych działań innych przedsiębiorców, o ile nie wynika to z kontaktów z pozostałymi uczestnikami obrotu mających na celu wpłynięcie na zachowania rynkowe konkurentów lub ujawnienie im własnych planów i strategii odnośnie do działań rynkowych<sup>144</sup>. Są to tzw. działania paralelne. W literaturze zwraca się uwagę na ryzyko po stronie przedsiębiorcy dotyczące tego, że jego paralelne działania rynkowe, wynikające z własnej kalkulacji i racjonalnej oceny sytuacji rynkowej, potraktowane zostaną przez organy jako poszlaka wskazująca na istnienie ukrytego uzgodnienia<sup>145</sup>. W przypadku uzgodnionych praktyk brak jest zazwyczaj twardych dowodów koordynacji, takich jak umowy czy spisane uzgodnienia, gdyż pozwalałoby to zakwalifikować je już jako porozumienie. Z tego względu organy często muszą się opierać na dowodach poszlakowych i domniemaniach faktycznych oraz obserwacji rynku i zachowań. Paralelne zachowania przedsiębiorców, jak na przykład równoczesne bądź następujące w określonej sekwencji podwyżki cen, mogą bowiem, choć nie muszą, stanowić sygnał, że przedsiębiorcy nie działają autonomicznie, lecz w zмовie.

Aby przyjąć, że doszło do uzgodnionej praktyki na rynku, Komisja musi wykazać, że doszło do uzgodnień między przedsiębiorcami oraz późniejszego zachowania rynkowego. Do zaistnienia uzgodnionej praktyki potrzebny jest nadto związek przyczynowy pomiędzy tymi dwoma. W orzecznictwie przyjęto się domniemanie, zgodnie z którym przedsiębiorca biorący udział w uzgodnieniach, a następnie pozostający aktywny na rynku, określając swoje działania rynkowe, bierze pod uwagę informacje wymienione z konkurentami<sup>146</sup>. Przedsiębiorcy pozostaje jednak otwarta droga do wzruszenia tego domniemania poprzez przedstawienie dowodu przeciwnego. Zostało ono po raz pierwszy uwypuklone w wyroku Trybunału w sprawie *Anic Partecipazioni*, czemu zawdzięcza wykorzystywane w literaturze określenie jako „domniemanie Anic”. Należy tu podkreślić, że także w przypadku uzgodnionej praktyki zbędne jest wystąpienie antykonkurencyjnego skutku - wystarczające jest, by miała ona antykonkurencyjny

142 Wyrok TSUE z dnia 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08, T-Mobile Netherlands i in., nb. 26; wyrok Sądu z dnia 16.12.1975 r. w sprawach połączonych 40-48, 50, 54-56, 111, 113 i 114/73, Suiker Unie i in., nb. 26; wyrok Sądu z dnia 31.03.1993 r. w sprawach połączonych C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i C-125/85 do C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö, nb. 63; wyrok Sądu z dnia 8.07.1999 r. w sprawie C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, nb. 115.

143 Wyrok Sądu z dnia 8.07.1999 r. w sprawie C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, nb. 117.

144 Wyrok Sądu z dnia 8.07.1999 r. w sprawie C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, nb. 117; zob. także wyrok SPI z dnia 5.12.2006 r. w sprawie T-303/02, Westfallen Gassen Nederland BV, nb. 121 i wskazane tam orzecznictwo; wyrok TSUE z dnia 19.03.2015 r., w sprawie C286/13 P, Dole Food Company, nb. 120.

145 Zob. R. Whish, *Competition Law*, str. 104.

146 Wyrok Trybunału z dnia 8.07.1999 r. w sprawie C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, nb. 121; zob. także utrwalone orzecznictwo: wyrok TSUE z dnia 19.03.2015 r. w sprawie C286/13 P, Dole Food Company, nb. 127; wyrok Trybunału z dnia 8.07.1999 r. w sprawie C-199/92 P, Hüls AG, nb. 162 oraz zapadły w trybie prejudycjalnym wyrok Trybunału z dnia 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08, T-Mobile, nb. 51.



cel<sup>147</sup>. Nie należy zatem błędnie przyjmować, że przesłanka późniejszego działania na rynku oznacza konieczność wystąpienia efektu rynkowego uzgodnionej praktyki.

Wskazanie granicy pomiędzy porozumieniem a uzgodnioną praktyką nie jest łatwe, szczególnie gdy weźmie się pod uwagę raczej niskie wymogi formalne dla przyjęcia zawarcia porozumienia. Obecnie przyjęto się już, że w decyzjach KE dotyczących wieloaspektowych, złożonych naruszeń art. 101 TFUE może ona jednolite naruszenie określić jako obejmujące zarówno porozumienia, jak i uzgodnione praktyki<sup>148</sup>.

### 2.2.5. Ograniczenie konkurencji na rynku relewantnym jako cel lub skutek porozumienia

Nie wszystkie porozumienia między przedsiębiorcami są zakazane, a jedynie takie, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku wewnętrznym. Analiza tego fragmentu art. 101 TFUE skupia się zwykle na rozważaniach dotyczących rozróżnienia porozumień o antykonkurencyjnym celu (przedmiocie<sup>149</sup>) oraz skutku. Na drugi plan schodzi wówczas kluczowa kwestia, mianowicie ograniczenie konkurencji na rynku wewnętrznym. W literaturze podkreśla się przy tym, że termin ten nie doczekał się dotychczas jednej, powszechnie uznawanej definicji<sup>150</sup>. Trudności związane z interpretacją pojęcia ograniczenia konkurencji mogą wynikać już z faktu, że także sam termin „konkurencja” nie został zdefiniowany w żadnym akcie prawnym UE i pytanie, jaką konkurencję powinno się, chronić pozostaje otwarte. Nadto o ograniczeniu konkurencji nie sposób mówić bez uwzględnienia kontekstu ekonomicznego, co dodatkowo utrudnia sformułowanie prawniczej definicji. Intuicyjnie rozumiane ograniczenie konkurencji można łączyć z zakłóceniem rywalizacji rynkowej, negatywnym wpływem na wzorzec konkurencji, zafałszowaniem lub manipulowaniem mechanizmami konkurencji bądź zaniechaniem wywierania przez przedsiębiorców presji konkurencyjnej. W piśmiennictwie proponowano, by terminem ograniczenie konkurencji obejmować przypadki, w których można założyć, że dana praktyka będzie miała negatywny wpływ netto na zdolność i chęć przedsiębiorcy do konkurowania<sup>151</sup>.

Na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE panuje zasadniczo zgoda co do tego, że ocena, czy dana praktyka ma charakter antykonkurencyjny, wymaga zbadania jej treści, celów, do jakich zmierza, a także całościowego kontekstu ekonomicznego i prawnego. Nadto należy wziąć pod uwagę charakter towarów i usług

147 Wyrok Trybunału z dnia 8.07.1999 r. w sprawie C-49/92 P, *Anic Participazioni*, nb. 122, 124; wyrok Trybunału z dnia 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile*, nb. 51; wyrok Trybunału z dnia 8.07.1999 r. w sprawie C-199/92 P, *Hüls AG*, nb. 163.

148 Zob. na przykład: wyrok SPI z dnia 17.12.1991 r. w sprawie T-7/89, *Hercules Chemicals*, nb. 264; wyrok SPI z dnia 20.04.1999 r. w sprawach połączonych T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 i T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. i in.*, nb. 696-698; wyrok Sądu z dnia 16.06.2011 r. w sprawie T-235/07, *Bavaria NV*, nb. 183; decyzja KE z dnia 19.07.2016 r. w sprawie AT.39824 - *Trucks*, nb. 67.

149 W wersji angielskiej Traktatu użyto sformułowania *object*, które zostało błędnie przetłumaczone na język polski jako „cel”. W konsekwencji art. 101 TFUE w wersji polskiej sugerować może błędnie subiektywne rozumienie tej przesłanki, gdy w istocie chodzi o treść, przedmiot danego porozumienia, a zatem kwestie obiektywne. W polskiej literaturze przedmiotu dostrzeżono tę usterkę i coraz częściej spotkać się można ze stosowaniem nomenklatury adekwatniej oddającej zamiar unijnego prawodawcy.

150 P. Ibáñez Colomo, A. Lamadrid de Pablo, *On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know*, dostęp SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2849831>, str. 2.

151 P. Ibáñez Colomo, A. Lamadrid de Pablo, *On the notion of restriction...*, str. 44.



dotkniętych praktyką, prawdziwe warunki funkcjonowania rynku oraz jego strukturę<sup>152</sup>. Nie można zatem przyjmować, że dana praktyka, choćby będąca książkowym przykładem najpoważniejszego ograniczenia konkurencji, jak uzgodnienia cen, już z uwagi na samą jej formę stanowi naruszenie art. 101 TFUE - zawsze niezbędne jest zbadanie powyżej wspomnianych okoliczności sprawy<sup>153</sup>. W literaturze podkreśla się nadto potrzebę każdorazowego badania sytuacji kontrfaktycznej, tj. zbadania, jaki byłby stan konkurencji w braku ocenianej praktyki, co pozwala odpowiedzieć na pytanie, czy dane ograniczenie konkurencji może w ogóle zostać przypisane stronom porozumienia<sup>154</sup>.

Unijne prawo konkurencji zakazuje porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Alternatywny charakter tych dwóch przypadków nie jest kwestionowany i znajduje odzwierciedlenie w utrwalonym orzecznictwie<sup>155</sup>. Trybunał wielokrotnie powtarzał, że wykazanie, że dane porozumienie ma antykonkurencyjny cel (przedmiot), zwalnia organ z dowodzenia, że dana praktyka mogła mieć antykonkurencyjny skutek<sup>156</sup>. Porozumienia o antykonkurencyjnym celu to takie, które już z samej natury są szkodliwe dla poprawnego funkcjonowania normalnej konkurencji<sup>157</sup>. Zakres porozumień, które uznaje się za ograniczające konkurencję z uwagi na ich sam przedmiot, musi być wykładany wąsko i winien obejmować tylko przypadki, w których treść porozumienia ujawnia w wystarczającym stopniu zagrożenie dla konkurencji<sup>158</sup>. Jak wskazałam powyżej, nawet taki charakter porozumienia nie pozwala jednak na proste stwierdzenie, że ogranicza ono konkurencję - konieczne jest jeszcze zbadanie treści porozumienia w całościowym kontekście prawnym i ekonomicznym. W literaturze zaproponowano prosty test pozwalający na identyfikację porozumień o antykonkurencyjnym celu, polegający na odpowiedzi na pytanie, czy dana praktyka w swoim kontekście prawnym i ekonomicznym jest przekonująco prokonkurencyjna<sup>159</sup>. Tylko negatywna odpowiedź pozwala zakwalifikować dane porozumienia jako antykonkurencyjne ze względu na cel. Z orzecznictwa wynika z kolei, że w celu stwierdzenia zaistnienia porozumienia o antykonkurencyjnym skutku konieczne jest wykazanie, że pociągnęło ono za sobą faktycznie odczuwalne ograniczenie

152 Wyrok Trybunału z dnia 6.10.2009 r. w sprawach połączonych C501/06 P, C513/06 P, C516/06 P i C519/06 P, GlaxoSmithKline Services i in. nb. 58; Wyrok Trybunału z dnia 13.12.2012 r. w sprawie C226/11, Expedia, nb. 21; zob. także wyrok Trybunału z dnia 23.11.2006 r. w sprawie C238/05, Asnef-Equifax and Administración del Estado, nb. 49.

153 P. Ibáñez Colomo, A. Lamadrid de Pablo, *On the notion of restriction...*, str. 5, 6; podobnie A. Bolecki, *Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej*, IKAR 2012, nr. 1 (1), str. 17-18, dostęp: [http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/01/pdf/01\\_bolecki\\_porozumienia.pdf](http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/01/pdf/01_bolecki_porozumienia.pdf).

154 P. Ibáñez Colomo, A. Lamadrid de Pablo, *On the notion of restriction...*, str. 8-9.

155 Utrwalone orzecznictwo: wyrok Trybunału z dnia 30.06.1966 r. w sprawie 56/65, Société Technique Minière, str. 249; wyrok Trybunału z dnia 26.11.2015 r. w sprawie C345/14, SIA 'Maxima Latvija', nb. 16; wyrok Trybunału z dnia 20.11.2008 r. w sprawie C209/07, Beef Industry Development Society Ltd, nb. 15.

156 Na przykład: wyrok Trybunału z dnia 20.11.2008 r. w sprawie C209/07, Beef Industry Development Society Ltd, nb. 16 i wskazane tam orzecznictwo; wyrok Trybunału z dnia 26.11.2015 r. w sprawie C345/14, SIA 'Maxima Latvija', nb. 17; wyrok Trybunału z dnia 14.03.2013 r. w sprawie C32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt i in., nb. 34.

157 Wyrok Trybunału z dnia 14.03.2013 r. w sprawie C32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt i in., nb. 35 i wskazane tam obszerne orzecznictwo; wyrok Trybunału z dnia 26.11.2015 r. w sprawie C345/14, SIA 'Maxima Latvija', nb. 18; wyrok TSUE z dnia 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, nb. 50.

158 Wyrok Trybunału z dnia 14.03.2013 r. w sprawie C32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt i in., nb. 34; wyrok Trybunału z dnia 26.11.2015 r. w sprawie C345/14, SIA 'Maxima Latvija', nb. 17-18; wyrok TSUE z dnia 11.09.2014 r. w sprawie C- 67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, nb. 58; zob. także Opinię rzecznika generalnego Nilsa Wahla z dnia 26.07.2017 r. w sprawie C-230/16, Coty Germany, nb. 117.

159 P. Ibáñez Colomo, A. Lamadrid de Pablo, *On the notion of restriction...*, str. 21.

konkurencji<sup>160</sup>. W piśmiennictwie wskazuje się jednak, że wystarczające jest prawdopodobieństwo (ang. *likelihood*) ich wystąpienia<sup>161</sup>.

Nie każde, a jedynie odczuwalne (ang. *appreciable*) ograniczenie konkurencji może stać się przedmiotem zainteresowania unijnych organów ochrony konkurencji. Choć nie jest to wyrażone wprost w art. 101 TFUE ani nawet w prawie pochodnym, to tylko porozumienia o określonym negatywnym potencjale stają się przedmiotem oceny antymonopolowej, co pozwala KE na racjonalizację wykorzystania zasobów. Takie podejście zostało potwierdzone w utrwalonym orzecznictwie TSUE, gdzie wskazuje się, że porozumienie przedsiębiorstw nie podlega jednak ustanowionemu w art. 101 TFUE zakazowi, jeżeli wpływa ono na rynek tylko w nieznacznym stopniu<sup>162</sup>. Szczegółów odnośnie do metody oceny odczuwalności dostarcza Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>163</sup>. Jest to akt o charakterze *soft law*, wydany przez Komisję, w którym zadeklarowała ona, że nie będzie wszczynać postępowań w przypadku porozumień, których uczestnicy będący konkurentami nie przekraczają łącznie progu 10% udziału w rynku relevantnym ani w przypadku porozumień między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami, z których żaden nie dysponuje udziałem w rynku relevantnym przekraczającym 15%<sup>164</sup>. Decydującym kryterium jest w tej kwestii udział w rynku. Wyjątkiem od tej zasady są porozumienia o antykonkurencyjnym celu, które ze swej natury mogą ograniczać konkurencję. Wyjaśnienia wymaga fakt, że przekroczenie ww. progów nie oznacza jeszcze jednak wcale, by dane porozumienie faktycznie odczuwalnie ograniczało konkurencję - Zawiadomienie pozwala bowiem tylko na odsianie od ogółu porozumień tych, które już *prima facie* nie mają takiego potencjału, by zagrozić stanowi konkurencji<sup>165</sup>.

Drugim zagadnieniem, które może umknąć przy analizie art. 101 TFUE, jest pytanie o rolę rynku, na którym ujawnia się ograniczenie konkurencji. Odmiennie niż na gruncie polskiej ustawy na poziomie unijnym brak jest wymogu, aby dokładnie definiować rynek właściwy, na którym ujawnia się naruszenie<sup>166</sup>. Art. 101 TFUE nie odwołuje się bowiem do pojęcia rynku właściwego, ale posługuje generalnym określeniem rynku wewnętrznego. Niemniej nie ulega wątpliwości, że wyznaczenie rynku właściwego jest niezbędnym elementem analizy antymonopolowej, który pozwala na umieszczenie stanu faktycznego w określonych ramach. Bez wyznaczenia rynku trudno byłoby także stwierdzić, czy dane porozumienie nie ma charakteru bagatelnego, ani też, czy podlega ono w ogóle przepisom traktatowym, tj. czy spełniona jest przesłanka wpływu na handel między państwami członkowskimi. Udział w rynku relevantnym

160 Wyrok TSUE z dnia 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, nb. 52; wyrok Trybunału z dnia 14.03.2013 r. w sprawie C32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt i in.*, nb. 34.

161 P. Ibáñez Colomo, A. Lamadrid de Pablo, *On the notion of restriction...*, str. 34-36; zob. także niejednoznaczne wyroki Trybunału z dnia 23.11.2006 r. w sprawie C-238/05, *Asnefax - Equifax*, nb. 50 oraz Trybunału z dnia 26.11.2015 r. w sprawie C345/14, *SIA 'Maxima Latvija'*, nb. 30.

162 Wyrok Trybunału z dnia 13.12.2012 r. w sprawie C226/11, *Expedia*, nb. 16 i wskazane tam orzecznictwo.

163 Komunikat Komisji - Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie de minimis), OJ z dnia 30.08.2014 r. C 291.

164 Szczegółowe omówienie zagadnienia odczuwalności naruszenia prawa konkurencji na gruncie Zawiadomienia przedstawiłam w artykule: *Porozumienia o antykonkurencyjnym celu w nowym zawiadomieniu de minimis*, MOP 2015, Nr 16, str. 864.

165 Tamże, str. 865.

166 A. Bolecki, *Porozumienia zakazane ze względu...*, str. 18.

pozwała nadto na przesądzenie, czy dane porozumienie mogłoby skorzystać ze zwolnienia grupowego. Także Wytyczne horyzontalne oraz Wytyczne wertykalne odwołują się do pojęcia władzy rynkowej, która niewątpliwie powiązana jest z udziałem w określonym rynku. Powyżej wskazałam już, że ocena, czy dane porozumienie ogranicza konkurencję, wymaga dokonania jego oceny w ogólnym kontekście prawnym i gospodarczym. Jak się zdaje, należy przy tym także uwzględnić pojęcie rynku, odnosząc oceniane zachowania przedsiębiorców do rynku, na którym oni działają, bądź też rynku, który dotknięty jest w wyniku tych działań ograniczeniem konkurencji.

## 2.2.6. Wpływ na handel między państwami członkowskimi

Unijne prawo konkurencji znajduje zastosowanie do porozumień między przedsiębiorcami, jeżeli mają one wpływ na handel między państwami członkowskimi. Przesłanka ta jest istotna dla krajowych organów ochrony konkurencji. Obecnie obowiązujący w Unii Europejskiej system zdecentralizowanego egzekwowania prawa konkurencji zakłada bowiem, że organy ochrony konkurencji poszczególnych państw członkowskich są obowiązane w określonych okolicznościach stosować nie tylko krajowe prawo konkurencji, ale także bezpośrednio art. 101 i 102 TFUE. Zgodnie z art. 3 rozporządzenia 1/2003, kiedy organy ochrony konkurencji państw członkowskich lub krajowe sądy stosują krajowe prawo konkurencji do porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 81 ust. 1 Traktatu (obecnie 101 TFUE), które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, obowiązane są stosować również art. 81 Traktatu. Wpływ na handel między państwami członkowskimi stanowi więc kryterium rozstrzygające o konieczności bezpośredniego zastosowania przez krajowe organy ochrony konkurencji prawa unijnego.

Przesłanka wpływu na handel wielokrotnie była przedmiotem analizy TSUE, który przyjmuje, że aby dana praktyka mogła wpłynąć na handel między państwami członkowskimi, musi być możliwe do przewidzenia z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa - na podstawie całokształtu obiektywnych okoliczności prawnych lub faktycznych - że może ona wywrzeć wpływ bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny na wzorec handlu między państwami członkowskimi w taki sposób, że może to budzić obawy, że przeszkodzi w realizacji jednolitego rynku między państwami członkowskimi<sup>167</sup>. W orzecznictwie podkreśla się nadto, że wpływ na handel musi być odczuwalny (ang. *appreciable*, niem. *spürbar*)<sup>168</sup>, co musi być oceniane przy uwzględnieniu szeregu czynników oraz kontekstu prawnego i ekonomicznego<sup>169</sup>. Zgodnie z Wytycznymi Komisji<sup>170</sup> do oceny odczuwalności wpływu na handel wykorzystuje się tzw. test NAAT - od angielskiego *non-appreciable affectation of trade*<sup>171</sup>. Zakłada on, że porozumienia, w których łączny udział w rynku relevantnym uczestników nie przekracza 5%, a łączny obrót na obszarze UE 40 mln euro<sup>172</sup>, uważane są

167 Zob. na przykład: wyrok Sądu z dnia 29.06.2012 r. w sprawie T-360/09, E.ON Ruhrgas AG i in., nb. 151; wyrok Trybunału z dnia 28.04.1998 r. w sprawie C-306/96, Javico, nb. 16; wyrok Trybunału z dnia 23.11.2006 r. w sprawie C-238/05, Asnef-Equifax, nb. 33-34.

168 Na przykład: wyrok Sądu z dnia 16.06.2011 r. w sprawie T-199/08, Ziegler SA, nb. 44 i wskazane tam orzecznictwo; wyrok Trybunału z dnia 28.04.1998 r. w sprawie C-306/96, Javico, nb. 16.

169 Wyrok Trybunału z dnia 23.11.2006 r. w sprawie C-238/05, Asnef-Equifax, nb. 35.

170 Commission Notice - Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ z dnia 27.04.2004 r. C 101, dalej jako Wytyczne o wpływie na handel.

171 Można to tłumaczyć jako „test nieznaczącego wpływu na handel”.

172 Pewne odmienności odnośnie do wyliczenia obrotu wynikają z rodzaju i przedmiotu porozumienia.

za niezdolne do odczuwalnego wpływu na handel. Pod uwagę bierze się jednak także szereg dodatkowych czynników, w tym naturę praktyki, jak również charakter towarów lub usług, których dotyczy dana praktyka. Co istotne, badanie nie musi wykazać faktycznego wpływu, ale wystarczająca jest już potencjalna możliwość wpłynięcia na wzór handlu w UE<sup>173</sup>. Pewne typy praktyk są nadto uważane za wpływające na handel między państwami członkowskimi już z samej swej natury. Zalicza się do nich przede wszystkim porozumienia dotyczące ograniczenia importu lub eksportu<sup>174</sup>.

## 2.2.7. Sankcje

### 2.2.7.1. Prywatnoprawne

Egzekwowanie prawa konkurencji odbywa się na dwóch płaszczyznach – prywatnoprawnej i publicznoprawnej. Choć stanie na straży właściwego funkcjonowania konkurencji w Unii Europejskiej należy oczywiście w pierwszej kolejności do kompetentnych organów unijnych i państw członkowskich, to w ostatniej dekadzie właśnie prywatnoprawne dochodzenie roszczeń wynikających z naruszenia prawa konkurencji przeważało w dyskusjach w kręgach akademickich. Nie bez wpływu na zwiększenie zainteresowania pozostawała tu oczywiście inicjatywa KE zmierzająca do ułatwienia prywatnoprawnego dochodzenia roszczeń przez podmioty dotknięte naruszeniem konkurencji. Owocem tej inicjatywy było wydanie w 2014 r. dyrektywy potocznie nazywanej dyrektywą o *private enforcement*<sup>175</sup>. Możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych przez podmiot, który poniósł szkodę w wyniku sprzecznego z prawem konkurencji działania innego przedsiębiorcy, istniała naturalnie już wcześniej. Niemniej jej efektywność była ograniczona z uwagi na szereg czynników zidentyfikowanych trafnie w Zielonej Księdze<sup>176</sup>, w tym w szczególności asymetrię dostępu informacji i dowodów czy problem z wykazaniem winy oraz wyliczeniem wysokości szkody. Uchwalona dyrektywa wychodzi naprzeciw tym niedogodnościom. Implementację tej dyrektywy stanowi obowiązująca od 27 czerwca 2017 r. polska ustawa o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji<sup>177</sup>.

Za podjęciem działań w kierunku stworzenia efektywnych ram prawnych dla dochodzenia roszczeń prywatnych z tytułu naruszenia prawa konkurencji stała konstatacja, że zagrożenie tymi roszczeniami ze strony poszkodowanych uczestników obrotu, o trudnej do oszacowania skali, może okazać się silniejszym bodźcem odstrasżającym przedsiębiorców przed niedozwolonymi porozumieniami czy nadużywaniem pozycji dominującej niż publicznoprawne sankcje pieniężne. Potwierdza to także orzecznictwo TSUE, w szczególności w wyroku wydanym w trybie prejudycjalnym w sprawie

173 Wyrok Sądu z dnia 29.06.2012 r. w sprawie T-360/09, E.ON Ruhrgas AG i in., nb. 153; zob także: M. Minikiewicz, *Pojęcie wpływu na handel i reguła konwergencji w praktyce stosowania prawa UE przez polskie sądy i Prezesa UOKiK*, IKAR 2014, nr 3 (3), str. 10, dostęp: <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/17/pdf/08.pdf>.

174 Wytyczne o wpływie na handel, nb. 16, 29, 53.

175 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego, Dz.U.UE z dnia 5 grudnia 2014 r. L 349/1.

176 Zielona Księga - Roszczenia o odszkodowanie za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i nadużywanie pozycji dominującej, z dnia 19.12.2005 r., COM(2005) 672 final.

177 Dz.U.2017, 1132.

Courage v. Crehan, w którym Trybunał powiązał możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z efektywnością prawa konkurencji, wskazując, że „[p]ełna skuteczność art. 85 traktatu (obecnie 101 TFUE) i w szczególności skuteczność (*effet utile*) zakazu ustanowionego w jego ust. 1 zostałyby zakwestionowane, gdyby każda osoba nie mogła żądać naprawienia szkody, która została jej wyrządzona przez umowę lub zachowanie mogące ograniczyć lub zakłócić konkurencję”<sup>178</sup>. Co szczególnie interesujące - orzeczenie to zapadło na gruncie sprawy, w której podmiotem dochodzącym odszkodowania był uczestnik porozumienia wertykalnego. Udział w danym niedozwolonym porozumieniu nie wyklucza zatem możliwości dochodzenia szkody od innego współuczestnika.

Niezależnie od powyższego trzeba jeszcze wskazać, że zgodnie z art. 101 ust. 2 TFUE porozumienia przedsiębiorców lub decyzje ich związków zakazane na mocy art. 101 ust. 1 TFUE, a niespełniające przesłanek wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 lub zwolnienia grupowego na podstawie jednego z rozporządzeń KE, są bezwzględnie nieważne z mocy prawa. Nie wywołują one skutków prawnych między stronami i nie można powoływać się na nie wobec osób trzecich<sup>179</sup>. Oznacza to, że nie jest możliwe dochodzenie ich wykonania (w przypadku porozumień w formie umowy) ani przestrzegania (w przypadku decyzji związków). Wszelkie zastrzeżone na taką okoliczność kary umowne lub inne formy odszkodowania lub kompensaty również nie mogą być egzekwowane. Skutek ten następuje z mocy prawa, bez potrzeby wydania w tej kwestii decyzji kompetentnego organu.

#### 2.2.7.2. Publicznoprawne

Naruszenie prawa konkurencji pociąga za sobą także sankcje finansowe o charakterze publicznoprawnym. W decyzji stwierdzającej naruszenie KE może nałożyć na przedsiębiorcę grzywnę, jeżeli dopuścił się on umyślnie lub w wyniku zaniedbania naruszenia zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE. Nałożenie kary jest zatem, po pierwsze, fakultatywne, po drugie zaś - zależne od zawinienia. Wysokość grzywny powinna uwzględniać ciężar i czas trwania naruszenia, a nadto nie może przekroczyć pułapu 10% całkowitego obrotu uzyskanego przez danego przedsiębiorcę w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Choć art. 23 ust. 5 Rozporządzenia 1/2003 stanowi, że sankcje nakładane przez Komisję na mocy rozporządzenia nie mają charakteru karnego, to ich faktyczna kwalifikacja prawna pozostaje kwestią wysoce sporną. W orzecznictwie TSUE bezwzględnie wskazuje się na administracyjny charakter postępowania antymonopolowego<sup>180</sup>. Niemniej jednak Trybunał w tym kontekście równocześnie wskazuje, że w postępowaniu, w którym nakładane są sankcje, konieczne jest przestrzeganie prawa do obrony, które stanowi fundamentalną zasadę prawa wspólnotowego (obecnie - unijnego), także w przypadku gdy postępowanie to ma charakter administracyjny<sup>181</sup>. Z kolei w doktrynie zdecydowanie przeważa odmienna kwalifikacja - sankcje nakładane przez Komisję w sprawach

178 Wyrok Trybunału z dnia 20.09.2001 r. w sprawie C-453/99, *Courage v. Crehan*, nb. 26.

179 Zob. wyrok Trybunału z dnia 25.11.1971 r. w sprawie 22/71, *Beguelin Import*, nb. 29; wyrok Trybunału z dnia 20.09.2001 r. w sprawie C-453/99, *Courage v. Crehan*, nb. 22.

180 Na przykład: wyrok Trybunału z dnia 15.07.1970 r. w sprawie 45/69, *Boehringer Mannheim*, nb. 23.

181 Wyrok Trybunału z dnia 13.02.1979 r. w sprawie 85/76, *Hoffmann-La Roche*, nb. 9; zob. także wyrok Trybunału z dnia 3.09.2009 r. w sprawach połączonych C-322/07 P, C-327/07 P and C-338/07 P, *Papierfabrik August Koehler AG i in.*, nb. 34; wyrok Trybunału z dnia 2.10.2003 r. w sprawie C-176/99 P, *ARBED*, nb. 19.



naruszeń reguł konkurencji są postrzegane jako mające charakter karny lub podobny do karnego<sup>182</sup>. Niecicha dyskusja na temat kwalifikacji sankcji nakładanych za naruszenie prawa konkurencji ma fundamentalne znaczenie - jeżeli przychylić by się do poglądów doktryny, wówczas należałoby zagwarantować przedsiębiorcom szerszy zakres praw proceduralnych i standardów postępowania niż w postępowaniu administracyjnym. Kontrowersyjne byłoby wówczas także łączenie przez Komisję funkcji dochodzeniowych, oskarżycielskich i decyzyjnych<sup>183</sup>.

Za korzystną dla przedsiębiorców wykładnią przemawia metodyka oceny karnego charakteru sankcji wypracowana na gruncie art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka<sup>184</sup>. Wyjaśnić tu trzeba, że Unia Europejska w art. 6 ust. 3 TUE zadeklarowała, że prawa podstawowe, zagwarantowane w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (tj. EKPC) oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim, stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne prawa. Nadto w art. 53 Karty Praw Podstawowych UE, która obecnie ma rangę równą Traktatom, wskazano, że zapisy KPP UE nie będą interpretowane jako ograniczające lub naruszające prawa człowieka i podstawowe wolności uznane m.in. w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Równocześnie jednak Unia Europejska nie stała się jeszcze stroną Konwencji i nie stanowi ona formalnie części unijnego porządku prawnego<sup>185</sup>. W każdym jednak razie orzecznictwo ETPC można postrzegać jako punkt odniesienia dla wykładni prawa dokonywanej także przez TSUE.

Art. 6 ust. 1 EKPC zawiera gwarancje rzetelnego procesu sądowego odnoszące się tak do postępowania cywilnego, jak i karnego. W tym drugim jednak przypadku, ze względu na szczególną pozycję procesową oskarżonego, strony Konwencji są obowiązane zapewnić wskazany w art. 6 ust. 3 EKPC minimalny standard ochrony<sup>186</sup>. Wedle utrwalonego orzecznictwa ETPC o karnym charakterze sankcji, także w sprawach antymonopolowych<sup>187</sup>, decydują trzy kryteria (tzw. kryteria Engel<sup>188</sup>):

- a. klasyfikacja w prawie krajowym - gdzie uwzględnia się charakter organu, który nakłada sankcję, rodzaj postępowania prowadzącego do ich nałożenia oraz formę decyzji<sup>189</sup>;

182 J. Schwarze, *Europäische Kartellbußgelder im Lichte übergeordneter Vertrags- und Verfassungsgrundsätze*, EuR 2009, str. 173; A. Błachnio-Parzych, *The nature of responsibility of an undertaking in antitrust proceedings and the concept of "criminal charge" in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, YARS, vol. 2012, 5 (6), str. 54, dostęp: [https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2012\\_5\\_6/The\\_Nature.pdf](https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2012_5_6/The_Nature.pdf); podobny pogląd prezentowany jest w odniesieniu do sankcji nakładanych na podstawie przepisów polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - zob. M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne - główne kierunki ewolucji w okresie 10 lat rozwoju polskiego prawa antymonopolowego*, EPS maj 2010, str. 6.

183 Szerzej o problemie tym pisze W.P.J. Wils, *The compatibility with fundamental rights of the EU antitrust enforcement system in which the European Commission acts both as investigator and as first-instance decision maker* (December 3, 2013). World Competition: Law and Economics Review, Vol. 37, No. 1, 2014; King's College London Law School Research Paper No. 2014-21, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2363440>.

184 Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Dz.U.1993 Nr 61, poz. 284.

185 Wyrok Trybunału z dnia 18.07.2013 r. w sprawie C-501/11 Schindler Holding, nb. 32 i wskazane tam orzecznictwo; wyrok Trybunału z dnia 10.07.2014 r. w sprawie C-295/12 P, Telefónica SA i in., nb. 41.

186 Zob. P. Hofmański, A. Wróbel, Art. 6 EKPCz (w:) L. Garlicki (red.) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18. Tom I. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2010, nb. 302.

187 A. Błachnio-Parzych, *The nature of responsibility...*, str. 41 i wskazane tam orzecznictwo.

188 Wyrok ETPC z dnia 8.06.1976 r. w sprawie Engel i in. v. Holandia, Hudoc 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, nb. 82.

189 A. Błachnio-Parzych, *The nature of responsibility...* str. 42



b. natura naruszenia - gdzie uwzględnia się zakres adresatów normy oraz cel, któremu ona służy, np. prewencyjny i represyjny<sup>190</sup>;

c. surowość sankcji, jakie popełniającą dany czyn osoba ryzykuje ponieść<sup>191</sup>.

Na gruncie Konwencji termin „zarzuty karne” ma swoje autonomiczne znaczenie i obejmuje nie tylko prawo karne w sensie ścisłym, ale również sprawy niezaliczane tradycyjnie do istoty prawa karnego, takie jak: sankcje administracyjne, sankcje nakładane w prawie celnym lub podatkowym, a także prawie konkurencji<sup>192</sup>. Równocześnie ETPC przyznał, że różnią się one od typowych zarzutów karnych, co usprawiedliwia zastosowanie gwarancji praw z art. 6 EKPC nie w pełnym zakresie<sup>193</sup>.

Najistotniejszą z punktu widzenia prawa antymonopolowego wypowiedź ETPC stanowi wyrok w sprawie Menarini, który wprost odnosił się do sankcji we włoskim prawie konkurencji. W sprawie tej przedsiębiorca z branży farmaceutycznej zakwestionował zgodność z EKPC włoskiej regulacji, na mocy której w decyzji organu administracyjnego (it. *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) nałożono na niego surowe sankcje finansowe. W skardze przedsiębiorca zarzucił, że rozpatrujący sprawę sąd administracyjny nie realizował pełnej jurysdykcji, czym naruszono jego prawo do sądu z art. 6 ust. 1 EKPC<sup>194</sup>. ETPC potwierdził w wyroku wprowadzić, że zarzuty formułowane w postępowaniu antymonopolowym mają charakter karny<sup>195</sup>, jednak nałożenie sankcji przez organ administracyjny nie jest naruszeniem wymogów art. 6 EKPC, o ile od decyzji przysługuje odwołanie do sądu dysponującego pełną jurysdykcją, tj. możliwością uchylecia decyzji pod każdym względem z uwagi na kwestie faktyczne i prawne, a nadto możliwością oceny decyzji co do wszystkich istotnych dla sprawy faktów oraz co do prawa<sup>196</sup>. Szczególnie istotna dla Trybunału była okoliczność, że włoski sąd badał nałożone sankcje pod kątem ich proporcjonalności oraz adekwatności według relewantnych kryteriów, a w razie potrzeby mógł te sankcje zmienić<sup>197</sup>.

Przenosząc powyższe na grunt unijnego prawa konkurencji, należy stwierdzić, że formalnie spełnia ono warunki wynikające z art. 6 ust. 1 EKPC, gdyż zgodnie z art. 31 Rozporządzenia 1/2003 Trybunał Sprawiedliwości ma nieograniczoną jurysdykcję do rozpatrywania odwołań od decyzji, w których Komisja nałożyła grzywnę lub okresową karę pieniężną. Trybunał Sprawiedliwości może uchylić, obniżyć lub podwyższyć nałożoną grzywnę lub okresową karę pieniężną. W literaturze wyrażane są jednak wątpliwości co do faktycznej realizacji nieograniczonej jurysdykcji przez Sąd<sup>198</sup>. Starsze orzecznictwo przyznawało bowiem Komisji pewien zakres swobody (ang. *margin*

190 A. Błachnio-Parzych, *The nature of responsibility...*, str. 46, 48-49.

191 A. Błachnio-Parzych, *The nature of responsibility...*, str. 50-52.

192 Wyrok ETPC z dnia 23.11.2006 r. w sprawie Jussila v. Finlandia, Hudoc 73053/01, nb. 43 i wskazane tam wcześniejsze orzecznictwo ETPC; zob. także oficjalną publikację ETPC, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights - Right to a fair trial (criminal limb), str. 9, dostęp: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf).

193 Wyrok ETPC w sprawie Jussila v. Finlandia, nb. 43.

194 Wyrok ETPC z dnia 27.09.2009 r. w sprawie A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy, Hudoc 43509/08; wyrok dostępny jest jedynie w języku francuskim.

195 Wyrok ETPC w sprawie A. Menarini Diagnostics S.r.l., nb. 44.

196 Wyrok ETPC w sprawie A. Menarini Diagnostics S.r.l., nb. 59.

197 Wyrok ETPC w sprawie A. Menarini Diagnostics S.r.l., nb. 65-66.

198 Zob. M. Baran, A. Doniec, *EU courts' jurisdiction over and review of decisions imposing fines in EU competition law*, YARS, vol. 2010 3 (3), dostęp: [https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2012\\_5\\_6/s235.pdf](https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2012_5_6/s235.pdf), str. 237; zobacz także polemicznie: W. P. J. Wils, *The compatibility with fundamental rights...*, str. 14-15.

of discretion) w zakresie skomplikowanych ekonomicznych ocen, czego konsekwencją było niejako samoograniczenie, zgodnie z którym w tym zakresie kontrola Sądu miała się ograniczać do sprawdzenia, czy nie naruszono reguł proceduralnych, właściwie uzasadniono decyzję, precyzyjnie wskazano okoliczności faktyczne i czy nie popełniono przy tym ewidentnego błędu co do oceny lub nadużycia władzy<sup>199</sup>. Jak wskazują niektórzy komentatorzy, podobne podejście jest dostrzegalne także w nowszym orzecznictwie<sup>200</sup>. Taką praktykę trudno jednak pogodzić z wymogiem dysponowania przez sąd pełną jurysdykcją, stąd uzasadnione zdają się postulaty, by TSUE faktycznie dokonywał efektywnej kontroli decyzji Komisji w sprawach antytrustowych w pełnym zakresie, jaki przyznaje mu art. 261 TFUE<sup>201</sup>.

Nowsze orzecznictwo pozwala podejrzewać, że wyrok w sprawie Menarini nie pozostanie bez wpływu na zakres faktycznie wykonywanej kontroli decyzji Komisji. W wyroku w sprawie Schindler Holding i in. Trybunał nie zgodził się wprawdzie z zarzutem naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC, jednak, uzasadniając rozstrzygnięcie, wskazał, że kontrola dokonywana na podstawie art. 261 TFUE ma charakter nieograniczony, co obejmuje także zastąpienie oceny Komisji własną oceną Sądu<sup>202</sup>, równocześnie zaś Sąd nie może wykorzystywać zakresu swobody, którym dysponuje Komisja, by zaniechać dogłębnej kontroli co do prawa i faktów<sup>203</sup>. W konsekwencji można przyjąć, że postępowanie antymonopolowe na gruncie unijnego prawa konkurencji jest uważane za postępowanie o charakterze administracyjnym, jednak poszanowanie znajdujących w nim gwarancje procesowe odpowiadające standardom określonym w orzecznictwie ETPC.

Wracając do kwestii kar nakładanych w decyzjach stwierdzających naruszenie zakazu porozumień, należy zauważyć, że Rozporządzenie 1/2003 zawiera tylko ogólne wskazówki odnośnie do tego, jakie kryteria winny być uwzględnione przy określaniu wysokości sankcji w konkretnym przypadku. Komisja powinna mianowicie wziąć pod uwagę czas trwania naruszenia oraz jego ciężar gatunkowy. Szczegółowa regulacja metodyki wyliczania kary została ujęta w akcie typu *soft law* - Wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien<sup>204</sup>. Na ich podstawie Komisja wylicza najpierw kwotę podstawową uwzględniającą wartość sprzedaży towarów bądź usług, których dotyczy naruszenie, czas trwania naruszenia oraz jego wagę. Tak wyliczona kwota podstawowa jest następnie dostosowywana przy uwzględnieniu okoliczności łagodzących (jak na przykład zaprzestanie naruszenia po pierwszej interwencji organu, wykazanie, że naruszenie wynikało z zaniedbania) i obciążających (jak na przykład: pełnienie kierowniczej funkcji w naruszeniu, recydywa antymonopolowa, brak współpracy z organem w toku postępowania). Komisja może nadto dodatkowo podwyższyć karę, by osiągnąć pożądany efekt odstraszący. Na koniec weryfikowane jest, czy wyliczona w ten sposób kara nie przekracza maksymalnego poziomu 10% obrotu przedsiębiorcy

199 W.P.J. Wils, *The compatibility with fundamental rights...*, str. 8 i wskazane tam orzecznictwo TSUE.

200 M. Baran, A. Doniec, *EU courts' jurisdiction...* str. 244.

201 W tym duchu W.P.J. Wils, *The compatibility with fundamental rights...* str. 19; zob. także M. Baran, A. Doniec, *EU courts' jurisdiction...* str. 248-249; ciekawe stanowisko aprobujące dla powściągliwości sądów przy ingerowaniu w politykę karania organów ochrony konkurencji prezentuje z kolei M. Bernatt, *Między pełną kontrolą sądową a poszanowaniem polityki karania realizowanej przez organ administracji - o sądowej kontroli kar nakładanych w sprawach konkurencji*, EPS wrzesień 2016, str. 18.

202 Wyrok Trybunału z dnia 18.07.2013 r. w sprawie C-501/11 Schindler Holding, nb. 36.

203 Wyrok Trybunału z dnia 18.07.2013 r. w sprawie C-501/11 Schindler Holding, nb. 37.

204 Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003, OJ C 210, 1.9.2006, p. 2-5, dalej zwane Wytycznymi w sprawie metody ustalania grzywien.

uzyskanego w roku obrotowym poprzedzającym nałożenie kary. W szczególnie uzasadnionych przypadkach Komisja może odejść od opisanej metodyki, w tym także nałożyć karę w symbolicznej wysokości.

W kontekście kar nakładanych na przedsiębiorców za udział w niedozwolonych porozumieniach niezbędne jest wspomnienie także o programie łagodzenia kar - *Leniency*. Jeszcze w latach 90. ubiegłego wieku Komisja skonstatowała, że wykrywanie niedozwolonych porozumień między przedsiębiorcami można uczynić znacznie efektywniejszym, jeżeli sami ich uczestnicy zgłaszaliby się do organu z informacjami o kartelach, w których uczestniczą, i dostarczali bezpośrednich dowodów naruszenia prawa konkurencji. Nie dość, że pozwoliłoby to organowi na ograniczenie nakładu pracy, to jeszcze stworzyłoby w stosunkach między uczestnikami kartelu destabilizującą atmosferę wzajemnych podejrzeń. Potrzebna była tylko odpowiednia zachęta - obietnica zwolnienia z kary bądź - dla kolejnych skruszonych uczestników kartelu - obniżenia kary o znaczny procent. Obecnie podstawą prawną funkcjonowania na poziomie unijnym wspomnianego programu jest akt typu *soft law* - Obwieszczenie w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych<sup>205</sup>. Przedsiębiorca biorący udział w tajnym kartelu może na podstawie Obwieszczenia uzyskać całkowite zwolnienie z kary, jeżeli jako pierwszy poinformuje Komisję o swoim udziale w takim porozumieniu, co pozwoli na przeprowadzenie celowej kontroli w związku z domniemanym naruszeniem bądź wykrycie naruszenia art. 101 TFUE. Zgłaszający musi jednak spełnić szereg warunków tak odnośnie do treści zawiadomienia, zakresu przekazanych informacji i dowodów, jak i dalszej współpracy z organem w toku postępowania. Uchybienie tym wymogom może wykluczyć uzyskanie całkowitego zwolnienia z kary. Uzyskanie takiego zwolnienia nie jest nadto możliwe w przypadku przedsiębiorcy, który nakłaniał innych do udziału w naruszeniu. Pozostali uczestnicy porozumienia mogą uzyskać obniżenie wysokości kary w zakresie od 50 do 20%, jeżeli przedstawią Komisji dowody na istnienie domniemanego naruszenia, które przyczyniają się do znacznego zwiększenia wartości dowodów będących już w posiadaniu Komisji. Nadto muszą spełnić wszelkie pozostałe warunki formalne, jak w przypadku pierwszego ujawniającego istnienie kartelu.

Przedsiębiorca biorący udział w niedozwolonym porozumieniu może nadto uzyskać dodatkową redukcję kary o kolejne 10%, jeżeli w toku postępowania wyrazi zgodę na jego zakończenie na drodze ugodowej na podstawie art. 10a Rozporządzenia nr 773/2004. Przedsiębiorcom oferowana jest na jego podstawie możliwość przystąpienia do rozmów ugodowych z organem, które docelowo mają prowadzić w odpowiednich przypadkach do przedstawienia przez przedsiębiorcę tzw. propozycji ugodowych. Zgodnie z towarzyszącym Rozporządzeniu nr 773/2004 Obwieszczeniem<sup>206</sup> propozycje ugodowe muszą zawierać jednoznaczne i jasne przyznanie się stron do odpowiedzialności za naruszenie ze zwięzłym jego opisem, wskazanie maksymalnej kwoty grzywny, którą strony zaakceptowałyby w ramach postępowania ugodowego, oraz potwierdzenie, że przedsiębiorca został w dostateczny sposób poinformowany o stawianych mu zarzutach oraz miał możliwość przedstawienia swojego stanowiska. Nadto przedsiębiorca winien zadeklarować, że nie będzie występować z wnioskiem

205 Obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych, OJ z dnia 8.12.2006 r. C 298/17, dalej jako „Obwieszczenie w sprawie zwalniania z grzywien”.

206 Obwieszczenie Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w sprawach kartelowych, Dz.U.UE z dnia 2.07.2008 r., C 167 z późniejszymi zmianami.

o udostępnienie akt lub ponowne wysłuchanie w ramach przesłuchania ustnego. Wdrożenie tej procedury nie jest obligatoryjne - wybór spraw, które zostaną zakończone w taki sposób, pozostaje w zakresie dyskrecjonalnej władzy Komisji. Równocześnie jednak Komisja nie może zmusić żadnego przedsiębiorcy do przedstawienia propozycji ugodowych. Przedsiębiorca, który przyzna się do naruszenia w ramach powyżej zarysowanej procedury, otrzymuje dodatkowe 10% obniżki kary, która może podlegać kumulacji z obniżeniem wysokości kary w ramach programu *Leniency*.

Ostatnią ciekawą kwestią związaną z karami finansowymi nakładanymi na przedsiębiorców jest problem niezdolności do zapłaty (ang. *inability to pay*). Zgodnie z pkt 35 Wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien w wyjątkowych okolicznościach Komisja może, na prośbę stron, uwzględnić niewypłacalność danego przedsiębiorstwa w szczególnym kontekście społeczno-gospodarczym. Komisja nie obniży jednak grzywny jedynie w wyniku ustalenia, że sytuacja finansowa przedsiębiorstwa jest niekorzystna lub deficytowa. Obniżenie grzywny może zostać przyznane jedynie na podstawie obiektywnych dowodów, że nałożenie grzywny, na warunkach ustanowionych wytycznymi, zagroziłoby nieodwracalnie rentowności danego przedsiębiorstwa oraz doprowadziłoby do pozbawienia jego aktywów wszelkiej wartości. Zapis ten został rozwinięty w Nocie Informacyjnej Komisarzy J. Almunio oraz J. Lewandowskiego<sup>207</sup>, w której wyjaśniono, jak należy rozumieć poszczególne przesłanki redukcji kary antymonopolowej. W istocie bowiem sam zły stan finansowy przedsiębiorcy może okazać się niewystarczający, by uzyskać redukcję wymierzonej kary<sup>208</sup>.

## 2.2.8. Egzekwowanie prawa konkurencji UE

### 2.2.8.1. Organy ochrony konkurencji i reguły konwergencji

Zgodnie z art. 105 TFUE to Komisja czuwa nad stosowaniem zasad konkurencji określonych m.in. w artykule 101 ust. 1 TFUE. Jej kompetencje opisane są szczegółowo w Rozporządzeniu 1/2003. Ten sam akt jednocześnie nakazuje krajowym organom ochrony konkurencji stosować obligatoryjnie unijne prawo konkurencji do porozumień, decyzji związków przedsiębiorców i uzgodnionych praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi. Statystyka dowodzi nadto, że w latach 2004-2014 spośród wszystkich decyzji, w których zastosowano unijne przepisy prawa konkurencji, ponad 85% podjętych zostało właśnie przez krajowe organy<sup>209</sup>.

Wspomniane rozporządzenie statuuje reguły, które zapobiegają sporom kompetencyjnym. Komisja jest na ich mocy traktowana priorytetowo. Wszczęcie przez nią postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję pozbawia krajowe organy kompetencji w odniesieniu do danej sprawy. Nadto KE może przejąć już wszczętą sprawę antymonopolową po zasięgnięciu opinii krajowego organu ochrony

<sup>207</sup> Information note - Inability to pay under paragraph 35 of the 2006 Fining Guidelines and payment conditions pre- and post-decision finding an infringement and imposing fines, z dnia 12 czerwca 2010 r., SEC(2010) 737/2.

<sup>208</sup> Zagadnienie redukcji kary antymonopolowej szczegółowo omawiam w artykule: *Redukcja kary antymonopolowej a ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej MŚP za naruszenia prawa konkurencji - propozycja wykładni przesłanki specyficznej niewypłacalności*, IKAR 2016 nr 5 (5), str. 81, dostęp: <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/36/pdf/81.pdf>.

<sup>209</sup> European Commission Press Release z dnia 22.03.2017 r., Antitrust: Commission proposal to make national competition authorities even more effective enforcers for the benefit of jobs and growth, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-685\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-685_en.htm).

konkurencji. Te z kolei są zobowiązane przed przyjęciem decyzji w sprawie naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE do powiadomienia o tym KE oraz dostarczenia streszczenia sprawy oraz planowanej decyzji.

Niezależnie od tego należy wskazać na ustanowione w art. 3 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003 reguły konwergencji (zbieżności), które zapobiegają konfliktom pomiędzy oceną określonej praktyki na gruncie krajowego i unijnego prawa konkurencji. Zastosowanie krajowego prawa konkurencji nie może mianowicie prowadzić do zakazania praktyk, które mogą wprawdzie wpływać na handel między państwami członkowskimi, lecz nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 Traktatu, lub też spełniają przesłanki zwolnienia indywidualnego lub grupowego na gruncie przepisów unijnych. Oznacza to, że brak byłoby możliwości wprowadzenia do krajowego porządku surowszej regulacji w odniesieniu do praktyk kolektywnych, wpływających na handel między państwami członkowskimi. W zasadzie jednak nie byłoby przeciwwskazań do bardziej restrykcyjnego traktowania czysto krajowych antykonkurencyjnych porozumień<sup>210</sup>.

Powyższe zasady odnoszą się do kwestii materialnych. W odniesieniu natomiast do kwestii proceduralnych rozporządzenie 1/2003 nie zawiera odpowiednich przepisów. Państwa członkowskie dysponują bowiem autonomią proceduralną, co zostało wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie Trybunału<sup>211</sup>. W ich gestii leży zatem m.in. ustalenie reguł dotyczących oceny dowodów<sup>212</sup>, nakładanych kar<sup>213</sup>, ustanawianie standardów praw proceduralnych przysługujących przedsiębiorcom<sup>214</sup>, a także kwestie kompetencyjne<sup>215</sup>. Autonomia proceduralna napotyka jednak silnie podkreślane w orzecznictwie ograniczenie w postaci zasady równoważności (ekwiwalentności) oraz zasady skuteczności (efektywności), które wymagają odpowiednio, by krajowe przepisy proceduralne nie były mniej korzystne niż przepisy normujące podobne sytuacje podlegające prawu krajowemu oraz by praktycznie nie uniemożliwiały lub nie czyniły nadmiernie uciążliwym wykonywania praw przyznanych przez prawo Unii<sup>216</sup>. Oznacza to, że krajowy organ ochrony konkurencji powinien odstąpić od zastosowania krajowej reguły proceduralnej, jeżeli jej zastosowanie wiązałoby się z naruszeniem jednej z tych zasad. Słusznie wskazuje się bowiem, że z punktu widzenia praktyki istotne jest nie tylko prawo materialne, ale właśnie reguły proceduralne, gdyż to ich zastosowanie może przesądzić wynik postępowania antymonopolowego<sup>217</sup>. W nowszym orzecznictwie podkreśla się nadto potrzebę dbałości o jednolitość

210 Podobnie M. Krasnodębska-Tomkiel, *Przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję - art. 81 i 82 TWE a krajowe prawo antymonopolowe*, PPH, lipiec 2005, str. 28.

211 Zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Procedural autonomy of member states and the EU rights of defence in anti-trust proceedings*, YARS, vol. 2012, 5 (6), str. 215, dostęp: [https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2012\\_5\\_6/s215.pdf](https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2012_5_6/s215.pdf).

212 Wyrok Trybunału z dnia 15.10.2015 r. w sprawie C-310/14, Nike European Operations Netherlands BV, nb. 27-28; wyrok TSUE z dnia 21.01.2016 r. w sprawie C-74/14 Eturas, nb. 30.

213 M. Krasnodębska-Tomkiel, *Konwergencja systemów ochrony konkurencji w Unii Europejskiej w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*, EPS lipiec 2015, str. 22; zob. także art. 5 tiret czwarte rozporządzenia 1/2003.

214 Wyrok TSUE z dnia 21.01.2016 r. w sprawie C-74/14 Eturas, nb. 30.

215 Wyrok Sądu z dnia 7.12.2010 r. w sprawie C-439/08, VEBIC, nb. 63.

216 Wyrok TSUE z dnia 21.01.2016 r. w sprawie C-74/14 Eturas, nb. 32; Wyrok Trybunału z dnia 15.10.2015 r. w sprawie C-310/14, Nike European Operations Netherlands BV, nb. 28.

217 A. Lamadrid, *ECJ's Judgement in Case C-74/14 Eturas (on the scope of "concerted practices" and on technological collusion)*, Chilling'Competition, January 2016, dostęp: <https://chillingcompetition.com/2016/01/22/ecjs-judgment-in-case-c-7414-eturas-on-the-scope-of-concerted-practices-and-on-technological-collusion/>.



(spójność) stosowania prawa konkurencji w całej UE oraz poszanowanie dla reguł współpracy między organami oraz kompetencji KE w zakresie egzekwowania prawa konkurencji<sup>218</sup>. Co interesujące, po wejściu w życie Traktatu z Lizbony w 2009 r. w piśmiennictwie wskazywano, że z uwagi na wiążący od tego momentu charakter Karty Praw Podstawowych UE, odzwierciedlającej w dużej mierze wypracowane w orzecznictwie TSUE standardy proceduralne, krajowe organy ochrony konkurencji będą musiały dostosować swoje działania do europejskich wzorców w sprawach praktyk mających wpływ na handel między państwami członkowskimi<sup>219</sup>. Po upływie blisko dekady bez przewidywanego ujednolicenia standardów proceduralnych pojawiła się obecnie szansa na osiągnięcie częściowej harmonizacji także w tym zakresie - mianowicie w marcu 2017 r. Komisja zaprezentowała projekt dyrektywy mającej na celu wzmocnienie pozycji krajowych organów ochrony konkurencji w egzekwowaniu unijnego prawa konkurencji<sup>220</sup>. Dyrektywa ma służyć osiągnięciu dwóch podstawowych celów - zapewnieniu większej niezależności organów ochrony konkurencji i efektywności egzekwowania prawa. Drugi z wymienionych celów KE chciałaby osiągnąć poprzez zagwarantowanie określonego minimalnego zasobu narzędzi. Pierwsze komentarze odnośnie do tego projektu można uznać za ostrożnie optymistyczne<sup>221</sup>.

#### 2.2.8.2. Decyzje wydawane w sprawach porozumień

W postępowaniu w sprawie niedozwolonych porozumień między przedsiębiorcami KE może wydać decyzje nakazujące zaprzestanie określonego naruszenia (nazywane także decyzjami zakazowymi), decyzje zobowiązujące bądź stwierdzić, że zakaz porozumień nie ma zastosowania do określonej sprawy.

W decyzji zakazowej Komisja może nałożyć na przedsiębiorców środki zaradcze o charakterze behawioralnym lub strukturalnym proporcjonalne do stwierdzonego naruszenia. Mają one na celu wskazanie przedsiębiorcy, jakie działania winien podjąć, by usunąć stan naruszenia. Dodatkowo KE może nadto w drodze decyzji nałożyć w takim przypadku na przedsiębiorcę grzywnę uwzględniającą ciężar i czas trwania naruszenia, jeżeli dopuścił się on umyślnie lub przez zaniedbanie naruszenia zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE. Kwestia ta została omówiona powyżej.

Specyfika sprawy, w tym w szczególności jej precedensowy charakter lub potrzeba szybkiego zakończenia danej praktyki, może wymagać czasem przyjęcia przez KE decyzji, w której uczyni ona wiążącymi zaproponowane przez przedsiębiorcę zobowiązania. W takim przypadku KE nie stwierdza naruszenia - wystarczy jego uprawdopodobnienie, co oszczędza organowi trudu spełnienia wymaganego standardu dowodowego oraz czasu potrzebnego na ewentualną obronę decyzji w przypadku odwołania się przez adresata do TSUE. Choć decyzje zobowiązaniowe mogą być kwe-

218 Wyrok TSUE z dnia 3.05.2011 r. w sprawie C-375/09, *Tele 2 Polska*, nb. 27, 28; zob. także głosę do tego orzeczenia: K. Kowalik-Bańczyk, *Jednolite stosowanie unijnego prawa konkurencji jako ograniczenie dla autonomii proceduralnej krajowych organów ochrony konkurencji - glosa do wyroku TS z dnia 3.05.2011 r. w sprawie C-375/09 Prezes UOKiK v. Tele 2 (obecnie Netia)*, EPS luty 2012, str. 39; też, *Procedural autonomy of member states...*, str. 231.

219 K. Kowalik-Bańczyk, *Procedural autonomy of member states...*, str. 231-232.

220 European Commission Press Release z dnia 22.03.2017, *Antitrust: Commission proposal to make national competition authorities even more effective enforcers for the benefit of jobs and growth*, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-685\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-685_en.htm).

221 Zob. K. Dobosz, M. Scheibe, *Pierwsze uwagi i wątpliwości po przedstawieniu projektu antymonopolowej dyrektywy efektywnościowej*, Przegląd Prawa Publicznego, nr 6/2017, str. 99.



stionowane w drodze postępowania o stwierdzenie ich nieważności<sup>222</sup>, to w praktyce takie sprawy są zdecydowanie rzadsze. Taka forma zakończenia postępowania jest także korzystna dla przedsiębiorcy, który nie zostaje obciążony surową karą, oszczędza na kosztach ciągnącej się pomocy prawnej, a nadto w mniejszym stopniu wystawiony zostaje na roszczenia podmiotów dochodzących roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia zakazu porozumień.

W rzadkich przypadkach, zgodnie z art. 10 Rozporządzenia 1/2003, gdy wymaga tego interes publiczny, Komisja może w drodze decyzji stwierdzić, że art. 101 ust. 1 TFUE nie ma zastosowania do określonego porozumienia, czy to ze względu na brak spełnienia jego przesłanek, czy to z uwagi na realizację przesłanek zwolnienia indywidualnego. Co istotne, taka kompetencja nie przysługuje krajowym organom ochrony konkurencji, które stwierdziwszy, że w danej sprawie nie doszło do naruszenia, winny wydać decyzję o braku podstaw do działania. Jak wyjaśnił Trybunał w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne skierowane przez polski Sąd Najwyższy, kompetencja do stwierdzenia braku zastosowania art. 101 lub 102 TFUE do danej praktyki przysługuje wyłącznie Komisji<sup>223</sup>. Odmienne interpretacja mogłaby bowiem negatywnie odbić się na jednolitości stosowania europejskiego prawa konkurencji i stanąć na przeszkodzie wydaniu następnie decyzji przez Komisję stwierdzającej naruszenie<sup>224</sup>.

### 2.2.8.3. Środki odwoławcze

Od decyzji Komisji przedsiębiorcy przysługuje skarga na nieważność na podstawie art. 263 ust. 4 TFUE, który stanowi, że każda osoba fizyczna lub prawna może wnieść, na warunkach określonych w tym przepisie, skargę na akty, których jest adresatem lub które dotyczą jej bezpośrednio i indywidualnie. Dotyczy to każdego rodzaju decyzji - stwierdzającej naruszenia na podstawie art. 7 Rozporządzenia 1/2003, decyzji zobowiązaniowej na podstawie art. 9 Rozporządzenia 1/2003 czy też decyzji wydanej w postępowaniu ugodowym. Zagwarantowana jest w ten sposób przedsiębiorcom realizacja prawa do sądu, będącego jednym z fundamentalnych praw chronionych tak w Karcie Praw Podstawowych UE, jak i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka<sup>225</sup>.

Zgodnie z art. 256 ust. 1 TFUE właściwy do rozpoznania w pierwszej instancji skargi na nieważność decyzji w sprawie naruszenia prawa konkurencji jest Sąd. Podstawą dla skargi na nieważność decyzji Komisji może być jeden z czterech zarzutów:

- a. zarzut braku kompetencji,
- b. zarzut naruszenia istotnych wymogów proceduralnych,
- c. zarzut naruszenia Traktatów lub jakiegokolwiek reguły prawnej związanej z ich stosowaniem,
- d. zarzut nadużycia władzy.

222 Zob. na przykład wyrok SPI z dnia 11.07.2007 r. w sprawie T-170/06, Alrosa.

223 Wyrok TSUE z dnia 3.05.2011 r. w sprawie Tele 2 Polska, C-375/09, nb. 22-25, 29; zob. także wyrok TSUE z dnia 18.06.2013 r. w sprawie C-681/11, Schenker i in. nb. 42, 45 oraz głosę do tego orzeczenia: K. Kowalik-Bańczyk, *O słuchaniu złych rad - nulla poena sine culpa w unijnym prawie konkurencji*, EPS listopad 2014, str. 45.

224 Wyrok TSUE z dnia 3.05.2011 r. w sprawie Tele 2 Polska, C-375/09, nb. 26-28.

225 Na temat prawa przedsiębiorców do obrony zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Lex 2012.

Sądowa kontrola decyzji Komisji ma zatem na celu zbadanie legalności decyzji, tj. jej zgodności z prawem. Sąd, działając na skutek wniesienia skargi na nieważność, nie dokonuje zatem pełnego ponownego merytorycznego rozpoznania sprawy<sup>226</sup> i nie może też - za wyjątkiem wysokości kary, o czym poniżej - merytorycznie zmienić decyzji Komisji. Choć Komisja dysponuje pewnym zakresem swobody przy ocenie skomplikowanych ekonomicznych kwestii, to nie oznacza to jednak, by Sąd miał się powstrzymywać przed kontrolą interpretacji informacji o ekonomicznej naturze - zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sąd powinien nie tylko zbadać, czy dowody, na których oparta została decyzja, były merytorycznie dokładne, wiarygodne i spójne, ale też, czy te dowody zawierają wszystkie niezbędne informacje dla oceny skomplikowanej sytuacji i czy pozwalają one na potwierdzenie wyciągniętych z nich wniosków<sup>227</sup>.

W razie stwierdzenia, że decyzja została wydana z naruszeniem prawa, Sąd stwierdza nieważność takiej decyzji, czego następstwem jest usunięcie jej z obrotu prawnego ze skutkiem *ex tunc*<sup>228</sup>. Wyrok może odnosić się także do części decyzji, w szczególności dotyczącej określonego przedsiębiorcy. Brak jest natomiast podstawy do wydania wyroku o charakterze reformatoryjnym, tj. zmieniającego treść decyzji. Kompetencje takie przysługują jednak Sądowi na mocy art. 261 TFUE oraz art. 31 Rozporządzenia 1/2003 w odniesieniu do nałożonej w decyzji grzywny lub okresowej kary pieniężnej. Obok oceny legalności decyzji Komisji Sąd dysponuje bowiem nieograniczonym prawem (ang. *unlimited jurisdiction* bądź *full jurisdiction*) orzekania w odniesieniu do kar. Wyjaśnienia wymaga fakt, że decyzja stwierdzająca naruszenie i nakładająca karę stanowi naturalnie jeden akt, obejmujący stwierdzenie naruszenia (na podstawie art. 7 Rozporządzenia 1/2003) oraz nałożenie kary (na podstawie art. 23 Rozporządzenia 1/2003). Rozszerzenie zakresu kontroli Sądu w odniesieniu do kary pociąga za sobą taki skutek, że Sąd, uwzględniając zarzut skarżącego dotyczący wysokości bądź sposobu wyliczenia kary, może samodzielnie zmienić decyzję w tym zakresie, podczas gdy w odniesieniu do pozostałych elementów, może jedynie stwierdzić nieważność decyzji. Statystyka dowodzi, że zarzuty skarżących dotyczące właśnie wysokości i sposobu wyliczenia kary dają największe szanse na uwzględnienie skargi<sup>229</sup>. Orzecznictwo Trybunału jest jednak podzielone odnośnie do wymaganego zakresu realizacji nieograniczonej jurysdykcji w kwestii kar. W piśmiennictwie zwraca się uwagę, że w nowszym orzecznictwie pełną analizę decyzji w zakresie kary Sąd zastępuje oceną ograniczoną do zbadania, czy Komisja działała w granicach przyznanej jej swobody i nie popełniła oczywistego błędu w ocenie<sup>230</sup>. Takie podejście jest słusznie krytykowane z uwagi na trudność pogodzenia oferowanego przez TSUE standardu kontroli decyzji z wymogami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Orzecznictwo ETPC wymaga bowiem, by w przypadku nakładania przez organ administracyjny kary o charakterze karnym, istniała możliwość odwołania się od jego decyzji do sądu dysponującego pełną jurysdykcją<sup>231</sup>.

226 K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu*, Lex/el. 2015, art. 31, pkt. 2.4.

227 Wyrok Trybunału z dnia 8.12.2011 r. w sprawie C-386/10 P, Chalkor AE Epexergasias Metallon, nb. 54; wyrok Trybunału z dnia 15.02.2005 r. w sprawie C12/03 P, Tetra Laval, nb. 39.

228 K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 1/2003 (wyd. 2015)*..., art. 31, pkt. 2.5.

229 P.D. Camesasca, J. Ysewyn, T. Weck, B. Bowman, *Cartel Appeals to the Court of Justice: The song of the sirens?*, JECLP 2013, vol. 4, no. 3, str. 217.

230 M. Baran, A. Doniec, *EU courts' jurisdiction*..., str. 244-245 i cytowane tam orzecznictwo.

231 Zob. powyżej Rozdział II pkt 2.2.7.2

# Rozdział III.

## Odpowiedzialność pomocnika kartelu w dotychczasowej praktyce

### 3.1. Kwestie wstępne i terminologiczne

Przystępując do analizy zakresu pojęciowego terminu „pomocnictwo” w kontekście relewantnym dla niniejszej rozprawy, należy wyjść od skonstatowania, że błędem byłoby tu odwołanie się do jego znaczenia wypracowanego na gruncie polskiego, a także każdego innego krajowego systemu prawa państw członkowskich UE. Zgodnie z generalną zasadą wykładni prawa europejskiego należy mieć na uwadze, że instytucje prawa unijnego nie muszą koniecznie mieć identycznego znaczenia z przypisywanym im na gruncie prawa krajowego, a terminologia używana w prawie unijnym ma swoje szczególne znaczenie<sup>232</sup>. Pomimo wspólnych korzeni w prawie rzymskim, licznych podobieństw i wzajemnego przejmowania określonych instytucji nie można więc mówić o jednym europejskim lub choćby nawet tylko kontynentalnym rozumieniu terminu „pomocnictwo”. Choć naturalnie dla przedstawicieli doktryny prawa niesie on ze sobą określone konotacje, to nie jest uprawnione posługiwanie się krajowym rozumieniem „pomocnictwa” jako modelem dla oceny nowej tendencji wykładni art. 101 TFUE oraz jej zgodności z prawem unijnym. Analiza piśmiennictwa, w szczególności pierwszych głosów po potwierdzeniu przez Sąd decyzji w sprawie AC-Treuhand I, dowodzi natomiast, że niektórzy komentatorzy, jak się zdaje, wpadają w tę pułapkę myślową<sup>233</sup>.

W tym kontekście trzeba wyjaśnić, że system prawny Unii Europejskiej nie ma charakteru zupełnego w tym sensie, że nie opiera się on na aktach o charakterze generalnym, które odpowiadałyby funkcją regulacjom kodeksowym, zawierającym podstawowe instrumentarium dla stosowania prawa w poszczególnych dziedzinach. Komisja Europejska ani TSUE nie mogą zatem przy wykładni i egzekwowaniu prawa konkurencji opierać się na pojęciach zdefiniowanych na potrzeby funkcjonowania całego systemu. O ile też w zakresie praw podstawowych utrwaloną praktyką jest odwoływanie się do wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich, to w odniesieniu do terminu „pomocnictwo” trudno byłoby to sobie wyobrazić, także z uwagi na wspomnianą powyżej różnorodność.

Dodatkowo można jeszcze zasygnalizować problem z rozstrzygnięciem, na gruncie jakiej regulacji należałoby poszukiwać znaczenia terminu „pomocnictwo” na potrzeby unijnego prawa konkurencji. Prawo konkurencji, pomimo wszystkich kontrowersji odnośnie do standardu praw proceduralnych i charakteru nakładanych na jego podstawie kar, pozostaje domeną prawa administracyjnego. O ile instytucję pomocnictwa na gruncie prawa karnego i prawa cywilnego można odnaleźć w kra-

232 Wyrok Trybunału z dnia 6.10.1982 r. w sprawie 283/81, Cilfit, nb. 19.

233 Zob. W. Berg, *EuGH: Kartellrecht: Geldbuße für ein auf dem betroffenen Markt nicht tätiges Beratungsunternehmen* - Anmerkung, EuZW 2016, 19, str. 24-25.

jowych regulacjach wielu państw członkowskich UE, to już znalezienie jej w prawie administracyjnym nasyca trudności<sup>234</sup>. Rozważanie odpowiedzialności pomocnika za delikt administracyjny opiera się zatem na wątpliwym założeniu, że możliwe jest zaadaptowanie takiej konstrukcji na potrzeby postępowania administracyjnego.

Mając powyższe na uwadze, w pierwszej części tego rozdziału przeanalizuję dotychczasowy dorobek decyzyjny Komisji oraz orzecznictwo TSUE, poszukując odpowiedzi na pytanie, jak przez nie rozumiane jest „pomocnictwo do kartelu”. Postaram się przy tym wskazać, jakie okoliczności faktyczne miały decydujące znaczenie dla przyjęcia zaistnienia naruszenia zakazu porozumień przez tzw. „pomocnika” oraz jakie jest prezentowane przez organy uzasadnienie prawne dla takiej kwalifikacji.

Zaprezentowane poniżej w pkt 3.2-3.4 wyniki analizy materiału badawczego uporządkowane zostały według kryterium przedmiotowego - charakteru zarzucanego niedozwolonego porozumienia. W pierwszej kolejności omawiam te sprawy antytrustowe, które budzą największe kontrowersje, a które można określić jako pomocnictwo w sensie ścisłym, tj. przypadki przypisania odpowiedzialności przedsiębiorcy, który nie jest obecny na rynku dotkniętym naruszeniem, ani nawet rynku powiązanym, a nadto samodzielnie nie podejmuje działań rynkowych bezpośrednio ograniczających konkurencję, lecz pomaga innym przedsiębiorcom w realizacji ich antykonkurencyjnych zamiarów. Podrozdział 3.2 obejmuje wszystkie dotychczas wydane decyzje w takich sprawach w dorobku unijnych organów ochrony konkurencji<sup>235</sup>.

Dalej przechodzę do omówienia karteli typu *hub-and-spoke* - nazywanych także klastrami satelitarnymi lub kartelami gwiazdzystymi. Choć *prima facie* wydają się one mieć charakter wertykalny, to wywołany przez nie efekt rynkowy jest tożsamy z zachodzącym w przypadku porozumienia poziomego. Charakterystyczną ich cechą jest wykorzystanie dla zawiązania i funkcjonowania kartelu podmiotu znajdującego się na wyższym bądź niższym szczeblu w łańcuchu dystrybucji jako swego pośrednika, który ułatwia realizację antykonkurencyjnych zamiarów. W dotychczasowym dorobku Komisji zidentyfikowałam dwa przypadki, które wpisują się w taki model porozumienia. W jednym z nich Komisja wyraźnie potraktowała „pośrednika” jako pomocnika kartelu, co uzasadnia ujęcie także tego typu porozumień w niniejszej analizie.

Podrozdział 3.4 poświęcony został z kolei problemowi biernego udziału w porozumieniu, tj. sytuacji, w której przedsiębiorca uczestniczy w spotkaniu, podczas którego omawiane są antykonkurencyjne inicjatywy, wobec których nie wyraża wyraźnie żadnego stanowiska, a następnie nie realizuje w praktyce poczynionych uzgodnień. Według organów ochrony konkurencji brak wyraźnego sprzeciwu w takich okolicznościach może być podstawą przyjęcia udziału przedsiębiorcy w antykonkurencyjnym porozumieniu. Jego bierna postawa ułatwia bowiem zawiązanie i funkcjonowanie kartelu, gdyż daje pozostałym uczestnikom sygnał, że mają wolną rękę do podejmo-

234 Tak: opinia rzecznika generalnego N. Wahla z dnia 21.05.2015 r. w sprawie C-194/14 P, AC-Treuhand, nb. 79-82.

235 22.11.2017 r. Komisja Europejska ogłosiła, że wydała decyzję w sprawie *Car Safety Equipment* (AT.39881) dotyczącą kartelu na rynku części do samochodów, którą nałożono kary na pięciu przedsiębiorców. Z treści *Press Release* wynika, że kalkulacja kary dla jednego z nich uwzględniła także okoliczność, że pełnił on funkcję pomocnika dla kartelu. Niestety do chwili oddania niniejszej pracy decyzja nie została opublikowana ze względu na trwający proces uzgadniania wersji jawnej. Z tego powodu nie było możliwe omówienie tej sprawy w toku analizy materiału badawczego; zob. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-4844\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-4844_en.htm).

wania działań ograniczających konkurencję. Omówienie tej koncepcji w niniejszym rozdziale jest zasadne z dwóch powodów. Po pierwsze, zarysowaną tu sytuację można rozumieć jako formę cichego wspierania kartelu zawiązanego pomiędzy innymi przedsiębiorcami. Czyni to biernie uczestnictwo w porozumieniu podobnym do „pomocnictwa do kartelu” w sensie ścisłym. Po drugie zaś, jak zostanie poniżej opisane, organy ochrony konkurencji, oceniając przypadki „pomocnictwa”, odwołują się m.in. właśnie do konstrukcji odpowiedzialności za bierny udział w porozumieniu. Tworzenie paraleli między tymi dwoma przypadkami nie może być zatem przypadkowe i wymaga głębszej analizy.

Bierna postawa wobec naruszenia jest dość często przywoływanym przez przedsiębiorców usprawiedliwieniem w sprawach antymonopolowych. Z tego względu przedstawiona poniżej analiza obejmuje tylko najważniejsze decyzje i orzeczenia, w których ukształtowana została metodyka prawnej oceny takich przypadków. Omówienie wszystkich spraw nie byłoby ani celowe, ani konieczne. Orzecznictwo ma bowiem w tym zakresie charakter utrwalony.

### 3.2. Pomocnictwo w sensie ścisłym

#### 3.2.1. Zarys problemu

Kartele ze swej istoty są strukturami trudnymi do administrowania i równocześnie wysoce podatnymi na destabilizację. Ich uczestnicy, pomimo istniejących czasem pozorów zażyłości, pozostają dalej konkurentami. Kierują się zatem w swoich działaniach nie sentymentami, ale chłodną ekonomiczną kalkulacją. Wszyscy uczestnicy wystawieni są na pokusę przechytrzenia pozostałych uczestników i podjęcia działania sprzecznego z ustaleniami, które w danych okolicznościach może przynieść znaczne korzyści. Utrudnieniem dla funkcjonowania kartelu może być także domniemany lub faktyczny brak obiektywizmu w ocenie zgodności działania danego przedsiębiorcy z uzgodnioną strategią kartelu. W przypadku wykrycia „oszustwa” współuczestnicy kartelu nie mają też ani właściwego narzędzia, ani podstawy prawnej do wyegzekwowania posłuszeństwa. Wszystko to prowadzi do znacznego deficytu wzajemnego zaufania. Istnienie programu *Leniency* i jego krajowych odpowiedników dodatkowo destabilizuje kartele, gdyż tworzy pokusę opuszczenia go bez ponoszenia sankcji finansowych i silnie uderza w solidarność grupową uczestników - bacznie obserwują oni bowiem swoje działania, zastanawiając się, czy któryś z nich nie zdecydował się już bądź nie zamierza właśnie ujawnić istnienia kartelu wobec organów, uzyskując całkowite zwolnienie z kary. Brak zaufania, brak narzędzi dyscyplinujących i brak kompetencji do władczego decydowania determinują dynamikę kartelu.

Działanie w zмовie może mieć jednak korzystny charakter z punktu widzenia partykularnych interesów przedsiębiorców. Dopóki korzyści z funkcjonowania kartelu przewyższają potencjalne zyski z autonomicznego działania, dopóty przedsiębiorcy mogą być skłonni do współpracy. Pewne rozwiązanie dla skrótkowo zarysowanego powyżej problemu niestabilności kartelu oferuje podejście do funkcjonowania kartelu jak do przedsięwzięcia biznesowego, tj. dostrzeżenie, że nie zawsze optymalny efekt można uzyskać własnymi siłami - czasem najlepszym rozwiązaniem jest powierzenie realizacji planu profesjonalnemu podmiotowi zewnętrznemu. To stwierdzenie jest szczególnie trafne w przypadku karteli o rozbudowanej, skomplikowanej strukturze



członkowskiej lub wielu obszarach działania, które wymagają koordynacji. Powierzenie administrowania kartelem podmiotowi trzeciemu, który nie ma własnego interesu w oszukiwaniu czy faworyzowaniu wybranego uczestnika kartelu, może pozwolić nadto na redukcję wzajemnej nieufności. Ten pozytywny dla kartelu efekt można dodatkowo wzmocnić, przekazując pomocnikowi funkcję audytorskie i nadzorcze. O ile bowiem wzajemna weryfikacja podawanych danych sprzedażowych może wykraczać poza zakres ingerencji, na jaką uczestnicy kartelu byłoby skłonni przystać, o tyle powierzenie tego zadania podmiotowi trzeciemu, oferującemu obiektywizm ocen, może okazać się już akceptowalne.

Rozważania te musiały towarzyszyć uczestnikom kilku karteli, które zostaną bliżej przeanalizowane poniżej, a w których doniosłą funkcję pełnił przedsiębiorca działający na innym rynku niż ten, na którym realizowało się ograniczenie konkurencji. Podmioty te odgrywały przy tym - w każdym razie w przekonaniu Komisji - na tyle istotną rolę, że - poza jednym wyjątkiem - zasadne było przypisanie im odpowiedzialności za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu, choć nie byłyby one nawet potencjalnie w stanie wpłynąć własnym działaniem na stan konkurencji na rynku relevantnym. Cały ich wkład ograniczał się do optymalizowania działań rynkowych takich przedsiębiorców, którzy obecni byli na rynku dotkniętym ograniczeniem konkurencji.

Poniższa analiza 6 przypadków ma na celu zaprezentowanie argumentów podnoszonych przez unijne organy ochrony konkurencji dla uzasadnienia przypisania odpowiedzialności antymonopolowej takim „pomocnikom” kartelu.

### 3.2.2. Sprawa Italian Cast Glass<sup>236</sup> (Fides)

#### 3.2.2.1. Stan faktyczny

Działania pomocnika kartelu po raz pierwszy stały się przedmiotem oceny organów ochrony konkurencji na przełomie lat 70. i 80. ubiegłego wieku. Przedmiotem postępowania w tej sprawie był kartel utworzony przez trzech przedsiębiorców produkujących szkło, w tym szkło lane (ang. *cast glass*). Przedsiębiorcy ci ustalali wielkość sprzedaży poszczególnych rodzajów szkła lanego na rynku włoskim, wymieniali się informacjami dotyczącymi produkcji i marketingu, a nadto postanowili powierzyć nadzór nad realizacją porozumienia zewnętrznemu podmiotowi - Fides-Unione Fiduciaria SpA z siedzibą w Mediolanie (dalej „Fides”) - spółce oferującej usługi zarządzania i księgowości, specjalizującej się w działaniach nadzorczych i przeprowadzaniu badań statystycznych.

Spółka ta zbierała od uczestników kartelu szczegółowe informacje dotyczące wielkości i wartości sprzedaży w każdym miesiącu, listy transakcji, w tym także eksportowych, z podziałem na poszczególne rodzaje produktów. Informacje te służyły Fides do sporządzenia miesięcznych podsumowań. Nadto dokonywała ona weryfikacji przekazywanych informacji na podstawie ksiąg magazynowych oraz dokumentów księgowych i przewozowych, a w razie potrzeby była uprawniona do żądania infor-

<sup>236</sup> Decyzja Komisji z dnia 17.12.1980 r., IV/29.869 - Italian cast glass, OJ L 383, 21.12.80, p. 19, dalej jako decyzja KE w sprawie Italian Cast Glass; w pracy decyzje KE będą określane ich angielską nazwą, gdyż pod nią występują w literaturze, a tłumaczenie na język polski może utrudnić ich identyfikację. Alternatywnie występować będą one pod nazwą głównego adresata danej decyzji.



macji dodatkowych w celu krzyżowej weryfikacji danych oraz do wstępu na teren zakładów, magazynów i biur. Wyniki audytu były następnie przedmiotem dyskusji podczas spotkań uczestników porozumienia. W toku postępowania antymonopolowego KE zgromadziła obszerne dowody potwierdzające, że opisane powyżej działania były faktycznie realizowane. Fides początkowo odmówiła jednak poddaniu się czynnościom dochodzeniowym, wskazując, że postępowanie przed Komisją nie dotyczyło jej, gdyż nie produkowała ona szkła, a nawet jeżeli świadczyła usługi na rzecz przedsiębiorców z tej branży, działając jako towarzystwo powiernicze (it. *società fiduciaria*), to bez autoryzacji jej zwierzchników nie może przedstawić żadnych informacji ani dokumentów. Opór przełamany został dopiero wydaniem decyzji z 31 stycznia 1979 r. na podstawie art. 14 (3) Rozporządzenia Rady EWG nr 17<sup>237</sup> nakazującej Fides dopuszczenie przedstawicieli Komisji do przeszukania siedziby oraz udzielenia wglądu w dokumenty pod groźbą kary finansowej<sup>238</sup>.

### 3.2.2.2. Uzasadnienie prawne decyzji KE<sup>239</sup>

Prawną ocenę stanu faktycznego KE rozpoczęła od rozróżnienia porozumienia między przedsiębiorcami od porozumienia między nimi i Fides, które jednak - jak wskazano w decyzji - były od siebie zależne i tworzyły mimo to jedno porozumienie. Dalej Komisja, argumentując niezbyt obszernie, podkreśliła komplementarny charakter usług Fides wobec działań pozostałych przedsiębiorców „w dążeniu do celów powiązanych z produkcją i ze sprzedażą szkła lanego”. Działanie to oznaczało - zdaniem Komisji - że firma Fides efektywnie brała udział w praktyce ograniczającej konkurencję. W dalszej części uzasadnienia Komisja powtórzyła tę konstatację, podkreślając, że usługi Fides umożliwiły implementację zasadniczego porozumienia, a spółka działała w pełnej świadomości, że asystuje przy wykonywaniu porozumienia ograniczającego konkurencję. Kwestia działania na innym rynku nie była tu także przeszkodą.

Precedensowy charakter sprawy został zasygnalizowany dopiero w części decyzji dotyczącej kary. Komisja odstąpiła mianowicie od jej nałożenia i przyznała, że pomimo odpowiedzialności za naruszenie przy ocenie jego ciężaru należałoby wziąć pod uwagę fakt, że dotychczas KE nigdy nie skierowała decyzji do przedsiębiorcy odgrywającego taką rolę jak Fides. Interesujące jest tu powiązanie ciężaru naruszenia z faktem braku precedensu. Komisja chciała zapewne dać tym wyraz przekonaniu, że niższy jest stopień zawinienia przedsiębiorcy, który z dotychczasowej praktyki organów ochrony konkurencji nie mógł wywodzić w sposób jednoznaczny, że jego działania naruszają prawo. Brak precedensu nie powstrzymał KE jednak przed samym stwierdzeniem naruszenia.

Warta odnotowania jest okoliczność, że w całej decyzji nie pada ani razu słowo „pomocnik”, ani „pomocnictwo”, ani też określenia równoznaczne. Komisja podkreślała natomiast komplementarny charakter usług Fides wobec głównego porozumienia oraz świadomość uczestniczenia w antykonkurencyjnej praktyce.

237 Rozporządzenie Rady EWG nr 17 - pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu, OJ 13, 21.2.1962, p. 204-211.

238 Decyzja Komisji z dnia 31.01.1979 r., OJ L 57 z 1979 roku, str. 33.

239 Decyzja KE w sprawie Italian Cast Glass, OJ L 383, 21.12.80, p. 23-25.

### 3.2.2.3. Podsumowanie

Analizowana sprawa nie dała wprowadzić początku nowej linii wykładni zakazu porozumień między przedsiębiorcami, ale była o tyle istotna, że stała się po przeszło 20 latach niespodziewanie silnym argumentem Komisji przemawiającym za istnieniem na gruncie art. 101 TFUE podstawy dla przypisania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu. Warto tu odnotować, że ta jedynie pozornie precedensowa decyzja Komisji nie została w sposób szczególny uzasadniona i sprawiała wrażenie rozstrzygnięcia bardziej słusznościowego niż opartego na pogłębionej analizie. Co więcej, przypisanie odpowiedzialności pomocnikowi nie zostało wówczas poddane kontroli sądowej. Z tych względów w moim przekonaniu na miano precedensu zasługiwać może dopiero sprawa AC-Treuhand I.

### 3.2.3. Sprawa Organic Peroxide (AC-Treuhand I)<sup>240</sup>

#### 3.2.3.1. Stan faktyczny

Sprawa nadtlenuków organicznych (ang. *organic peroxides*) śmiało może być poczytywana za punkt zwrotny w praktyce Komisji w zakresie przypisywania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikom kartelu. Decyzja ta jest o tyle istotna, że Komisja powróciła w niej, po upływie blisko 23 lat od wydania decyzji w sprawie Italian Cast Glas, do praktyki karania przedsiębiorców ułatwiających funkcjonowanie kartelu. Co więcej, decyzja ta została obszernie uzasadniona, co daje cenny wgląd w sposób interpretowania art. 101 ust. 1 TFUE przez organy i pozwala na poczynienie pierwszych generalnych spostrzeżeń odnośnie do warunków przypisania odpowiedzialności za kartel także pomocnikom.

Stan faktyczny sprawy prezentował się następująco. Na początku lat 70. ubiegłego wieku trzech głównych producentów nadtlenuków organicznych zawarło porozumienie dotyczące m.in. ustalania cen i podziału klientów na obszarze ówczesnej Wspólnoty Europejskiej oraz Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Z czasem do kartelu dołączyli dalsi uczestnicy<sup>241</sup>. Na porozumienie składały się mniejsze regionalne porozumienia, a nadto porozumienia dotyczące poszczególnych typów nadtlenuków organicznych. Koordynacja działań kartelu została powierzona spółce Fides Trust AG z siedzibą w Zurichu<sup>242</sup>, zajmującej się świadczeniem usług dla przedsiębiorców, stowarzyszeń i grup interesu w zakresie: zarządzania, organizacji, a także agregacji i ewaluacji danych rynkowych oraz usług statystycznych. Spółka ta w 1993 r. została przekształcona w wyniku wykupu managerskiego w AC-Treuhand AG<sup>243</sup>.

W podpisanym w 1971 r. pierwotnym porozumieniu, swoistym akcie założycielskim kartelu, przedsiębiorcy uzgodnili podział rynku i wielkości sprzedaży uzupełniony systemem kompensacji na wypadek przekroczenia ustalonych limitów. Przedsiębiorcy

240 Decyzja Komisji z dnia 10.12.2003 r. w sprawie COMP/E-2/37.857 - Organic Peroxides, dalej jako decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I.

241 Adresatami ostatecznej decyzji stało się 8 przedsiębiorców, w tym AC-Treuhand.

242 Zbieżność firmy Fides Trust z Zurichu z Fides Unione Fiduciaria z Mediolanu, do której skierowana była decyzja w sprawie Italian Cast Glass, jest przypadkowa - podmioty te nie były ze sobą powiązane.

243 Dla uproszczenia w całej decyzji Komisja posługuje się tą firmą, nawet gdy opisuje działania sprzed 1993 r. - zob. nb. 20 omawianej decyzji. Ta praktyka zachowana została także w niniejszej rozprawie. AC-Treuhand kwestionowała możliwości przypisywania jej odpowiedzialności za działania poprzedniczki prawnej i w decyzji faktycznie czas uczestnictwa AC-Treuhand w kartelu nie obejmował okresów przed 1993 rokiem.

postanowili nadto utrzymywać ceny na określonym poziomie, a wszelkie obniżki dla klientów miały być przedmiotem dyskusji uczestników. Przestrzeganie ustaleń miało być monitorowane przez zewnętrzny podmiot - AC-Treuhand - któremu miały być przekazywane dane sprzedażowe, na podstawie których, po ich weryfikacji, spółka obliczała udział w rynku poszczególnych uczestników. W 1975 r. pierwotną umowę aneksowano w taki sposób, by ograniczyć potrzebę i liczbę bezpośrednich spotkań przedsiębiorców. Bieżące monitorowanie i kontrola funkcjonowania kartelu miały spoczywać na AC-Treuhand<sup>244</sup>. Jej działania obejmowały także szereg działań logistycznych i organizacyjnych, w tym w szczególności<sup>245</sup>:

- a. organizację spotkań uczestników kartelu;
- b. przygotowywanie, dystrybucję i ponowne zbieranie dokumentów (drukowanych na kolorowym papierze, co czyniło je łatwo dostrzegalnymi), a zawierających dane dotyczące udziału w rynku, a także pilnowanie, by nie były one wynoszone poza siedzibę spółki;
- c. obliczanie odstępstw od uzgodnionych udziałów dla potrzeb kompensacji;
- d. zbieranie danych sprzedażowych dotyczących nadttlenków organicznych, audyt tych danych i przedstawianie statystyk;
- e. przechowywanie „aktu założycielskiego” kartelu i innych relewantnych dokumentów;
- f. organizację zwrotu kosztów podróży dla uczestników w celu uniknięcia śladów spotkań;
- g. mediację w przypadku sporów między uczestnikami;
- h. aktywny udział w dostosowywaniu treści porozumienia, obejmujący proponowanie rozwiązań;
- i. pouczanie odnośnie do prawnych ryzyk udziału w porozumieniu i sposobie uniknięcia jego wykrycia;
- j. udzielanie porad odnośnie do dopuszczenia nowych członków do uczestnictwa w kartelu;
- k. udział w spotkaniach „na szczycie” i co najmniej jednokrotny udział w posiedzeniu grupy roboczej;
- l. przewodniczenie spotkaniom lub ich moderowanie;
- m. obliczanie limitów (wielkości sprzedaży) dla poszczególnych uczestników po przyjęciu nowego członka.

Podsumowując tę listę, należy stwierdzić, że AC-Treuhand pełniła funkcję koordynatora kartelu, który dbał o to, by przestrzegane były postanowienia umowy z 1971 r., by kartel nie został wykryty i by mógł kontynuować swoje działania w przyszłości bez niepotrzebnych turbulencji. AC-Treuhand oceniała jednak swoje działania w ramach porozumienia jako działania asystenta, nieznacznie wychodzące poza rolę

---

244 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 89.

245 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 92.

sekretariatu<sup>246</sup>. Komisja Europejska była jednak zdecydowanie odmiennego zdania<sup>247</sup>. W jej przekonaniu rola AC-Treuhand była kluczowa dla kartelu - spółka miała pełną świadomość charakteru porozumienia i aktywnie uczestniczyła w realizacji kartelu. W sprzeczności z powyższym twierdzeniem AC-Treuhand stał fakt jej obecności na spotkaniach, w tym ich „nieoficjalnej” części, przechowywania i udostępniania dokumentów na kolorowym papierze w siedzibie spółki, przeprowadzania audytu i obliczania wielkości ewentualnych odstępstw od ustalonych kwot. Komisja stwierdziła także, że AC-Treuhand dysponowała „władzą” (ang. *authority*), która pozwalała jej na żądanie od przedsiębiorcy dostosowania się do ustaleń, np. poprzez „przekazanie” klienta innemu uczestnikowi, by osiągnąć wynikający z uzgodnień udział w rynku. Zdaniem Komisji obciążające było nadto podejmowanie działań mających na celu ukrycie kartelu przed organami ochrony konkurencji oraz pełnienie funkcji mediatora w razie sporów. Aktywna rola AC-Treuhand w kartelu ujawniła się nadto w przedstawieniu własnej propozycji systemu obliczania limitów. W przekonaniu KE działania spółki wykraczały nadto poza rolę moderatora, gdyż uczestnicząc w spotkaniach, dążyła ona do osiągnięcia określonego efektu, a nie ograniczała się jedynie do podtrzymywania dyskusji. AC-Treuhand była nadto, zdaniem KE, całkowicie świadoma antykonkurencyjnego charakteru porozumienia. Nie zaprzeczyła nadto wiedzy o istnieniu kartelu, co byłoby trudne - jak wskazała Komisja - biorąc pod uwagę, że spółka przechowywała oryginał pierwotnego porozumienia<sup>248</sup>. AC-Treuhand miała także, zdaniem Komisji, wymierny interes w istnieniu kartelu, gdyż jego dalsze funkcjonowanie zapewniało jej przychody z tytułu świadczonych usług.

W konkluzji części opisowej decyzji Komisja podkreśliła dwa aspekty. Po pierwsze, wskazała, że AC-Treuhand umożliwiła funkcjonowanie kartelu - dbała, by nie został on wykryty, pilnowała przestrzegania uzgodnień i zachęcała uczestników do szukania rozwiązań kompromisowych, korzystając z posiadanej wiedzy oraz zaufania, jakim darzyli ją przedsiębiorcy<sup>249</sup>. Po drugie zaś, dysponowała pewnym zakresem „moralnej i instytucjonalnej władzy”, która pozwalała jej na podejmowanie decyzji odnośnie do funkcjonowania kartelu. W odniesieniu do wykonywanego audytu przekazywanych informacji spółka dysponowała konkretnymi uprawnieniami. W istocie zatem - jak argumentowała dalej Komisja - uczestnicy kartelu przekazali część swoich uprawnień do regulowania ich zachowań właśnie AC-Treuhand w tym celu, by umożliwić płynne funkcjonowanie kartelu<sup>250</sup>.

### 3.2.3.2. Uzasadnienie prawne Decyzji Komisji

Bazując na powyżej zarysowanych spostrzeżeniach, Komisja uznała, że AC-Treuhand powinna odpowiadać za naruszenia zakazu porozumień z art. 101 ust. 1 TFEU, podobnie jak pozostali przedsiębiorcy, pomimo że nie była stroną głównego porozumienia, nie działała na rynku dotkniętym ograniczeniem konkurencji, a łącząca ją z uczestnikami umowa o świadczenie usług nie zawierała jako taka ograniczeń konkurencji.

246 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 94.

247 Argumentacja Komisji przedstawiona została w Decyzji Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 95-105.

248 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 96, 102.

249 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 104.

250 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 105.

W początkowej części uzasadnienia Komisja przywołała utrwalone orzecznictwo traktujące o rozumieniu pojęcia porozumienia oraz uzgodnionej praktyki, przypominając, że rozróżnienie tych form naruszenia nie jest konieczne. Następnie wskazała, że termin porozumienie może się odnosić nie tylko do całościowego planu lub uzgodnionych warunków, ale także do ich implementacji w dążeniu do wspólnego celu<sup>251</sup>. Wyjaśniawszy, że porozumienie może wyrażać się nie tylko w jednorazowej czynności, ale także w serii działań lub toku postępowania<sup>252</sup>, Komisja przywołała założenia wypracowanej w praktyce decyzyjnej organów ochrony konkurencji UE koncepcji jednolitego i ciągłego porozumienia (ang. *single and continuous infringement*)<sup>253</sup>. W takim jednolitym porozumieniu poszczególni uczestnicy mogą odgrywać odmienne role, a samo porozumienie może ulegać zmianom w czasie. Powołując się na orzeczenie w sprawie Anic Partezipazioni, Komisja przypomniała, że przedsiębiorca, który nie bierze udziału we wszystkich aspektach danego porozumienia, może zostać mimo to pociągnięty do odpowiedzialności za całość naruszenia, w tym działania innych uczestników porozumienia, jeżeli uczestniczy w niedozwolonej praktyce poprzez działania zmierzające do realizacji wspólnego celu, a jest świadomy bezprawnych działań pozostałych uczestników lub też mógł racjonalnie je przewidzieć, a był gotów podjąć związane z tym ryzyko<sup>254</sup>.

Wyjaśniawszy te generalne kwestie, Komisja przeszła do oceny przedmiotowego przypadku, wskazując, że porozumienie w sprawie AC-Treuhand obejmowało kilka części składających się na całość, a jej wspólnym celem ekonomicznym było zakłócenie zmian cen na europejskim rynku przy pomocy alokacji klientów i ustalania cen<sup>255</sup>. Uzgodnienia pomiędzy AC-Treuhand oraz producentami tlenków organicznych zostały stąd uznane przez Komisję za jednolite i ciągłe naruszenie składające się z serii porozumień bazujących na pierwotnym porozumieniu z 1971 r. oraz pomniejszych porozumień<sup>256</sup>. Odnosząc się do sytuacji AC-Treuhand, Komisja wskazała, iż fakt, że spółka nie działała na rynku nadtlenuków organicznych, nie miał znaczenia dla oceny jej zaangażowania przy ograniczaniu konkurencji. Komisja przypomniała też wcześniejsze spostrzeżenia dotyczące działań podejmowanych przez AC-Treuhand dla kartelu, w szczególności jej aktywną rolę w funkcjonowaniu i utrzymywaniu go w mocy<sup>257</sup>. W uzasadnieniu kilkakrotnie zwrócono nadto uwagę na interes finansowy spółki w dalszym istnieniu porozumienia - choć nie odnosiła ona korzyści z ograniczenia konkurencji na rynku, to rozwiązanie porozumienia oznaczałoby dla spółki utratę stałego źródła przychodu<sup>258</sup>. Zdaniem Komisji istotna była nadto okoliczność, że AC-Treuhand dysponowała pewnym zakresem uprawnień dyskrecjonalnych i niezależnością w podejmowaniu decyzji<sup>259</sup> i nie działała na podstawie instrukcji<sup>260</sup>. Zdaniem Komisji działania AC-Treuhand stanowiły podstawę do realizacji kartelu<sup>261</sup>. Komisja przypisała nadto AC-Treuhand rolę „strażnika udanej implementacji porozumienia”<sup>262</sup>

251 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 303-305.

252 Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 306.

253 Geneza, założenia i przesłanki tej koncepcji zostały omówione już w rozdziale II.

254 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 310.

255 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 315.

256 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 316.

257 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 332.

258 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 334, 342.

259 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 333.

260 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 333, 337, 343.

261 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 335.

262 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 334.

i wskazała, że bez znaczenia pozostawała okoliczność, że AC-Treuhand nie była stroną pierwotnej umowy (aktu założycielskiego) ani też żadnego z mniejszych porozumień. Podpisana przez nią umowa o świadczenie usług na rzecz kartelu, pomimo że sama nie zawierała ograniczeń konkurencji, była wystarczająca dla przypisania spółce odpowiedzialności, gdyż stanowiła istotną część złożonego antykonkurencyjnego uzgodnienia<sup>263</sup>. Komisja zauważyła przy tym, że działania AC-Treuhand zapewniły kartelowi przejrzystość i obiektywizm, co pozytywnie wpływało na jego stabilność<sup>264</sup>, a nadto były one komplementarne wobec działań kartelu i oddziaływały na rynek produktów, których dotyczyło porozumienie<sup>265</sup>. W przypadku AC-Treuhand spełniona została zdaniem Komisji także przesłanka subiektywna zastosowania koncepcji jednolitego i ciągłego porozumienia - spółka nie tylko wiedziała o bezprawnych działaniach pozostałych uczestników kartelu, ale odgrywała nadto kluczową rolę w zapewnieniu sukcesu kartelu<sup>266</sup>. Naruszenie miało przy tym, zdaniem Komisji, charakter bezpośredni<sup>267</sup>.

### 3.2.3.3. Kwalifikacja jako związek przedsiębiorców

W uzasadnieniu decyzji Komisja przedstawiła argumentację, zgodnie z którą AC-Treuhand występowała w sprawie jako przedsiębiorca i/lub związek przedsiębiorców. W tym kontekście KE najpierw przywołała utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym taki związek nie musi prowadzić działalności gospodarczej, a nałożenie na niego kary wymaga wykazania, że działania związku były niezależne (rozdzielone) od działań jego członków<sup>268</sup>. Dalej natomiast wskazała, bez podania konkretnych przykładów, że AC-Treuhand spełniała funkcje typowe dla związku przedsiębiorców, za wyjątkiem możliwości swobodnego zakończenia z nią stosunków. Taka dwoista kwalifikacja przedsiębiorcy nie doprowadziła jednak Komisji do zmiany wcześniejszych spostrzeżeń co do naruszenia. Nie uprzedzając analizy formalnoprawnej zawartej w rozdziale IV, można się zastanowić nad tym, czy dostrzeżona tu niespójność nie jest aby pogłosem obawy Komisji, że jej decyzja zostanie podważona z uwagi na brak obecności AC-Treuhand na rynku nadtlenków organicznych. Kwalifikacja jako związku przedsiębiorców, jakkolwiek sama w sobie kontrowersyjna, usuwałaby bowiem ten problem.

### 3.2.3.4. Kara pieniężna

Kilka słów godzi się poświęcić kwestii kary nałożonej na AC-Treuhand tak ze względu na jej wysokość, jak i uzasadnienie dla takiego jej wyliczenia. Zgodnie z Wytycznymi w sprawie metody ustalania grzywien z 1998 r.<sup>269</sup>, które miały zastosowanie w analizowanej sprawie, przy wyznaczaniu wysokości kary bierze się pod uwagę ciężar, w tym naturę naruszenia, oraz jego czas trwania. Komisja wyraźnie wskazała, że AC-Treuhand musi być traktowana odmiennie od pozostałych uczestników porozumienia

263 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 340.

264 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 340.

265 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 345.

266 Decyzja Komisji w sprawie AC Treuhand I, nb. 335, 349.

267 Decyzja Komisji w sprawie AC Treuhand I, nb. 346.

268 Decyzja Komisji w sprawie AC Treuhand I, nb. 312.

269 Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 Rozporządzenia nr 17 oraz art. 65 ust. 5 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali, OJ C 9, 14.1.1998, p. 3-5.



z uwagi na jej specyficzną rolę i odmiennosc podejmowanych dzialan. Ostatecznie na szwajcarska spolke nałożono karę w wysokości 1000 euro. Można podejrzewać, że Komisja skorzystała przy tym z przewidzianej Wytycznymi (pkt 5 lit. d) możliwości nałożenia na przedsiębiorcę kary symbolicznej. W uzasadnieniu wskazano, że polityka karania przedsiębiorców pełniących taką funkcję dla kartelu jak AC-Treuhand jest pewną nowością (ang. *novelty*) - po decyzji w sprawie *Italian Cast Glass* Komisja odeszła bowiem od praktyki karania pomocników<sup>270</sup>. Wydaje się to jednak trochę niespójne z wydźwiękiem całej decyzji, w której podkreślano powiązania z wcześniejszą sprawą włoskiego szkła lanego oraz przewidywalny charakter zastosowanej przez Komisję wykładni prawa.

### 3.2.3.5. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji

Pomimo iż opisana powyżej decyzja Komisji nakładała na AC-Treuhand tylko symboliczną karę, szwajcarska spółka złożyła do Sądu Pierwszej Instancji (obecnie Sądu) skargę na nieważność. SPI oddalił jednak skargę w całości<sup>271</sup>. Celowe jest przyjrzenie się tu przedstawionej w postępowaniu argumentacji zarówno samej spółki, Komisji, jak i SPI. Pełna analiza prawna zagadnienia zostanie przeprowadzona w rozdziale IV. Poniższy fragment ma natomiast na celu zaprezentowanie punktów spornych i zasygnalizowanie kontrowersji w nowej praktyce wykładni art. 101 TFUE.

AC-Treuhand zakwestionowała w skardze o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji przede wszystkim ustalenia faktyczne, w szczególności odnośnie do znaczenia, jakie zostało przypisane przez Komisję działaniom spółki na rzecz kartelu<sup>272</sup>. Opis wydarzeń przedstawiony przez spółkę jest dalece odmienny od zawartego w uzasadnieniu decyzji<sup>273</sup>. Skarżąca przedstawiła swoją rolę w porozumieniu jako doradczą, podkreślała swoją zależność od uczestników kartelu i ich instrumentalne podejście do świadczonych przez nią usług. Jej czynności zostały nadto zaprezentowane jako czysto logistyczne i obejmujące prowadzenie sekretariatu, jak: rezerwacja sali i hoteli, wysyłka zaproszeń, przyjmowanie uczestników itp. AC-Treuhand zakwestionowała nadto, że pełniła funkcję przewodniczącego, pośrednika czy mediatora podczas spotkań; nie uczestniczyła też w nich systematycznie, szczególnie zaś nie w ich nieoficjalnej części. Odnośnie do audytu danych i prezentowania zestawień statystycznych AC-Treuhand zakwestionowała ich zakazany charakter i dodatkowo wskazała, że uczestnicy kartelu porzucili pierwotny model z czasów Fides Trust AG i samodzielnie wymieniali dane sprzedażowe. Abstrahując od zgodności powyższego z rzeczywistym stanem faktycznym, co nie jest przedmiotem analizy w rozprawie, należy zwrócić uwagę na okoliczność, jak doniosłą rolę w przypisaniu „pomocnikowi” odpowiedzialności antymonopolowej spełniają silnie ocenne elementy stanu faktycznego.

Głównym zarzutem merytorycznym skargi było naruszenie zasady ustawowej określoności czynów zabronionych i kar (tj. zasad *nullum crimen sine lege* oraz *nulla poena sine lege certa*). Skarżąca zarzuciła mianowicie Komisji błędną, nadmiernie rozszerzającą wykładnię art. 101 ust. 1 TFUE. Uzasadniając ten zarzut, wskazała,

270 Decyzja Komisji w sprawie AC Treuhand I, nb. 451, 454.

271 Wyrok SPI z dnia 8.07.2008 r. w sprawie T-99/04, AC-Treuhand AG, dalej jako wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I.

272 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 62

273 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 62-100.

że Traktaty nie rozróżniają sprawcy od współnika (ang. *complicity*) lub podżegacza, ale taka dystynkcja jest obecna w porządkach prawnych wielu państw członkowskich i - zdaniem skarżącej - winna być z tego względu postrzegana jako ogólna zasada prawa wspólnotowego<sup>274</sup>. Dalej AC-Treuhand argumentowała, że przy braku wyraźnej podstawy karania współników i podżegaczy nie jest dozwolone rozszerzanie zakresu zastosowania zakazu porozumień, szczególnie gdy weźmie się pod uwagę represyjny charakter przewidzianych w prawie sankcji za naruszenie<sup>275</sup>. W takim postępowaniu jak antymonopolowe pojęcie sprawcy musi być zatem wykładane ściśle, a przestanki naruszenia muszą wynikać jasno z przepisu - w odmiennym przypadku naruszona zostałaby zasada określoności prawa, którą uznaje zarówno Karta Praw Podstawowych UE, jak i Europejska Konwencja Praw Człowieka. Istniałoby bowiem wówczas ryzyko arbitralnego karania przedsiębiorców, którzy nie mogli w oparciu o brzmienie przepisu przewidzieć konsekwencji swojego działania<sup>276</sup>. Zdaniem skarżącej zasada określoności prawa w przypadku zagrożenia znacznymi sankcjami wymaga ścisłego rozumienia pojęcia sprawcy<sup>277</sup>. Podżeganie ani współsprawstwo (ang. *complicity*) nie są natomiast karalne<sup>278</sup>.

Wychodząc od powyższego, AC-Treuhand wyjaśniła, że nie można jej było uznać za uczestnika kartelu, gdyż była właśnie tylko współnikiem, a nie sprawcą<sup>279</sup>. Nie była ona stroną porozumienia z 1971 r. i nie brała bezpośrednio udziału w działaniach kartelu, także z tego powodu, że nie była obecna na rynku nadtlenków organicznych i nie pozostawała w stosunku konkurencji wobec pozostałych uczestników kartelu. Zdaniem AC-Treuhand art. 101 ust. 1 nie jest skierowany do wszystkich przedsiębiorców, a jedynie do kręgu podmiotów, które są stronami porozumienia ograniczającego konkurencję i które ograniczają swoją autonomię działania na określonym rynku. Z tych względów KE popełniła błąd przy ocenie udziału AC-Treuhand w niedozwolonym porozumieniu i jednocześnie naruszyła ww. zasady.

Komisja Europejska z kolei zgodziła się, że w prawie unijnym brak jest rozróżnienia sprawcy od współnika, z czego jednak wywiodła wniosek, że każdy podmiot spełniający przesłanki art. 101 ust. 1 TFUE może być adresatem decyzji nakładającej karę - różne formy uczestnictwa uwzględnia się natomiast przy obliczaniu wysokości kary<sup>280</sup>. Wobec zarzutu naruszenia zasady określoności prawa Komisja stwierdziła, że zasada ta nie wyklucza stopniowego wyjaśniania przestanków w drodze interpretacji, nawet w przypadku przepisów statuujących odpowiedzialność karną<sup>281</sup>. Odwołując się do koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia, Komisja wyjaśniła, że przypisanie odpowiedzialności za antykonkurencyjne porozumienie AC-Treuhand było uzasadnione. Świadczone przez szwajcarską spółkę usługi dla kartelu miały zdaniem Komisji na celu implementację antykonkurencyjnego porozumienia między producentami nadtlenków organicznych i były wobec niego komplementarne i pomocnicze (ang. *complementary and accessory*)<sup>282</sup>. Z powołaniem na cel regulacji, którym jest zapobieganie zakłóceniom konkurencji, Komisja wykluczyła nadto, by obecność na rynku

274 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 80-82.

275 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 82-83.

276 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 83-84.

277 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 85, 86.

278 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 82.

279 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 87-92.

280 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 103, 104.

281 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 104.

282 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 105.

objętym naruszeniem lub ograniczenie własnej autonomii działania było warunkiem przypisania odpowiedzialności antymonopolowej<sup>283</sup>.

Przechodząc do oceny roli AC-Treuhand w porozumieniu, Komisja przywołała utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym podstawą przypisania odpowiedzialności może być już samo biernie uczestnictwo w spotkaniu, podczas którego omawiane są antykonkurencyjne cele, w braku wyraźnego zdystansowania się od tych zamiarów lub poinformowania właściwych organów<sup>284</sup>. Szwajcarska spółka była natomiast nie tylko biernym uczestnikiem niektórych spotkań, ale aktywnie, jako organizator i strażnik implementacji porozumienia, przyczyniała się do utrzymania go w mocy i tajemnicy<sup>285</sup>. Twierdzenie, że AC-Treuhand nie byłaby w stanie bezpośrednio wpływać na ceny i limity jako czynniki konkurencji, Komisja odrzuciła ze wskazaniem, że takie podejście pozwalałoby na obchodzenie zakazu porozumień przez posługiwanie się innymi podmiotami, co podważałoby skuteczność art. 101 ust. 1 TFUE<sup>286</sup>.

SPI, oceniając argumenty stron, rozpoczął od wskazania, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem postępowanie antymonopolowe ma charakter administracyjny a nie karny, co wpływa na zakres zastosowania w nim zasady *nullum crimen sine lege* oraz *nulla poena sine lege*<sup>287</sup>. Następnie przyznał, że sądy unijne do tej pory nie miały okazji wypowiedzieć się w kwestii obowiązującej na gruncie unijnego prawa konkurencji koncepcji naruszciciela - unitarnej, obejmującej wszystkich przedsiębiorców, którzy uczestniczyli w naruszeniu, niezależnie od rynku, na którym są one zwyczajowo aktywne, lub bipolarnej, która rozróżnia sprawstwo od występowania w roli współników (ang. *complicity*)<sup>288</sup>. Sąd skupił się dalej na wykładni pojęcia „porozumienia”. Wskazał, że zakłada ono wyrażenie zgodnej woli określonego zachowania się na rynku przez co najmniej dwa odrębne podmioty, bez względu na formę, w jakiej ta zgodność się wyraża<sup>289</sup>. Sąd opowiedział się też wyraźnie za szerokim rozumieniem pojęcia porozumienia, obejmującym także formy koordynacji niestanowiące zawarcia umowy w sensie ścisłym. Następnie podjął rozważania nad kwestią potrzeby obecności danego przedsiębiorcy na rynku, na którym realizuje się naruszenie. Przypomniawszy najpierw, że zakaz porozumień obejmuje nie tylko porozumienia horyzontalne, ale także wertykalne, które ze swej istoty nie są zawierane między konkurentami. Następnie SPI przywołał orzecznictwo, zgodnie z którym dane porozumienie może podpadać pod zakaz z art. 101 ust. 1 TFUE, jeżeli ogranicza konkurencję na rynku sąsiadującym lub powstającym, na którym jeden z przedsiębiorców nie jest jeszcze obecny<sup>290</sup>. Zdaniem Sądu utrwalone orzecznictwo, interpretując pojęcie porozumienia, podkreśla nadto element wspólnej woli (ang. *joint intention*), lecz nie wymaga, by rynek, na którym ujawnia się naruszenie, pokrywał się z rynkiem, na którym aktywny jest uczestniczący w naruszeniu przedsiębiorca<sup>291</sup>. Konkludując ten fragment uzasadnienia, Sąd wskazał, iż przedsiębiorca może naruszyć zakaz porozumień, jeżeli jego zachowanie, skoordynowane z zachowaniem innych przedsiębiorców, ma na celu ograniczenie konkurencji na określonym rynku właści-

283 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 106.

284 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 108.

285 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 109.

286 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 110.

287 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 113.

288 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 117.

289 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 118.

290 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 120, 121.

291 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 122.

wym w ramach rynku wewnętrznego, niezależnie od tego, czy dany przedsiębiorca jest na nim sam aktywny<sup>292</sup>.

Dalej Sąd podjął się analizy pytania, czy dla zaistnienia naruszenia prawa konkurencji w rozumieniu art. 101 TFUE konieczne jest ograniczenie własnej autonomii działania wobec konkurentów. Według Sądu koncepcja ograniczenia własnej autonomii działania pozwala na rozróżnienie przypadków działania w porozumieniu, gdzie strony rezygnują z samodzielnego, autonomicznego decydowania o swoich działaniach, od działań paralelnych, przy których brak jest takiego ograniczenia i wyrażenia zgodnej woli określonego zachowania rynkowego<sup>293</sup>. Następnie SPI wyjaśnił, że przy ocenie porozumienia pod uwagę należy wziąć faktyczne warunki, w których ono funkcjonuje, w szczególności zaś ekonomiczny i prawny kontekst, w którym działało, towary bądź usługi, których dotyczyło porozumienie, oraz strukturę i warunki rynku i w efekcie nie zgodził się z argumentem skarżącej, by naruszenie wymagało ograniczenia własnej autonomii działania wobec konkurentów<sup>294</sup>. Konkludując, SPI stwierdził, że nie jest wykluczone, by przedsiębiorca uczestniczył w ograniczeniu konkurencji, nawet jeżeli nie ogranicza on przy tym swojej autonomii działania - odmienna interpretacja mogłaby zagrozić skuteczności prawa konkurencji i umożliwić obchodzenie zakazu porozumień przy wykorzystaniu podmiotów trzecich, spoza rynku objętego ograniczeniem konkurencji<sup>295</sup>.

Przechodząc do rozważań nad działaniami „współsprawcy” (ang. *co-perpetrator*), które mogą być poczytane za udział w kartelu, SPI przywołał utrwalone orzecznictwo Trybunału, zgodnie z którym samo bierne uczestnictwo w spotkaniu, w toku którego zawierane jest antykonkurencyjne porozumienie, bez wyraźnego zdystansowania się, dowodzi uczestnictwa w kartelu<sup>296</sup>. Jeżeli natomiast zostanie wykazane, że dany przedsiębiorca miał zamiar własnym zachowaniem przyczynić się do osiągnięcia wspólnych celów z pozostałymi uczestnikami i był świadomy ich działań nastawionych na osiągnięcie tego samego celu, lub mógł je przewidzieć a gotów był przyjąć to ryzyko, to możliwe jest przypisanie temu przedsiębiorcy odpowiedzialności za całość, jednolite i ciągłe porozumienie<sup>297</sup>. Sąd wyjaśnił, z powołaniem na wcześniejsze orzecznictwo, że taki bierny rodzaj uczestnictwa przy braku otwartego zdystansowania się lub poinformowania odpowiednich organów w istocie bowiem zachęca do kontynuowania naruszenia i utrudnia jego wykrycie<sup>298</sup>. Zdaniem Sądu różne formy uczestnictwa w kartelu nie wykluczają przypisania przedsiębiorcy odpowiedzialności za całość naruszenia, a jedynie wpływają na ocenę jego wagi i zakresu w kontekście sankcji<sup>299</sup>. Nadto, jak dalej wskazał Sąd, orzecznictwo przyjmuje współodpowiedzialność współsprawców naruszenia (ang. *co-perpetrators*) i przedsiębiorców pełniących funkcję pomocniczą (ang. *accessory role*) za jego całość, gdy przedsiębiorca przyczynił się do implementacji kartelu chociażby w sposób podrzędny, pomocniczy lub bierny, na przykład milcząco go akceptując lub nie informując organów<sup>300</sup>. Konieczne jest jednak przy tym wyrażenie przez niego zamiaru, wskazującego na popieranie ce-

292 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 122.

293 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 125.

294 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 126-127.

295 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 127.

296 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 130.

297 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 130.

298 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 130.

299 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 131-132.

300 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 133.

łów kartelu, chociażby w sposób dorozumiany<sup>301</sup>. Konkludując tę część rozważań, Sąd uznał, że powyższe zasady stosuje się *mutatis mutandis* także do firmy doradczej, której działalność gospodarcza i posiadane doświadczenie sprawiają, że nie może ona nie być świadoma antykonkurencyjnego charakteru podejmowanych działań, a jednocześnie umożliwiają jej istotne przyczynienie się do popełnienia naruszenia<sup>302</sup>.

Wracając do oceny zarzutu naruszenia zasady określoności czynów zabronionych i kar, Sąd przyznał, że są to zasady uznawane za ogólne zasady prawa europejskiego, także w przypadku prawa konkurencji, niemniej nie wykluczają one stopniowego uszczegóławiania przesłanek odpowiedzialności w drodze wykładni sądowej<sup>303</sup>. Sąd postawił tu jednak warunek rozsądnej przewidywalności określonej wykładni na etapie dokonania danego naruszenia. Przy ocenie przewidywalności należy, zdaniem Sądu, wziąć pod uwagę profesjonalny charakter adresata i wymogi staranności, których można od niego oczekiwać, a nadto ewentualną potrzebę zasięgnięcia porady prawnej<sup>304</sup>. W konsekwencji Sąd przyjął, iż AC-Treuhand mogła rozsądnie przewidzieć, że zakaz porozumień znajdzie zastosowanie także wobec niej z uwagi na wcześniejszą praktykę Komisji i TSUE przypisywania odpowiedzialności przedsiębiorcom, którzy wprowadzicie działają na innym rynku niż pozostali uczestnicy kartelu, ale przyczyniają się aktywnie i umyślnie do jego funkcjonowania<sup>305</sup>.

Rozpatrzywszy powyżej zarysowane kwestie teoretyczne, Sąd przeszedł do analizy pytania, czy w przypadku skarżącej istotnie spełnione były przesłanki ustalenia jej odpowiedzialności poprzez przypisanie jej zachowań pozostałych uczestników kartelu. Na początek SPI przypomniał, że dla przypisania przedsiębiorcy odpowiedzialności za całość naruszenia konieczne jest wykazanie, że przyczyniło się ono choćby w sposób podrzędny (ang. *in a subordinate manner*) do ograniczenia konkurencji, a nadto spełniona została przesłanka subiektywna<sup>306</sup>. Co interesujące, Sąd uznał za nieistotną kwestię dotyczącą bycia stroną poszczególnych umów zawieranych przez producentów nadtlenków organicznych i AC-Treuhand i przyjął bardziej abstrakcyjne rozumienie pojęcia „porozumienia”, odpowiedzialność spółki za naruszenie prawa konkurencji opierając na stwierdzeniu jej aktywnego przyczynienia się do implementacji kartelu<sup>307</sup>. Dalej Sąd wskazał, że istniał wystarczająco wyraźny i decydujący związek przyczynowy pomiędzy działaniami AC-Treuhand a ograniczeniem konkurencji na rynku nadtlenków organicznych<sup>308</sup>. W kontekście przesłanki subiektywnej Sąd zauważył z kolei, że spółka, działając w pełni świadomie i z zamysłem, udostępniła kartelowi swoje profesjonalne doświadczenie oraz infrastrukturę w tym celu, by odnosić przynajmniej pośrednie korzyści z istnienia kartelu<sup>309</sup>. Nadto, zdaniem SPI, spółka nie mogła nie wiedzieć lub w istocie wiedziała, że cele kartelu, do którego realizacji się przyczyniała, były bezprawne i antykonkurencyjne<sup>310</sup>. W konsekwencji Sąd przyjął, że przypisanie AC-Treuhand odpowiedzialności za jednolite i ciągłe naruszenie zakazu porozumień określonego w art. 101 ust. 1 TFUE było prawidłowe.

301 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 134.

302 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 136.

303 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 137-141.

304 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 142-143.

305 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 150.

306 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 151.

307 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 152, 155.

308 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 154.

309 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 156.

310 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 156.



Na marginesie Sąd wskazał jeszcze, że nie było potrzeby badania zarzutu dotyczącego zakwalifikowania AC-Treuhand jako związku przedsiębiorców, skoro analiza wykazała już prawidłowość działania KE w zakresie przypisania spółce odpowiedzialności antymonopolowej jako przedsiębiorcy<sup>311</sup>. Prawdopodobnie z uwagi na nieznaczną wysokość wymierzonej kary AC-Treuhand nie wniosła apelacji od powyżej omówionego wyroku SPI.

### 3.2.3.6. Podsumowanie sprawy

Charakteryzując sprawę AC-Treuhand I, należy wskazać, że jej przedmiotem było porozumienie o wysokim stopniu skomplikowania oraz zaawansowanych mechanizmach funkcjonowania, nastawionych na zapewnienie płynnej implementacji (m.in. procedura mediacji, kompensacji ewentualnych odstępstw) oraz dyskrecji. Nadto porozumienie obejmowało szeroki zakres rynków geograficznych, traktowanych odmiennie z uwagi na ich specyfikę. W kartelu uczestniczyła jednak stosunkowo niewielka liczba przedsiębiorców, na których rzecz AC-Treuhand świadczyła wszechstronne, profesjonalne usługi organizacyjne, logistyczne, audytorskie i inne. Dla samego kartelu najistotniejsze były jednak te działania spółki, które umożliwiały jego codzienne funkcjonowanie i trwanie, w szczególności zaś zapewnienie elementu obiektywizmu w audycie danych i nadzorze w realizacji porozumienia oraz wynikająca z tego stabilność.

Podsumowując tę precedensową sprawę, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, że ani Komisja, ani Sąd ani nawet strona nie posługiwały się na jej gruncie konsekwentnie określeniem „pomocnik” czy „pomocnictwo”. Wykorzystywane były natomiast różne określenia, takie jak: „współudział” (ang. *complicity*), „współsprawca” (ang. *co-perpetrator*) lub ewentualnie „koordynator kartelu” (ang. *coordinator of the collusion*) lub „księgowy kartelu”<sup>312</sup> (ang. *accountant of the cartel*). Te dwa ostatnie odnosiły się jednak bardziej do opisu stanu faktycznego niż prawnej kwalifikacji. O pomocnictwie Komisja wspomniała dopiero przy uzasadnieniu wysokości nakładanej kary, przywołując sprawę Italian Cast Glass<sup>313</sup>. Określenia „pomocnicy kartelu” (ang. *facilitators of cartel*) oraz „przedsiębiorstwa, które pomagają (...) w funkcjonowaniu kartelu” (ang. *companies that facilitate (...) the functioning of a cartel*) zostały natomiast użyte w oficjalnych komunikatach Komisji opublikowanych odpowiednio w dniu wydania decyzji Komisji<sup>314</sup> oraz wyroku SPI<sup>315</sup> w sprawie. Sama Komisja, jak i Sąd bardziej skłonne były do używania słowa „współsprawca” oraz „wspólnik” niż „pomocnik”. Taki niekonsekwentny sposób określania podmiotu odpowiedzialnego za kartel może sugerować brak zdecydowania po stronie organów co do kwalifikacji jego roli. Można też odnieść wrażenie, że przede wszystkim Komisja, wydając decyzję, nie miała jeszcze w pełni ukształtowanej koncepcji odpowiedzialności takich podmiotów jak AC-Treuhand.

311 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 158.

312 Decyzja Komisji w sprawie AC Treuhand I, nb. 404.

313 Decyzja Komisji w sprawie AC Treuhand I, nb. 454.

314 European Commission Press Release z dnia 10.12.2003 r., Commission fines members of organic peroxides cartel, IP/03/1700, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-03-1700\\_en.htm?locale=pl](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-1700_en.htm?locale=pl).

315 European Commission Press Release z dnia 8.07.2008 r., Antitrust: Commission welcomes Court of First Instance judgment in organic peroxide cartel case, MEMO/08/490, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-08-490\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-490_en.htm?locale=en).



Analizowana sprawa była pomimo to niezwykle doniosła dla rozwoju koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu. Po raz pierwszy Sąd miał bowiem okazję wypowiedzieć się szerzej na temat przestanek przypisania pomocnikowi udziału w antykonkurencyjnym porozumieniu. Z obszernego uzasadnienia wynika, że możliwość taka pojawia się, gdy zostanie wykazane przez Komisję, że przedsiębiorca zamierzał własnym działaniem przyczynić się do osiągnięcia wspólnego antykonkurencyjnego celu oraz że wiedział o planowanych bądź podejmowanych przez innych uczestników działaniach bądź mógł je racjonalnie przewidzieć i godził się na związane z tym ryzyko.

Ta koncepcja odpowiedzialności odwołuje się jednoznacznie do koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia. Zdaniem Komisji umowa o świadczenie usług zawarta pomiędzy szwajcarską spółką a uczestnikami porozumienia ograniczającego konkurencję stanowiła właśnie część takiego szerokiego porozumienia. Oznacza to, że Komisja dopatrzyła się spełnienia przesłanki porozumienia w umowie, która sama w sobie nie ograniczała konkurencji, a dopiero w powiązaniu z działaniami pozostałych uczestników już antykonkurencyjnego porozumienia stawała się częścią szerszego naruszenia. Komisja pokreśliła przy tym, że AC-Treuhand w pełni świadomie przyczyniła się własnymi działaniami do realizacji wspólnego z innymi uczestnikami antykonkurencyjnego celu i wiedziała o podejmowanych przez nich działaniach. Próżno szukać natomiast w decyzji głębszych rozważań nad kwestiami: sprawstwa, rozróżnienia roli sprawcy, współsprawcy bądź pomocnika. Należy także zauważyć, że Komisja dopiero na etapie sądowym przedstawiła paralelę nawiązującą do wcześniejszego orzecznictwa dotyczącego biernego udziału w kartelu. Na marginesie można zauważyć, że sugeruje to, że na etapie wydawania decyzji Komisja nie dysponowała jeszcze pełną, przemyślaną i dopracowaną koncepcją odpowiedzialności pomocnika kartelu.

Podsumowując wyrok SPI, trzeba z kolei wskazać najpierw na generalne jego spostrzeżenie, że postępowanie antymonopolowe ma naturę administracyjną. W konsekwencji zakres praw procesowych przysługujących uczestnikom postępowania, w tym zasady *nullum crimen sine lege*, jest węższy niż w przypadku postępowania o charakterze karnym. Sąd opowiedział się nadto za unitarną koncepcją sprawstwa na gruncie prawa konkurencji, czego konsekwencją jest możliwość uznania za sprawcę każdego, kto przyczynia się w określonych okolicznościach do naruszenia reguł konkurencji, bez rozróżniania specyficznej roli, jaką odgrywał. Dla Sądu nie było też istotne, czy AC-Treuhand była stroną umowy z producentami nadtlenu lub umowy o świadczenie usług - rozstrzygające było natomiast to, że aktywnie przyczyniła się do implementacji kartelu. Sąd nie zaakceptował też zarzutu, by dla zaistnienia naruszenia konkurencji konieczne było ograniczenie własnej autonomii działania przez danego przedsiębiorcę. W wyroku obszernie wyjaśniono także, że całkowicie możliwe jest naruszenie reguł konkurencji przez przedsiębiorcę, który nie działa na rynku, na którym realizuje się ograniczenie konkurencji. Analizując odpowiedzialność współnika kartelu, Sąd nawiązał do odpowiedzialności za tzw. bierny udział w porozumieniu i w zasadzie zrównał pozycję pomocnika/wspólnika z pozycją przedsiębiorcy, który uczestniczy w spotkaniu mającym za przedmiot antykonkurencyjne uzgodnienia, lecz nie dystansuje się od ich treści, czym zachęca pozostałych uczestników spotkania do dalszych antykonkurencyjnych działań. Według Sądu każdy sposób przyczynienia się do osiągnięcia wspólnego antykonkurencyjnego celu, czy to w formie działań podrzędnych, pomocniczych, czy właśnie bierna postawa wobec działań innych, może

prowadzić do współodpowiedzialności za naruszenie. Stworzenie takiej paraleli może jednak budzić zastrzeżenia z uwagi na okoliczność, że pomocnik miałby być pociągany do odpowiedzialności właśnie za swoje aktywne działania. Warte odnotowania jest nadto, że SPI uzasadnił swoje stanowisko w sprawie, wskazując także na potrzebę zapewnienia skuteczności prawa konkurencji oraz konieczność zapobiegania obchodzeniu przepisów przez przedsiębiorców poprzez wykorzystywanie podmiotów trzecich dla realizacji antykonkurencyjnych celów.

### 3.2.4. Sprawa Heat Stabilisers (AC-Treuhand II)<sup>316</sup>

#### 3.2.4.1. Stan faktyczny

Nie było zapewne zwykłym zbiegiem okoliczności, że drugi przypadek skierowania przez Komisję decyzji stwierdzającej naruszenie zakazu porozumień przez „pomocnika kartelu” dotyczył tego samego podmiotu - AC-Treuhand z siedzibą w Zurichu. Co zrozumiałe, struktura kartelu oraz jego wewnętrzne funkcjonowanie były w tym przypadku bardzo podobne do omówionego powyżej w sprawie AC-Treuhand I - implementację powierzono wszak tej samej firmie doradczej. Pokrywał się nadto częściowo skład uczestników - ponownie udział w zakazanym porozumieniu przypisany został spółkom z grupy Akzo Nobel. Z tego względu przy czytaniu uzasadnienia decyzji w sprawie AC-Treuhand II nie można nie ulec wrażeniu, że jego fragmenty zostały wiernie przejęte z pierwszej decyzji przeciwko tej samej spółce, także w zakresie opisu i oceny stanu faktycznego. Zasadnicza różnica polegała natomiast na obciążeniu AC-Treuhand znacznie surowszą karą za naruszenie prawa konkurencji niż w pierwszym przypadku.

Analizowana decyzja dotyczyła w istocie dwóch odrębnych porozumień, z których każde indywidualnie stanowiło jednolite i ciągłe naruszenie. Choć jeszcze w pisemnym zgłoszeniu zastrzeżeń (ang. *statement of objection*), które rozpoczyna postępowanie przeciwko określonym przedsiębiorcom, Komisja przyjmowała, że te dwa porozumienia stanowią jedność, to w odpowiedzi na uzasadnione zastrzeżenia stron Komisja ostatecznie stwierdziła, że były to podobne, ale tylko paralelne niezależne porozumienia<sup>317</sup>. Nie były one bowiem komplementarne i nie miały wspólnego celu. Jedno z nich dotyczyło stabilizatorów cynowych, drugie zaś ESBO/estrów. Celem obydwu porozumień było podniesienie cen ponad poziom konkurencyjny na obszarze EOG i utrzymanie ich na takim poziomie przy wykorzystaniu właściwej alokacji klientów, ustalonej wielkości sprzedaży oraz wymianie informacji sensytywnych, które pozwalały na monitorowanie przestrzegania uzgodnień<sup>318</sup>. W obydwu porozumieniach uczestniczyła AC-Treuhand, świadcząc odpłatnie szereg usług o charakterze m.in.: logistycznym, organizacyjnym, audytorskim i statystycznym.

Podstawowym elementem niedozwolonych porozumień były spotkania uczestników kartelu oraz poprzedzające je kolacje w Zurichu, który był postrzegany jako bezpieczny z uwagi na położenie poza jurysdykcją unijnych organów. AC-Treuhand organizowała te spotkania i aktywnie w nich uczestniczyła, także jako moderator, który

<sup>316</sup> Decyzja Komisji z dnia 11.11.2009 r. w sprawie COMP/38589 - Heat Stabilisers, dalej jako decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II.

<sup>317</sup> Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 395.

<sup>318</sup> Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 100.

skłaniał strony do kompromisów<sup>319</sup>. Spółka rezerwowała hotele i restauracje dla reprezentantów przedsiębiorców. Dla implementacji kartelu utworzony został system monitorowania wielkości i cen sprzedaży, administrowany przez AC-Treuhand: od uczestników zbierała ona dane o sprzedaży odpowiednio stabilizatorów cynowych oraz ESBO/estrów, dokonywała ich audytu i odzwierciedlające je statystyki przekazywała uczestnikom porozumienia, wraz z informacją o ewentualnych odstępstwach od ustalonych limitów sprzedaży. System ten pozwalał na stałą kontrolę przestrzegania porozumienia przez jego członków i w razie potrzeby wdrożenia mechanizmu kompensacji polegającego na redukcji dostaw do określonego klienta lub całkowitej rezygnacji z niego<sup>320</sup>. Dodatkowo przedsiębiorcy uzgodnili drobiazgowy mechanizm ustalania cen, którego szczegóły były omawiane podczas spotkań organizowanych przez AC-Treuhand<sup>321</sup>. Spółka podejmowała nadto działania mające na celu utrzymanie kartelu w tajemnicy, jak na przykład dostarczanie uczestnikom danych dotyczących antykonkurencyjnych działań wydrukowanych na kolorowym papierze, który utrudniał wyniesienie danego dokumentu w sposób niezauważony<sup>322</sup>. Wynoszenie tych dokumentów było nadto zakazane - po spotkaniach zbierano je i niszczone. Aby nadać spotkaniom legitymowanego charakteru, AC-Treuhand dostarczała dokumenty wydrukowane na standardowym papierze, które odzwierciedlały wyłącznie te punkty spotkania, które miały charakter prawnie dozwolony<sup>323</sup>. Informacje o danych rynkowych, w tym o odstępstwach od ustaleń, przedsiębiorcy mogli uzyskać nadto drogą telefoniczną<sup>324</sup>.

### 3.2.4.2. Uzasadnienie prawne decyzji Komisji

Jako że stan faktyczny analizowanej sprawy w dużej mierze korespondował z będącym przedmiotem oceny w sprawie AC-Treuhand I, omówionej powyżej, konkluzje Komisji nie stanowiły większego zaskoczenia - AC-Treuhand została uznana za bezpośrednio odpowiedzialną za udział w obydwu kartelach. Niemniej sposób sformułowania uzasadnienia prawnego przypisania odpowiedzialności „wspólnikowi kartelu” zawiera pewne nieoczekiwane elementy. Część prawną analizy Komisja rozpoczęła mianowicie od wskazania, że porozumienie w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE zachodzi, gdy przedsiębiorcy przestrzegają wspólnego planu, który ogranicza lub może ograniczyć ich indywidualne działania rynkowe poprzez wyznaczenie granic dla ich wzajemnych działań lub zaniechania działań na rynku<sup>325</sup>. Po takim wstępie można było oczekiwać przypisania większego znaczenia umiejscowieniu działań przedsiębiorców na określonym rynku oraz możliwości wpływania własnymi działaniami rynkowymi na stan konkurencji. Nadzieje te były jednak płonne. Decyzja Komisji całkowicie bowiem wpisała się w trend zapoczątkowany decyzją w sprawie AC-Treuhand I. Komisja wprost odwołała się też do wyroku SPI w tej sprawie, wskazując, że organizowanie spotkań lub świadczenie usług związanych z antykonkurencyjnym porozumieniem (jak monitorowanie przestrzegania ustaleń i badanie odstępstw od nich, co ułatwia

319 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 109.

320 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 115-119.

321 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 120, 124.

322 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 125-127.

323 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 128.

324 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 129.

325 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 331.

implementację kartelu) mogą pod pewnymi warunkami być zakazane<sup>326</sup>. Przywołany został nadto fragment uzasadnienia ww. wyroku, w którym Sąd przyjął, że wystarczające jest wykazanie, że dany przedsiębiorca uczestniczył w spotkaniu, na którym zawarte zostało antykonkurencyjne porozumienie, a nadto że zamierzał własnym działaniem przyczynić się do osiągnięcia wspólnego celu wraz z pozostałymi uczestnikami i że był świadomy planowanych lub podejmowanych przez nich istotnych działań dla osiągnięcia tego wspólnego celu lub mógł racjonalnie je przewidzieć i był gotów przyjąć to ryzyko<sup>327</sup>. Komisja wyjaśniła też z powołaniem na orzeczenie Trybunału w sprawie Anic Partecipazioni, że pojęcie „porozumienie” może odnosić się nie tylko do generalnego planu lub wyraźnie uzgodnionych warunków, ale także do ich implementacji przy użyciu tych samych narzędzi oraz w dążeniu do tego samego celu<sup>328</sup>.

Przenosząc ogólne rozważania na grunt analizowanej sprawy, Komisja wskazała, że zarówno w przypadku kartelu stabilizatorów cynowych, jak i ESBO/estrów AC-Treuhand była aktywnie zaangażowana i odgrywała centralną rolę, co przejawiało się w następujących działaniach<sup>329</sup>:

- a. organizacja spotkań oraz kolacji dla uczestników kartelu, podczas których dyskutowane były informacje następnie inkorporowane do materiałów na zasadnicze spotkania;
- b. przewodniczenie spotkaniom lub ich moderowanie, które wykraczały poza czynności zwykłego sekretariatu;
- c. przygotowywanie i dystrybucja dokumentów z oficjalną wersją protokołu spotkań, która odzwierciedlała wyłącznie zgodne z prawem punkty spotkania i służyła ukryciu antykonkurencyjnych celów spotkań;
- d. przygotowywanie, dystrybucja i ponowne zbieranie dokumentów (drukowanych na kolorowym papierze, co czyniło je łatwo dostrzegalnymi), a zawierających dane dotyczące udziału w rynku i stosowanych cen;
- e. monitorowanie i obliczanie odstępstw od uzgodnionych udziałów rynkowych, które były następnie komunikowane uczestnikom podczas spotkań, faksem lub pocztą;
- f. dysponowanie „władzą” (ang. *authority*) w stosunku do uczestników polegającą na możliwości żądania, by dopasowali oni swoje działania rynkowe do uzgodnień, np. poprzez przekazanie klienta w celu wyrównania poziomu kwot sprzedaży;
- g. spotkania organizowane przez AC-Treuhand stanowiły podstawę dla „krajowych spotkań”, których celem była implementacja kartelu;
- h. przeprowadzanie audytu zgodności danych raportowanych przez uczestników, którego wyniki stanowiły podstawę dla kompensacji odstępstw od ustaleń porozumienia;

326 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 341

327 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 341.

328 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 340.

329 Zob. Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 356, 358. Na marginesie warto zauważyć, że o ile w sprawie AC-Treuhand I lista jej działań zawarta została w części dotyczącej stanu faktycznego, to już w analizowanej tu decyzji działania te nazwane zostały przejawami jej aktywnego uczestnictwa w kartelu i zawarte zostały we fragmencie zawierającym subsumpcję pod art. 101 ust. 1 TFUE.

i. pełnienie funkcji moderatora podczas dyskusji i negocjacji (w sprawie ESBO/estrów) oraz w przypadku zaistnienia sporów między członkami kartelu, w tym zachęcanie ich do poszukiwania kompromisów (w sprawie stabilizatorów cynowych);

j. pobieranie wynagrodzenia za świadczone usługi.

Wskazane powyżej działania dowodziły, zdaniem Komisji, jednoznacznie, że AC-Treuhand aktywnie uczestniczyła w obydwu kartelach, mając dokładną wiedzę o ich antykonkurencyjnym charakterze i dysponując powierzonymi jej przez uczestników kartelu kompetencjami. Dla Komisji istotne było przy tym, że AC-Treuhand podejmowała działania mające na celu ukrycie kartelu, w tym udostępniała swoją siedzibę jako miejsce spotkań poza zakresem jurysdykcji unijnych organów. Aktywna rola przejawiała się także w zachęcaniu stron do poszukiwania kompromisowych rozwiązań. AC-Treuhand dla własnej korzyści świadczyła na rzecz uczestników kartelu usługi, udostępniała mu swoją infrastrukturę oraz profesjonalne doświadczenie. Takie działania, zdaniem Komisji, można określić wyłącznie jako aktywne uczestnictwo i zaangażowanie sprzyjające i ułatwiające (ang. *facilitating*) antykonkurencyjne porozumienie i jego implementację<sup>330</sup>. Znamienne jest przy tym, że Komisja stwierdziła w toku wyводу, że AC-Treuhand była „stroną naruszenia”<sup>331</sup> – brak jest natomiast w uzasadnieniu wskazania na porozumienie, w którym spółka miałaby uczestniczyć.

Konkludując, Komisja stwierdziła, że AC-Treuhand zamierzała własnym działaniem przyczynić się do osiągnięcia wspólnego celu wraz z pozostałymi uczestnikami kartelu i była świadoma planowanych lub podejmowanych przez nich istotnych działań dla osiągnięcia tego wspólnego celu lub mogła racjonalnie je przewidzieć i była gotowa przyjąć to ryzyko<sup>332</sup>. Z tego względu należało zdaniem Komisji uznać AC-Treuhand za sprawcę (ang. *perpetrator*) na gruncie art. 81 TWE. Istotnie przyczyniła się ona bowiem do realizacji wspólnego celu, a nadto nie mogła nie wiedzieć o antykonkurencyjnej naturze praktyki i była w stanie istotnie przyczynić się do popełnienia naruszeń<sup>333</sup>.

### 3.2.4.3. Kara pieniężna

W analizowanej sprawie Komisja nie była już tak łaskawa przy wymierzaniu kary pieniężnej jak w pierwszej sprawie przeciwko AC-Treuhand. W decyzji nałożono na spółkę dwie kary – jedną w wysokości 174 000 euro za udział w kartelu stabilizatorów cynowych oraz drugą tej samej wysokości za udział w kartelu na rynku ESBO/estrów. W uzasadnieniu powołano się na generalne zasady z Rozporządzenia 1/2003, orzecznictwo oraz pkt 37 Wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien<sup>334</sup>, który pozwala na odejście od określonych w nich generalnych reguł z uwagi na szczególne okoliczności danego przypadku lub konieczność osiągnięcia efektu odstraszającego. Zgodnie ze wspomnianymi Wytycznymi ustalenie wysokości grzywny rozpoczyna się od określenia kwoty podstawowej, uwzględniającej wartość sprzedaży dóbr lub usług

330 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 381

331 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 376.

332 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 382, 383.

333 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 383.

334 Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003, OJ C 210, 1.9.2006, p. 2-5, dalej zwane Wytycznymi w sprawie metody ustalania grzywien.



zrealizowanych przez przedsiębiorstwo, mających bezpośredni lub pośredni związek z naruszeniem, w danym sektorze geograficznym na terytorium EOG. Punktem odniesienia nie jest zatem całkowity obrót danego przedsiębiorcy, ale osiągnięty ze sprzedaży dóbr bądź usług, których dotyczyło naruszenie. Komisja natrafiła zatem zapewne na trudności w wyznaczeniu poziomu kary wobec AC-Treuhand, gdyż nie była ona w ogóle obecna ani na rynku stabilizatorów cynowych, ani ESBO/estrów. Można jedynie spekulować, że Komisja mogła odwołać się do kwot, które spółka uzyskała z tytułu świadczenia usług na rzecz kartelu, na co wskazuje m.in. taka sama kwota kary za obydwa porozumienia. Szczegóły wyliczenia zostały w decyzji zanonimizowane, zapewne z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd nie jest możliwe dokładne odtworzenie metodologii zastosowanej przez Komisję.

Zaskakujący jest jednak już sam fakt nałożenia kary w innej niż symboliczna wysokości. Te same argumenty, które przywołane zostały w decyzji Komisji w sprawie AC-Treuhand I dla uzasadnienia wymierzenia symbolicznej kary w wysokości 1000 euro przemawiałyby bowiem także w niniejszej sprawie. Komisja wskazała w tamtej sprawie, że przypisanie odpowiedzialności spółce doradczej wspierającej kartel jest pewną nowością (ang. *novelty*). W uzasadnieniu wskazano także, że od czasu wydania decyzji w sprawie Italian Cast Glass Komisja w podobnych przypadkach nie nakładała kar na pomocników kartelu. Analizowana tu sprawa dotyczyła natomiast naruszenia z okresu poprzedzającego wydanie pierwszej decyzji przeciwko AC-Treuhand, więc spółka nie miała możliwości zmiany swojego zachowania w reakcji na nałożenie pierwszej kary. Sankcje dla „wspólnika” kartelu pozostawały z jej perspektywy dalej pewną nowością. W przekonaniu jednak Komisji nałożenie przez nią kary symbolicznej nie tworzy po stronie przedsiębiorcy uzasadnionych oczekiwać odnośnie do karania podobnych naruszeń w przyszłości<sup>335</sup>.

#### 3.2.4.4. Wyrok Sądu<sup>336</sup>

AC-Treuhand wniosła skargę na decyzję Komisji do Sądu, żądając stwierdzenia jej nieważności, ewentualnie zaś obniżenia nałożonych na nią grzywien. Obok zarzutów naruszenia przepisów postępowania, których szczegółowa analiza nie jest niezbędna dla toku rozprawy, spółka zarzuciła Komisji naruszenie art. 101 TFUE oraz zasady określoności czynów zabronionych i kar. W uzasadnieniu skargi spółka wskazała, że zawarte przez nią porozumienie nie miało na celu zakłócenia konkurencji, lecz dostarczanie usług, co wyklucza je spod zastosowania ww. przepisu. Odpowiedzialność za antykonkurencyjne porozumienie nie mogło - zdaniem AC-Treuhand - dotyczyć przedsiębiorcy, który poprzestał na organizowaniu spotkań lub dostarczaniu usług w ramach antykonkurencyjnego porozumienia<sup>337</sup>. W konsekwencji zastosowanie art. 101 TFUE wobec AC-Treuhand stanowiło - zdaniem spółki - naruszenie zasady ustawowej określoności czynów zabronionych i kar wyrażoną w art. 7 ust. 1 EKPC oraz art. 49 KPP UE. Nadto spółka nie mogła w momencie zaistnienia zarzucanego naruszenia przewidzieć zastosowanej przez Komisję wykładni prawa<sup>338</sup>.

335 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 745.

336 Wyrok Sądu z dnia 6.02.2014 r. w sprawie T-27/10, AC-Treuhand II, dalej jako wyrok Sądu w sprawie AC-Treuhand II.

337 Wyrok Sądu w sprawie AC-Treuhand II, nb. 36-38.

338 Wyrok Sądu w sprawie AC-Treuhand II, nb. 39-40.



Pomimo kontrowersji Sąd nie poświęcił problemowi odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika obszernej analizy i w zasadzie zamknął wywód na wskazaniu, że zagadnienie to zostało już rozstrzygnięte przez SPI w wyroku w sprawie AC-Treuhand I w ten sposób, że zakres zastosowania art. 101 TFUE obejmuje także takie przedsiębiorstwa jak skarżąca<sup>339</sup>. Z powołaniem na to samo orzeczenie Sąd wskazał, że przedsiębiorca taki jak skarżąca mógł racjonalnie przewidzieć, że zakaz z art. 101 TFUE znajdzie zastosowanie wobec niego, w szczególności z uwagi na uprzednią praktykę decyzyjną Komisji i uprzednie orzecznictwo, które zawierały już wystarczająco jasną i precyzyjną podstawę do wyraźnego uznania odpowiedzialności przedsiębiorstwa doradczego za naruszenie zakazu porozumień, w przypadku gdy przyczyniało się ono aktywnie i umyślnie do funkcjonowania kartelu między przedsiębiorcami działającymi na innym rynku od tego, na którym ono samo działa<sup>340</sup>. Skarga AC-Treuhand została w całości oddalona.

### 3.2.4.5. Opinia rzecznika generalnego<sup>341</sup>

AC-Treuhand złożyła apelację od powyższego wyroku do Trybunału Sprawiedliwości UE, żądając uchylenia wyroku Sądu i stwierdzenia nieważności decyzji Komisji w zakresie, w jakim dotyczyła ona spółki, ewentualnie zaś obniżenia wysokości nałożonych na nią grzywien, a w razie nieuwzględnienia tych żądań - uchylenia wyroku Sądu i przekazania mu sprawy do ponownego rozpoznania. Zdaniem AC-Treuhand Sąd naruszył art. 101 TFUE i zasadę ustawowej określoności czynów zabronionych i kar poprzez przyjęcie, że zachowanie przedsiębiorstwa doradczego, które udziela wsparcia kartelowi, świadcząc na jego rzecz usługi, objęte jest zakresem zastosowania zakazu antykonkurencyjnych porozumień, oraz poprzez przyjęcie, że zastosowanie przez Komisję takiej wykładni było przewidywalne<sup>342</sup>. Uzasadniając zarzuty, skarżąca wskazała, że z brzmienia art. 101 TFUE wynika, iż zawarty w nim zakaz dotyczy wyłącznie stron porozumienia lub uzgodnionych praktyk, ale nie zachowań sprowadzających się tylko do pomocnictwa<sup>343</sup>. Porozumienie wymaga natomiast - jak dalej uzasadniała spółka - wyrażenia zgodnej woli przez co najmniej dwa podmioty określonego zachowania się na rynku. Z tego z kolei spółka wywodziła, że musi istnieć pewne powiązanie z rynkami, których dotyczy porozumienie, co w przypadku AC-Treuhand nie miało miejsca - jej aktywność odnosiła się tylko do świadczenia usług wspomagających kartel, co jednak nie było bezpośrednio związane z ograniczeniem konkurencji, nadto nie była ona aktywna ani na rynku dotkniętym ograniczeniem konkurencji, ani na rynku sąsiednim, ani też na rynku wyższego lub niższego szczebla<sup>344</sup>. AC-Treuhand podniosła nadto, że istotą kartelu jest ograniczenie własnej autonomii działania na rzecz koordynacji z innymi przedsiębiorcami, co także nie miało miejsca w jej przypadku<sup>345</sup>. Na koniec spółka zanegowała jeszcze dopuszczalność kierowania się względami celowości w dziedzinie polityki konkurencji jako uzasadnieniem dla

339 Wyrok Sądu w sprawie AC-Treuhand II, nb. 43.

340 Wyrok Sądu w sprawie AC-Treuhand II, nb. 44.

341 Opinia rzecznika generalnego N. Wahla przedstawiona w dniu 21.05.2015 r. w sprawie AC-Treuhand, C-194/14 P, dalej jako opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II.

342 Wyrok TSUE z dnia 22.10.2015 r. w sprawie C194/14 P, AC-Treuhand II, nb. 17, dalej jako Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II.

343 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 18.

344 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 20.

345 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 21.

zastosowanej przez organy ochrony konkurencji wykładni<sup>346</sup>. Z kolei Komisja podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko odnośnie do odpowiedzialności przedsiębiorstwa doradczego, podkreślając istnienie ryzyka przerzucania na takie podmioty trzecie realizacji funkcji kartelu oraz ograniczenia praktycznej skuteczności zakazu zawartego w art. 101 TFUE<sup>347</sup>.

Jako że referowana sprawa zawierała nowe zagadnienie prawne, nim zajął się nią Trybunał, została wydana opinia rzecznika generalnego - Nilsa Wahla. Opinia ta wywołała zapewne zaskoczenie wśród zainteresowanych stron. Przedstawiony w niej tok argumentacji był bowiem całkowicie odmienny od prezentowanego przez organy ochrony konkurencji we wcześniejszych sprawach dotyczących pomocników kartelu i prowadził do konkluzji, że wyrok Sądu winien zostać uchylony, a decyzja Komisji w zakresie, w jakim odnosiła się do AC-Treuhand, powinna zostać uznana za nieważną. Niezwykła waga oraz kunszt prawniczy tej opinii wymagają bliższego jej przeanalizowania.

Rzecznik generalny rozpoczął opinię od przypomnienia, że stwierdzenie ograniczenia konkurencji zakłada potwierdzenie na podstawie ekonomicznej analizy, że dany przedsiębiorca własnym działaniem częściowo lub całkowicie zaprzestał wywierania presji konkurencyjnej (której istnienie jest cechą charakterystyczną efektywnej konkurencji) na innych uczestników obrotu na określonym lub określonych rynkach ze szkodą dla efektywności rynkowej oraz interesu konsumentów. Działanie, które nie ogranicza konkurencji w opisany tu sposób, jakkolwiek byłoby moralnie karygodne, nie podpada - zdaniem rzecznika generalnego - pod zakaz antykonkurencyjnych porozumień w rozumieniu art. 101 TFUE<sup>348</sup>. Te dwa zdania antycypują dalsze rozważania i stanowią jasną deklarację ekonomicznego podejścia do prawa konkurencji.

Rzecznik generalny zidentyfikował na początek dwa zagadnienia wymagające analizy na gruncie przedłożonej mu sprawy. Po pierwsze - czy art. 101 TFUE ma zastosowanie do przedsiębiorcy, który nie jest obecny na rynku dotkniętym naruszeniem ani rynku powiązanym i który nie zawarł w sensie ścisłym na tych rynkach antykonkurencyjnego porozumienia ani nie uczestniczy na nich w uzgodnionej praktyce<sup>349</sup>? Po wtóre zaś, ale tylko na wypadek odpowiedzi pozytywnej na pierwsze pytanie, czy taka wykładnia przepisu była racjonalnie przewidywalna<sup>350</sup>?

Odpowiedź na pierwsze pytanie rzecznik generalny otworzył konstatacją, że twierdzenia Sądu przedstawione w uzasadnieniu wyroku (a w zasadzie argumentacja z wyroku w sprawie AC-Treuhand I, do której Sąd w analizowanej sprawie się odwołał), jakoby art. 101 TFUE zawierał tylko nieznaczne ograniczenia co do rodzaju zakazanych działań, które pod niego podpadają, ignorują zakres tego przepisu, a także cele, jakim ma on służyć<sup>351</sup>. Zdaniem rzecznika generalnego istotą ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 TFUE jest ograniczenie wywierania przez przedsiębiorcę presji konkurencyjnej (ang. *competitive constraint*). Celem regulacji jest bowiem zapewnienie, by efekty istnienia wolnej konkurencji nie zostały zakłócone działaniami, które dają korzyści lub przeszkadzają przedsiębiorcom, a które osta-

346 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 25

347 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 24-30.

348 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 1.

349 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 32.

350 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 33.

351 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 42.

tecnie szkodzą konsumentom<sup>352</sup>. Zakaz tego typu działań opiera się na założeniu, że są one szkodliwe dla właściwego funkcjonowania normalnej konkurencji<sup>353</sup>. Przypisanie przedsiębiorcy odpowiedzialności za naruszenie art. 101 TFUE wymaga zatem stwierdzenia uzgodnienia między przedsiębiorcami zaniechania wywierania przez nich presji konkurencyjnej<sup>354</sup>. Z tego względu - zdaniem rzecznika generalnego - aby określone zachowania podpadały pod zakaz z art. 101 TFUE, muszą być co najmniej w stanie usunąć istniejącą na rynku presję konkurencyjną lub barierę. Nie jest przy tym ważny wykorzystany przez przedsiębiorcę środek, ale okoliczność, czy skutkiem jego zastosowania będzie presja mogąca ograniczyć konkurencję<sup>355</sup>. Podsumowując tę część wyводу, rzecznik generalny wskazał, że aby być stroną antykonkurencyjnego porozumienia, dany przedsiębiorca musi być w stanie w warunkach normalnej konkurencji wywierać presję konkurencyjną na pozostałych uczestników zмовы<sup>356</sup>.

Następną kwestię, którą rzecznik generalny poddał analizie, było pytanie o rolę rynku relewantnego w analizie sprawy antymonopolowej. Rozpoczął on od wskazania, że jego wyznaczenie ma na celu stwierdzenie, jaka presja konkurencyjna jest wywierana na przedsiębiorców<sup>357</sup>. Prawo konkurencji nie wymaga wprawdzie, by uczestnicy kartelu byli obecni na rynku dotkniętym naruszeniem, ale wymaga jednak określenia, w jaki sposób cel lub skutek porozumienia oddziałuje na konkretny rynek<sup>358</sup>. Zdaniem rzecznika generalnego trzeba więc zadać nie tylko pytanie, czy uczestnicy kartelu mogą być aktywni na oddzielnych rynkach, ale także pytanie, czy są w stanie wywierać wzajemną presję konkurencyjną<sup>359</sup>. Choć - jak przyznał Nils Wahl - ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 TFUE może dotyczyć także stosunków z osobami trzecimi, to jednak konieczne jest wówczas, by taki podmiot trzeci był zdolny do przyjęcia lub wyrażenia zobowiązania o antykonkurencyjnej naturze<sup>360</sup>.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny analizowanej sprawy, rzecznik generalny wskazał, iż AC-Treuhand, świadcząc usługi jako firma doradcza, nie działała na rynku relewantnym ani powiązanym z dotkniętym kartelem, a nie przyjęła ani nie wyraziła też zobowiązań o antykonkurencyjnej naturze. Choć jej usługi były powiązane z realizacją kartelu, to odróżniały się one od działań jego członków z tego właśnie powodu, że nie wywierała ona presji konkurencyjnej na pozostałych członków, więc jej działania nie mogły ograniczyć konkurencji<sup>361</sup>. Rzecznik generalny podkreślił jeszcze, że nawet jeżeli działania AC-Treuhand miały pozytywny wpływ na funkcjonowanie kartelu, czyniąc go bardziej efektywnym i ukrywając jego istnienie, to wpływ na konkurencję miały wyłącznie działania uczestników<sup>362</sup>. Niezależnie od tego, jak szeroko wykładać by zakres art. 101 TFUE - jak ciągnął rzecznik generalny - nie będą pod niego podpadać porozumienia między uczestnikami antykonkurencyjnego porozumienia z podmiotem trzecim, którego działania wspierają antykonkurencyjne inicjatywy uczestników kartelu, ale których celem ani skutkiem nie jest ograniczenie

352 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 45.

353 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 46.

354 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 47.

355 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 50.

356 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 51.

357 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 52.

358 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 53.

359 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 54.

360 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 54.

361 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 66-68.

362 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 69.

konkurencji<sup>363</sup>. Rzecznik generalny skwitował to ostatecznie, stwierdzając, że sam zamiar ograniczenia konkurencji w braku faktycznej zdolności do takiego ograniczenia nie jest wystarczający<sup>364</sup>.

Choć powyższa analiza prowadziła już sama do wniosku, że zarówno Komisja, jak i Sąd błędnie podeszli do wykładni zakresu art. 101 TFUE, rzecznik generalny poświęcił jeszcze kilka słów alternatywnemu podejściu do kwestii odpowiedzialności przedsiębiorstwa doradczego, mianowicie kwalifikacji takiego podmiotu jako pomocnika (ang. *accomplice*), w przeciwieństwie do stosowanej przez organy i rozważanej powyżej odpowiedzialności bezpośredniej jako sprawcy bądź współsprawcy. W pierwszej kolejności rzecznik generalny wskazał, że *prima facie* działania AC-Treuhand wydają się odpowiadać rozumieniu pomocnictwa na gruncie przepisów prawa karnego wielu państw członkowskich. Jednocześnie jednak na gruncie prawa administracyjnego, do którego zalicza się prawo konkurencji, takie rozróżnienie nie jest spotykane<sup>365</sup>. Nieliczne przykłady zastosowania koncepcji pomocnictwa na gruncie prawa konkurencji – jak dalej wskazał rzecznik generalny – opierały się na krajowej szczególnej regulacji lub odwoływały do orzeczenia w sprawie AC-Treuhand I<sup>366</sup>. Konkludując, rzecznik Nils Wahl stwierdził, że na chwilę obecną brak jest w prawie konkurencji UE podstawy do pociągnięcia do odpowiedzialności pomocnika w takim rozumieniu za naruszenie zakazu z art. 101 TFUE i wprowadzenie adekwatnych zmian w tym zakresie pozostaje ewentualnie w rękach unijnego prawodawcy<sup>367</sup>.

#### 3.2.4.6. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości

Wydanie zreferowanej powyżej opinii rzecznika generalnego nie pozostało bez echa w europejskich kręgach akademickich, na nowo wywołując dyskusję nad zagadnieniem „pomocnictwa” dla kartelu. Nieliczne komentarze praktyków, choć generalnie aprobujące, pozostawały jednak sceptyczne odnośnie do linii argumentacji prezentowanej przez rzecznika generalnego<sup>368</sup>. Choć powszechnie uważa się, że opinie przedstawiane przez rzeczników generalnych co najmniej nadają kierunek rozstrzygnięciu TSUE, to w analizowanym przypadku, z uwagi na dokonaną przez Nilsa Wahla wolę w stosunku do wcześniejszej wykładni art. 101 TFUE, można było racjonalnie wątpić, by Trybunał faktycznie wyrzekł zgodnie z jego sugestią. Z tego względu wyrok TSUE oddalający apelację AC-Treuhand nie był wielkim zaskoczeniem.

Trybunał, potwierdzając słuszność argumentacji zastosowanej przez Sąd i Komisję, odwołał się w pierwszej kolejności do wykładni językowej, wskazując, że z brzmienia art. 101 TFUE nie wynika, by wyrażony w nim zakaz dotyczył tylko przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniach lub uzgodnionych praktykach, którzy prowadzą

363 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 70.

364 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 70.

365 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 79-82.

366 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 82.

367 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 83-84, 87.

368 A. Lamadrid, *Two important Opinions: AG Kokott on Post Danmark II (C-23/14) and AG Wahl on AC-Treuhand (C-194/14 P)*, *Chillin' Competition*, dostęp: <https://chillingcompetition.com/2015/05/21/two-important-opinions-ag-kokott-on-post-danmark-ii-c-2314-and-ag-wahl-on-ac-treuhand-c-19414-p/> oraz A. Lamadrid, S. Villiers, *ECJ Judgment in AC-Treuhand (C- 194/14 P) - On the scope of Art. 101 (1) TFEU*, dostęp: <https://chillingcompetition.com/2015/10/26/ecj-judgment-in-ac-treuhand-c-19414-p-on-the-scope-of-art-101-1-tfeu/>.

działalność na dotkniętym nimi rynkach<sup>369</sup>. Dalej TSUE wskazał, iż forma, w jakiej wyraża się zgodna wola stron, nie jest rozstrzygająca dla stwierdzenia zaistnienia porozumienia<sup>370</sup>. Trybunał przywołał następnie orzecznictwo, zgodnie z którym dopuszczalne jest przypisanie przedsiębiorcy odpowiedzialności za naruszenie składające się z porozumień i uzgodnionych praktyk, gdy przedsiębiorca ten zamierzał własnym działaniem przyczynić się do wspólnych celów realizowanych przez pozostałych uczestników oraz wiedział o planowanych lub realizowanych przez nich działaniach zmierzających do tego samego celu lub mógł je rozsądnie przewidzieć i był gotowy zaakceptować takie ryzyko<sup>371</sup>. Następnie TSUE przypomniał, że uczestnictwo w antykonkurencyjnym porozumieniu może przybrać także formę bierną, na przykład w sytuacji obecności danego przedsiębiorcy na spotkaniu, w trakcie którego zawierane jest porozumienie ograniczające konkurencję, bez wyraźnego zdystansowania się do takiego przedsięwzięcia lub zawiadomienia właściwych organów. Zdaniem TSUE takie zachowanie wskazuje na zмовę<sup>372</sup>, gdyż pozostali uczestnicy milczącą zgodę mogą odczytać jako zachętę do kontynuacji zachowania, a nadto takie działanie utrudnia wykrycie porozumienia<sup>373</sup>.

Odnosząc się do kwestii obecności na rynku oraz ograniczenia własnej autonomii działania, TSUE wskazał, że ani koncepcja porozumienia, ani uzgodnionych praktyk nie wymaga od uczestników wzajemnego ograniczenia swobody działania na tym samym rynku, na którym obecne są wszystkie strony<sup>374</sup>. Z kolei orzecznictwo - jak dalej wywodził Trybunał - nie daje podstaw do twierdzenia, iż art. 101 TFUE znajduje zastosowanie wyłącznie do przedsiębiorców działających na rynku dotkniętym ograniczeniem konkurencji bądź na rynkach wyższego lub niższego szczebla lub sąsiadujących ani też do przedsiębiorców, którzy ograniczają swoją autonomię zachowania na danym rynku<sup>375</sup>. Z powołaniem na utrwalone orzecznictwo Trybunał wskazał, że wspomniany artykuł odnosi się generalnie do wszystkich porozumień i uzgodnionych praktyk, które zakłócają konkurencję na rynku wspólnym, niezależnie od rynku, na którym działają strony, oraz okoliczności, że działalność tylko jednego z przedsiębiorców objęta jest treścią uzgodnień<sup>376</sup>. Trybunał podkreślił przy tym, że głównym celem art. 101 TFUE jest utrzymanie niezakłóconej konkurencji na rynku wspólnym, a pełna efektywność zakazu porozumień mogłaby zostać udaremniona<sup>377</sup>, gdyby podzielić argumentację AC-Treuhand w zakresie, w jakim podnosi potrzebę obecności przedsiębiorcy na określonym rynku, na którym ograniczenie konkurencji miałyby się zmaterializować<sup>378</sup>. Trybunał wskazał dalej, że AC-Treuhand pełniła kluczową funkcję w obydwu naruszeniach i aktywnie w nich uczestniczyła, a jej działania były bezpośrednio powiązane z wysiłkami uczestników kartelu. Nadto celem tych działań była realizacja antykonkurencyjnych celów kartelu<sup>379</sup>. Pomimo że umowy o świadczenie

369 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 27.

370 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 28.

371 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 30.

372 W polskim oficjalnym tłumaczeniu błędnie przetłumaczono ten fragment, wskazując, że zachowanie takie „sprowadza się do pomocnictwa”.

373 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 31.

374 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 32-33.

375 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 34.

376 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 35.

377 W oryginalnej wersji użyto określenia „*would be liable to negate the full effectiveness*”, co przetłumaczono na język polski niezupełnie trafnie jako „mogłoby zmniejszyć pełną skuteczność”.

378 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 36.

379 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 38.



usług przez AC-Treuhand były formalnie odrębne od umów zawartych pomiędzy producentami i pomimo faktu, że AC-Treuhand jest przedsiębiorstwem konsultacyjnym, nie można było - zdaniem Trybunału - przyjąć, by działania AC-Treuhand stanowiły li tylko poboczne usługi niepowiązane ze zobowiązaniami przyjętymi przez przedsiębiorców i z wynikającym z nich ograniczeniem konkurencji<sup>380</sup>.

Przechodząc do analizy zarzutu naruszenia zasady określoności czynów zabronionych i kar, Trybunał przypominał, że zasada ta jest spełniona, gdy zainteresowane podmioty są w stanie na podstawie przepisu i wykładni dokonanej przez sądy określić, jakie działania i zaniechania mogą pociągać za sobą odpowiedzialność karną<sup>381</sup>. Nie wyklucza to jednak - zdaniem Trybunału - stopniowego uszczegóławiania zasad odpowiedzialności w drodze wykładni sądowej, o ile rezultat tej wykładni był racjonalnie przewidywalny w chwili dokonania naruszenia<sup>382</sup>. Od przedsiębiorcy można natomiast wymagać, zdaniem Trybunału, szczególnej ostrożności, w tym zasięgnięcia porady prawnej w celu rozpoznania ewentualnych konsekwencji danych działań. W konsekwencji Trybunał uznał, że AC-Treuhand mogła racjonalnie przewidzieć, że jej działania zostaną uznane za naruszające reguły konkurencji UE. Zasada określoności ustawowej czynów zabronionych i kar nie została więc, zdaniem Trybunału, naruszona.

### 3.2.4.7. Podsumowanie sprawy

Z uzasadnienia decyzji Komisji w analizowanej sprawie można odczytać, że podstawowe znaczenie dla kwalifikacji działań AC-Treuhand jako naruszenia prawa konkurencji miały te usługi przez nią świadczone, które wykraczały poza proste czynności sekretariatu, a które dowodziły rzeczywistego, aktywnego zaangażowania w istnienie i funkcjonowanie kartelu. Komisja podkreślała w tym kontekście: dysponowanie przez AC-Treuhand pewnym zakresem kompetencji władczych, podejmowanie działań w celu ukrycia istnienia kartelu, czerpanie finansowych korzyści z jego trwania, a nadto udostępnienie kartelowi nie tylko profesjonalnego doświadczenia, ale także własnej infrastruktury. Dla Komisji nie bez znaczenia pozostawały dysponowanie przez AC-Treuhand pełną precyzyjną wiedzą o antykonkurencyjnych działaniach oraz profesjonalizm w rozpowszechnianiu między ich uczestników informacji w tym zakresie.

Nadto należy zauważyć, że wywód prawny zaprezentowany w przeanalizowanej powyżej decyzji KE był nader oszczędny w porównaniu do pierwszej decyzji skierowanej do AC-Treuhand. Co szczególnie istotne, Komisja nie określiła wyraźnie, gdzie upatrywała realizacji przesłanki porozumienia, wskazując jedynie na szereg działań AC-Treuhand, które miały wskazywać na zaangażowanie sprzyjające naruszeniu i ułatwiające je. Komisja odwołała się też wyraźnie do koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia i w uzasadnieniu podkreślała, że AC-Treuhand spełniła przesłanki przypisania odpowiedzialności za tego typu naruszenie, tj. zamierzała własnym działaniem przyczynić się do realizacji wspólnych antykonkurencyjnych celów, a nadto wiedziała o planowanych lub podejmowanych działaniach uczestników kartelu bądź mogła je racjonalnie przewidzieć i była gotowa na przyjęcie tego ryzyka. W efekcie, analizując uzasadnienie decyzji Komisji, można odnieść wrażenie, iż AC-Treuhand w tym przy-

380 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 39.

381 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 40.

382 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 41.



padku została przypisana odpowiedzialność nie tyle za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu, co za udzielenie wsparcia takiemu porozumieniu pomiędzy podmiotami trzecimi. Ewentualnie można też to postrzegać jako wyraz szerokiego i abstrakcyjnego rozumienia pojęcia porozumienia jako pewnej całości, funkcjonalnego tworzywa, w przeciwieństwie do formalnie pojmowanego porozumienia jako wyrazu zgodnej woli określonego zachowania się na rynku. Istotne jest tu nadto dostrzeżenie, że w zakresie przesłanki wiedzy o działaniach innych uczestników lub możliwości przewidzenia ich zachowania Komisja posłużyła się dość uproszczonym rozumowaniem, wskazując, że w świetle okoliczności sprawy adresat decyzji nie mógł zwyczajnie nie wiedzieć o antykonkurencyjnej naturze praktyki.

W decyzji KE dostrzegalne jest nadto odejście od narracji, zgodnie z którą rola AC-Treuhand była blisko niezbędna dla funkcjonowania i dalszego istnienia kartelu na rzecz prezentowania jej bardziej jako pomocnika, który ułatwia działania kartelu i koordynuje jego prace. Dalej jednak Komisja wskazywała na kluczową rolę pomocnika dla realizacji kartelu.

Trzeba jeszcze zauważyć, że Komisja nie próbowała tym razem zakwalifikować AC-Treuhand jako związku przedsiębiorców. Prawdopodobną przyczyną takiego stanu rzeczy była okoliczność, że analizowana tu decyzja wydana została ponad rok po oddaleniu przez SPI skargi o stwierdzenie nieważności pierwszej decyzji zaadresowanej do AC-Treuhand. Komisja, uzyskawszy w wyroku potwierdzenie swojej nowej metody przypisywania odpowiedzialności, najwyraźniej nie widziała już potrzeby dodatkowego zabezpieczania się na wypadek zakwestionowania w toku odwołania przyjętej wykładni.

Wyrok Sądu w analizowanej sprawie pozostawia wiele do życzenia - wywód prawny dotyczący odpowiedzialności „pomocnika” kartelu ograniczył się w nim bowiem do dwóch akapitów, z których jeden odsyłał do wcześniejszego orzeczenia w sprawie AC-Treuhand I, a drugi parafrazował to orzecznictwo<sup>383</sup>. Z kolei uzasadnienie zawarte w wyroku Trybunału pozostało w zgodzie z linią wykładni wyznaczoną przez wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nie wnosząc zasadniczo żadnego nowego spostrzeżenia. Warto jednak zauważyć, że przy wykładni art. 101 TFUE Trybunał odwołał się do nieprzekonującej argumentacji *a contrario*, wskazując, że z treści tego przepisu nie wynika, by jego zakresem zastosowania objęci byli tylko przedsiębiorcy, którzy prowadzą działalność na rynku dotkniętym daną antykonkurencyjną praktyką. Posłużenie się przez TSUE tak słabym argumentem na otwarcie rozważań można odczytywać jako wskazówkę, że brak jest rzeczywistej, silnej podstawy prawnej dla analizowanej koncepcji odpowiedzialności przedsiębiorcy. Wyrok TSUE w przedmiotowej sprawie jest jednak o tyle istotny, że po raz pierwszy potwierdzona została w nim prawidłowość przyjętej przez Komisję oraz Sąd koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu. Stworzony tak precedens będzie z dużym prawdopodobieństwem wykorzystywany w przyszłości przez organy ochrony konkurencji, nie tylko unijne, jako punkt odniesienia dla kolejnych spraw o podobnym charakterze. Istnienie rozstrzygnięcia TSUE, w dodatku tak jednoznacznie przesądzającego możliwość przypisania odpowiedzialności pomocnikowi, będzie także utrudniało ewentualne odejście w przyszłości od

383 Nie umknęło to uwadze komentatorów, którzy kąśliwie wyrok Sądu nazwali najkrótszym wyrokiem z zakresu prawa konkurencji w historii: zob. R. Busscher, M. Herz, H. Vedder, *The shortest competition judgement ever: AC-Treuhand II*, dostęp: <http://europeanlawblog.eu/2015/11/09/the-shortest-competition-judgment-ever-ac-treuhand-ii/>.

wypracowanej koncepcji lub jej złagodzenie bez uszczerbku dla spójności praktyki decyzyjnej organów ochrony konkurencji. Wyrok Trybunału może także wpłynąć na praktykę decyzyjną krajowych organów ochrony konkurencji, w szczególności w przypadku stosowania przez nie bezpośrednio przepisów Traktatu.

### 3.2.5. Sprawa Yen Interest Rate Derivatives (RP Martin)<sup>384</sup>

#### 3.2.5.1. Stan faktyczny

Kolejna sprawa, w której Komisja przypisała odpowiedzialność za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu „pomocnikom”, dotyczyła siedmiu niezależnych od siebie naruszeń art. 101 ust. 1 TFUE na rynku finansowym, dotyczących manipulowania przez banki stawką JPY LIBOR, a przez to instrumentami pochodnymi stopy procentowej jena japońskiego. W jednym z porozumień pomiędzy bankiem UBS a Deutsche Bank szczególną pomocniczą rolę odgrywał broker bankowy należący do grupy RP Martin (dalej jako RP Martin).

Wydana w tej sprawie decyzja jest interesująca z kilku powodów. Po pierwsze, była to pierwsza decyzja, w której konstrukcję odpowiedzialności „pomocnika” zastosowano do istotnie odmiennego stanu faktycznego niż w opisanych powyżej sprawach Italian Cast Glass i AC-Treuhand. Po drugie, została ona wydana w tzw. postępowaniu ugodowym, prowadzonym na podstawie Rozporządzenia Komisji (WE) nr 622/2008<sup>385</sup> oraz towarzyszącego mu obwieszczenia<sup>386</sup>. Decyzje wydawane w tym postępowaniu są zasadniczo mniej szczegółowo uzasadnione, a stwierdzenie naruszenia opiera się przynajmniej w części na potwierdzeniu okoliczności przez same strony postępowania, co utrudnia poznanie motywów, jakimi kierowała się Komisja. Po trzecie zaś, decyzja ta jest też ciekawa, gdyż postępowanie wszczęto także wobec jeszcze jednego przedsiębiorcy świadczącego usługi brokerskie (trzech spółek należących do grupy ICAP), któremu także zarzucono pomocnictwo w naruszeniu zakazu porozumień. Podmiot ten nie zdecydował się jednak na zawarcie ugody z Komisją i jego sprawa została wyłączona do odrębnego postępowania<sup>387</sup>. W konsekwencji takiego obrotu spraw w decyzji dotyczącej analizowanej tu sprawy obszerne fragmenty zostały zanonimizowane. Szczegóły dotyczące tego wątku przedstawię odrębnie w pkt. 3.2.6.

<sup>384</sup> Decyzja Komisji z dnia 4.12.2013 r., AT.39861 - Yen Interest Rate Derivates, dalej jako decyzja Komisji w sprawie RP Martin.

<sup>385</sup> Rozporządzenie Komisji (WE) nr 622/2008 z dnia 30 czerwca 2008 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 773/2004 w odniesieniu do prowadzenia postępowań ugodowych w sprawach kartelowych; zarys tego postępowania przedstawiony został w rozdziale II, pkt 2.2.8.

<sup>386</sup> Obwieszczenie Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w sprawach kartelowych, OJ C 167, 2.7.2008, p. 1-6, dalej zwane Obwieszczeniem w sprawie postępowań ugodowych.

<sup>387</sup> Taka sytuacja, określana jako postępowanie hybrydowe, nie jest niespotykana, gdyż przedsiębiorcy uczestniczą w postępowaniu ugodowym dobrowolnie i nie można ich do tego zmusić. Pociąga to jednak za sobą szereg kontrowersji dotyczących przestrzegania praw proceduralnych wobec przedsiębiorcy, który wbrew decyzji pozostałych uczestników porozumienia odmawia przyznania swojego w nim udziału. W takiej bowiem sytuacji ich twierdzenia odnośnie do stanu faktycznego sprawy oraz roli odgrywanej przez poszczególnych uczestników mogą negatywnie wpłynąć na ocenę przez Komisję działań wytłumającego się przedsiębiorcy. Istnieje zatem zagrożenie dla domniemania niewinności. Szczegółową analizę zagadnienia przedstawia U. Soltész, *Belohnung für geständige Kartellsünder - Erste Settlements im Europäischen Kartellrecht*, BB 36, 2010, str. 2123; warta odnotowania jest tu okoliczność, że w sprawie ICAP faktycznie podniesiony został zarzut naruszenia zasady domniemania niewinności z uwagi na wykorzystanie jako dowodu wyjaśnień banków. Rozpatrując skargę, Sąd stwierdził, że Komisja naruszyła zasadę domniemania niewinności, jednak nie stało się to podstawą stwierdzenia nieważności decyzji wobec ICAP.

Porozumienie, którego dotyczyła decyzja skierowana m.in. do RP Martin, miało za przedmiot manipulowanie stawkami JPY LIBOR, które stanowią ważny punkt referencyjny dla licznych instrumentów finansowych. Stawki te są określane przez British Bankers Association, tj. stowarzyszenie bankierów brytyjskich (dalej „BBA”), na podstawie przedkładanych im codziennie przez poszczególne banki informacji o szacowanej stopie oprocentowania, przy której mogłyby one pożyczyć określoną kwotę pieniędzy na rynku międzybankowych transakcji w Londynie<sup>388</sup>. Na podstawie tych informacji BBA oblicza średnią wysokość stawki JPY LIBOR i publikuje ją każdego dnia pracy. Stawki JPY LIBOR wpływają na ceny instrumentów pochodnych jena japońskiego, które są przedmiotem globalnego obrotu dla zarządzania ryzykiem stóp procentowych oraz dla celów spekulacyjnych.

Zarzucane przedsiębiorcom (bankom i brokerowi) antykonkurencyjne porozumienie dotyczyło nieuczciwego manipulowania wysokością stawek JPY LIBOR dla własnej korzyści. Pracownicy banków - uczestników karteli - dyskutowali mianowicie o stawkach JPY LIBOR, a następnie żądali od upoważnionych do tego osób, by w przekazywanych BBA informacjach wskazywali określoną stawkę lub kierunek jej zmiany<sup>389</sup>. Nadto przedsiębiorcy wymieniali się przy okazji sensytywnymi informacjami na temat m.in. przyszłych stawek JPY LIBOR<sup>390</sup>. RP Martin pełnił natomiast funkcję pomocnika. Na polecenie UBS kontaktował się z bankami nieuczestniczącymi w porozumieniu w celu wpłynięcia na wysokość stawek przez nich raportowanych do BBA. W tym samym celu przekazywał określonym bankom nieprawdziwe informacje o sytuacji na rynku transakcji międzybankowych w Londynie poprzez składanie fałszywych ofert pożyczki lub zapytań o możliwość jej uzyskania według stawki wskazanej przez UBS<sup>391</sup>. W efekcie banki pozostawały w fałszywym przekonaniu co do wysokości stawki JPY LIBOR, według której mogłyby pożyczyć pieniądze, co wpływało na informacje przekazywane przez nie do BBA. RP Martin otrzymywało za swoją pomoc prowizję od UBS. Co interesujące, drugi uczestniczący w tym porozumieniu bank - Deutsche Bank - nie był świadomy tego dodatkowego aspektu porozumienia, tj. wsparcia ze strony RP Martin<sup>392</sup>.

### 3.2.5.2. Uzasadnienie prawne decyzji Komisji

Z uwagi na procedurę, w jakiej wydano analizowaną tu decyzję, uzasadnienie przypisania pomocnikowi odpowiedzialności w sprawie nie jest obszerne. Komisja wskazała mianowicie, że wspieranie antykonkurencyjnych praktyk lub służenie jako pośrednik dla wymiany informacji (ang. *conduit for collusive communications*)<sup>393</sup> w ramach porozumienia może zgodnie z utrwalonym orzecznictwem być pod pewnymi warunkami zakazane. Możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności pojawia się, gdy współsprawca (ang. *co-perpetrator*) zamierza przyczynić się własnym działaniem do osiągnięcia z pozostałymi uczestnikami wspólnego antykonkurencyjnego celu i jest

388 Decyzja Komisji w sprawie RP Martin, nb. 6-7.

389 Decyzja Komisji w sprawie RP Martin, nb. 43.

390 Decyzja Komisji w sprawie RP Martin, nb. 43.

391 Decyzja Komisji w sprawie RP Martin, nb. 47.

392 Decyzja Komisji w sprawie RP Martin, nb. 47.

393 Na marginesie należy tu zauważyć, że porozumienie, w którym jeden przedsiębiorca, niebędący konkurentem pozostałych uczestników, pełni funkcję pośrednika przekazującego informacje pomiędzy konkurentami, należałoby zakwalifikować jako porozumienie typu *hub-and-spoke* (zob. szerzej poniżej pkt 3.3). Komisja nie poczyniła jednak tu żadnych dystynkcji i całość działań RP Martin potraktowała jako jedno naruszenie w formie pomocnictwa dla kartelu.

świadomy planowanych lub podejmowanych przez nich istotnych działań dla osiągnięcia tego wspólnego celu lub mógł racjonalnie je przewidzieć i był gotów przyjąć to ryzyko<sup>394</sup>.

Przenosząc to na grunt oceny działań RP Martin, Komisja stwierdziła jedynie lakonicznie, że przyczynił się on swoimi opisanymi powyżej działaniami do osiągnięcia antykonkurencyjnych celów<sup>395</sup>. Nadto działania brokera ułatwiły naruszenie prawa konkurencji, czym RP Martin przyczynił się do ograniczenia konkurencji<sup>396</sup>. W operacyjnej części decyzji (art. 1 ust. 4) wskazano, że dwa banki oraz RP Martin odpowiadają za naruszenie art. 101 TFUE poprzez udział w antykonkurencyjnym porozumieniu i/ lub uzgodnionej praktyce, której celem było ograniczenie/zakłócenie konkurencji na rynku instrumentów finansowych, przy czym RP Martin działał jako pomocnik (ang. *as facilitator*).

### 3.2.5.3. Kara pieniężna

Sposób wyliczenia kary wobec RP Martin w analizowanej sprawie ponownie przysporzył Komisji pewnych trudności. Uzasadniając jej wysokość, powtórzyła ona w zasadzie formułę zastosowaną w postępowaniu w sprawie AC-Treuhand II, tj. powołała się na generalne zasady Rozporządzenia 1/2003 oraz pkt 37 Wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien, który w szczególnie uzasadnionych przypadkach pozwala na odejście od zasad ustanowionych w tychże Wytycznych w celu zapewnienia efektu odstraszającego<sup>397</sup>. Komisja pokreśliła przy tym konieczność wzięcia pod uwagę roli pomocnika (ang. *facilitator*) przy ocenie natury uczestnictwa w antykonkurencyjnym porozumieniu. Warto też odnotować, że RP Martin złożyło w toku postępowania wnioszek obniżenie kary w ramach programu łagodzenia kar, który to wniosek został przez Komisję uwzględniony - kara została obniżona o 25% w stosunku do wcześniej wyliczonej<sup>398</sup>. Niezależnie od tego spółka uzyskała jeszcze redukcję o kolejne 10% na podstawie pkt. 32 i 33 Obwieszczenia w sprawie postępowań ugodowych z tytułu nagrody (ang. *reward*) za wyrażenie zgody na zakończenie sprawy w tym trybie<sup>399</sup>. Ostatecznie na spółkę nałożono karę w wysokości 247 000 euro. Choć uzasadnienie nie podaje szczegółów odnośnie do sposobu obliczenia kwoty kary, to zauważalne jest, że Komisja zachowała konsekwencję przy wyliczaniu kar dla „pomocników” kartelu, a nadto stosuje w przypadku pomocników te same reguły odnośnie do redukcji kary, co wobec tradycyjnie rozumianych uczestników antykonkurencyjnych porozumień. Wbrew pozorom nałożona w niniejszej sprawie kara nie była także szczególnie łagodna dla naruszcyciela. Jego uczestnictwo w porozumieniu w formie pomocnictwa zamknęło się wszak w ciągu 44 dni - od 29 czerwca do 10 sierpnia 2009 r.

### 3.2.5.4. Podsumowanie sprawy

Opisany w decyzji stan faktyczny i jego ocena z punktu widzenia prawa konkurencji mogą wywoływać początkowo pewne wątpliwości. Działania spółki trudno byłoby

394 Decyzja Komisji w sprawie RP Martin, nb. 69.

395 Decyzja Komisji w sprawie RP Martin, nb. 71.

396 Decyzja Komisji w sprawie RP Martin, nb. 78.

397 Decyzja Komisji w sprawie RP Martin, nb. 129.

398 Decyzja Komisji w sprawie RP Martin, nb. 162.

399 Decyzja Komisji w sprawie RP Martin, nb. 167-168.

bowiem uznać za równoważne z tymi, które odgrywały rozstrzygającą rolę w przypadku AC-Treuhand. Wydaje się, że rola RP Martin była instrumentalna, broker nie dysponował żadnym zakresem władzy i nie przejawiał - jak się zdaje - własnej inicjatywy przy implementacji kartelu. Zastrzeżenia może budzić też okoliczność, że PR Martin nie tyle pomagał kartelowi, co jednemu z jego uczestników, podczas gdy drugi nie miał nawet świadomości, że takie działania są podejmowane. Czynności podejmowane przez spółkę nie były też niezbędne dla istnienia lub choćby właściwego funkcjonowania kartelu, gdyż zamierzony efekt przez większą część trwania porozumienia był osiągany bez jej udziału. Ten trwał bowiem tylko nieznacznie ponad miesiąc. Choć, jako profesjonalista, RP Martin z pewnością zdawał sobie dobrze sprawę z charakteru podejmowanych przez niego działań, to jego udział trudno byłoby określić jako kluczowy. Z drugiej jednak strony wpływ działań RP Martin na stawki JPY LIBOR raportowane przez inne instytucje sprawiał, że antykonkurencyjny cel banków był realizowany silniej niż w przypadku, w którym banki samodzielnie próbowałyby manipulować tą stawką za pomocą fałszywych raportów. Pomoc PR Martin wzmacniała zatem antykonkurencyjny wpływ praktyki i zakres jej oddziaływania.

Choć Komisja nie przedstawiła w decyzji szerokiego uzasadnienia dla przypisania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu, to jednak uzasadnienie pozwala na kilka spostrzeżeń. Komisja skupiła się ponownie na działaniach stawiących wspieranie „cudzego” porozumienia. Dała tym wyraz przekonaniu, że na gruncie art. 101 TFUE może odpowiadać nie tylko przedsiębiorca będący stroną umowy, tj. uzgadniający z innym określone zachowanie rynkowe, ale także podmiot, który wspiera realizację takiego przedsięwzięcia innych przedsiębiorców. Przesłanka porozumienia była więc przez Komisję rozumiana szeroko. Należy więc stwierdzić, że w analizowanej sprawie Komisja potwierdziła swoją gotowość do przypisywania odpowiedzialności nie tyle za udział w porozumieniu co za wspieranie cudzego porozumienia.

Na marginesie można zapytać, dlaczego właściwie RP Martin zgodziło się na uczestnictwo w postępowaniu ugodowym. Potencjalnie przyczyną mogła być obawa przed surową karą - godząc się na udział w postępowaniu ugodowym, spółka mogła liczyć na znaczną jej redukcję na podstawie programu łagodzenia kar oraz z tytułu udziału w postępowaniu ugodowym. Z punktu widzenia praktyki można też spekulować, że spółka obawiała się roszczeń odszkodowawczych albo ujawnienia w toku postępowania i w decyzji na podstawie art. 7 Rozporządzenia 1/2003 takich informacji, które mogłyby zostać następnie wykorzystane przez organy regulacyjne odpowiedzialne za rynki finansowe. Zakończenie postępowania w trybie ugodowym ograniczyło natomiast treść decyzji do wskazanego powyżej minimum. Niemniej już po zakończeniu postępowania antymonopolowego spółka należąca do grupy RP Martin została ukarana przez brytyjski Financial Conduct Authority grzywną za naruszenie przepisów *Financial Services and Markets Act*<sup>400</sup>. Dwóch czołowych przedstawicieli kierownictwa Martin Brokers także zostało ukaranych grzywnami, a nadto nałożono na nich zakaz pełnienia funkcji decyzyjnych w branży usług finansowych<sup>401</sup>.

---

400 Financial Conduct Authority, Final Notice dla Martin Brokers z dnia 15.05.2014 r., dostęp: <https://www.fca.org.uk/publication/final-notices/martin-brokers-uk-ltd.pdf>.

401 Komunikat prasowy FCA z dnia 22.01.2015 r. pt. *Two former senior executives of Martin Brokers fined and banned for compliance failings related to LIBOR*, dostęp: <https://www.fca.org.uk/news/press-releases/two-former-senior-executives-martin-brokers-fined-and-banned-compliance-failings>.



### 3.2.6. Sprawa Yen Interest Rate Derivatives (ICAP)<sup>402</sup>

#### 3.2.6.1. Stan faktyczny

Analizowana tu sprawa pierwotnie stanowiła jeden z aspektów zarysowanej powyżej sprawy antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy bankami dotyczącego manipulacją stawkami JPY LIBOR, stąd też sprawy prowadzone były pod wspólną sygnaturą. O ile banki i jeden z „pomocników” kartelu - broker RP Martin - postanowiły wziąć udział w postępowaniu ugodowym i tak zakończyć sprawę, o tyle spółki należące do grupy ICAP (dalej jako ICAP) nie zdecydowały się na taki krok i postępowanie wobec nich toczyło się dalej na ogólnych zasadach.

ICAP prowadzi działalność jako *interdealer broker*, czyli pośrednik w transakcjach pomiędzy instytucjami finansowymi. Zarzucone zostało jej przez Komisję, że była pomocnikiem sześciu karteli zawiązanych przez banki, których celem było ograniczenie konkurencji na rynkach obrotu instrumentami finansowymi, dla których stawki JPY LIBOR, w jednym zaś przypadku stawki Euroyen TIBOR, stanowią istotny punkt referencyjny. Stawki te określane są przez odpowiednio British Bankers Association (dalej jako „BBA”) oraz Japanese Bankers Association na podstawie zgłoszeń (ang. *submission*) przekazywanych przez poszczególne banki (nazywane panelami), w których wskazują one szacowaną stopę oprocentowania, przy której mogłyby one pożyczyć określoną kwotę pieniędzy na rynku międzybankowych transakcji w Londynie (JPY LIBOR) lub szacunkowe przeważające na rynku stopy procentowe dla transakcji między bankami na rynku japońskim (Euroyen TIBOR).

W okresie objętym decyzją ICAP prowadziła działalność m.in. w zakresie pośredniczenia w zawieraniu transakcji bankowych dotyczących rynku jena japońskiego. Świadczona przez ICAP usługa polegała m.in. na przedstawieniu informacji oraz prognoz odnośnie do stawki JPY LIBOR. Zestawienie takich informacji, określane jako *Run Thru*, było wysyłane do będących klientami ICAP banków uczestniczących we wspomnianym powyżej systemie (paneli). *Run Thru* zawierał nie tylko informację o aktualnej przeważającej stawce pożyczki w jenach japońskich, ale także tabelę zawierającą sugerowane stawki JPY LIBOR na dany dzień. Informacje od ICAP były postrzegane jako precyzyjnie oddające sytuację na rynku. Miały więc wpływ na zgłoszenia paneli kierowane do BBA. Obok typowych usług brokerskich ICAP świadczyło jednak jeszcze szczególne usługi wobec niektórych klientów, polegające na podejmowaniu prób wpłynięcia na oficjalne stawki JPY LIBOR w kierunku pożądanym przez danego klienta za pomocą zmanipulowanych *Run Thru* oraz bezpośrednich kontaktów w panelach bankowych, które nie uczestniczyły w danym porozumieniu.

Pięć z zarzuconych ICAP sześciu naruszeń miało w zasadzie tożsamą charakterystykę oraz przebieg wydarzeń. Bank - uczestnik porozumienia - kontaktował się z ICAP za pośrednictwem czatu internetowego i podczas rozmowy o prognozach dotyczących przyszłych stawek JPY LIBOR informował brokera o stawkach, jakie będzie zgłaszać konkurencyjny bank. Nadto dany bank informował także ICAP, jakie stawki chciałby osiągnąć (wyższe lub niższe). Czasem dany bank wprost żądał utrzymania stawki na określonym poziomie lub wpłynięcia na kierunek jej zmiany. W niektórych przypadkach wyrażał nadto wobec ICAP wolę, by także inne banki działające jako panele

<sup>402</sup> Decyzja Komisji z dnia 4.02.2015 r. w sprawie AT.39861 - Yen Interest Rate Derivates, dalej jako Decyzja Komisji w sprawie ICAP.



zgłaszały stawki określonej wysokości. W odpowiedzi ICAP obiecywał podjęcie działań w celu wpłynięcia na zgłoszenia innych banków, czy to za pomocą zmanipulowanego *Run Thru* zawierającego fałszywe informacje, w szczególności co do sugerowanej stawki JPY LIBOR, czy też bezpośrednich kontaktów z członkami paneli. Co interesujące, we wszystkich pięciu porozumieniach o udziale ICAP wiedział wyłącznie jeden bank, który nawiązywał kontakt z brokerem, podczas gdy drugi nie miał świadomości, że realizacja ich wspólnych zamierzeń była wspierana przez podmiot trzeci.

W przypadku jednego porozumienia rola ICAP była odmienna i polegała na pośredniczeniu w komunikacji między uczestnikami porozumienia. Działając na żądanie jednego banku, ICAP zwróciło się do innego banku w celu przekonania go do obniżenia zgłaszanej stawki JPY LIBOR. Ów drugi bank zgodził się na taki krok, mając pełną świadomość, że przekazane mu informacje pochodzą w istocie nie od ICAP, ale od konkurenta rynkowego. Poinformował następnie ICAP o obniżeniu zgłoszonej stawki zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami. Komunikacja za pośrednictwem ICAP utrzymywała się, pozwalając bankom poznać wysokość przyszłych stawek JPY LIBOR drugiego uczestnika porozumienia. Obydwa banki miały przy tym świadomość, że przekazywane przez nie informacje trafiały do właściwego adresata - konkurenta<sup>403</sup>.

### 3.2.6.2. Ocena prawna

Spółki należące do grupy ICAP zostały zakwalifikowane przez Komisję jako pomocnik kartelu, tj. podmiot, który ułatwiał jego działanie, przyczyniając się własnymi działaniami do realizacji wspólnych antykonkurencyjnych celów wraz z pozostałymi uczestnikami, a który nadto dysponował wiedzą o planowanych bądź podejmowanych przez nich działaniach.

Ocenę prawną Komisja rozpoczęła od zdefiniowania, czym jest „porozumienie”, przypominając, że mamy z nim do czynienia, gdy strony stosują się do wspólnego planu, który ogranicza lub może ograniczać ich indywidualną działalność gospodarczą, określając zarys ich wzajemnych działań rynkowych lub powstrzymywania się od nich<sup>404</sup>. Z kolei za uzgodnione praktyki mogą być uznane działania stron, które wprowadzicie nie tworzą wspólnego planu określającego działania na rynku, ale świadomie ustanawiają lub stosują narzędzia, które ułatwiają koordynację ich rynkowych zachowań<sup>405</sup>. Zdaniem Komisji w przypadku karteli o złożonej strukturze termin „porozumienie” winien być odnoszony nie tylko do generalnego planu lub warunków uzgodnionych w sposób wyraźny, ale także do realizacji tego, co zostało uzgodnione w oparciu o ten sam mechanizm i w dążeniu do wspólnego celu, jak również do środków mających na celu ułatwienie implementacji uzgodnień cenowych<sup>406</sup>. W tym kontekście Komisja przywołała, po pierwsze, wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, wskazując, że pod pewnymi warunkami zakazane mogą być takie działania jak organizowanie spotkań i świadczenie usług powiązanych z antykonkurencyjnymi uzgodnieniami<sup>407</sup>.

403 To ostatnie porozumienie nosi znamiona porozumienia typu *hub-and-spoke* i zostanie w tym kontekście omówione także w pkt. 3.4. Należy dostrzec, że Komisja uznała opisane tu pośredniczenie w przekazywaniu informacji za pomocnictwo do kartelu.

404 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 182.

405 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 187 z powołaniem na wyrok SPI z dnia 17.12.1991 r. w sprawie T-7/89, Hercules Chemicals.

406 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 191.

407 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 192.

Dalej natomiast wskazano, z powołaniem na orzeczenie w sprawie Coats Holdings<sup>408</sup>, że ułatwienie kartelu jest wystarczające dla przypisania odpowiedzialności. Kończąc wstępne rozważania, Komisja wskazała, że istnieje utrwalona praktyka, zgodnie z którą można przypisać odpowiedzialność przedsiębiorcy działającemu jako współsprawca (ang. *co-perpetrator*) naruszenia, jeżeli zostanie wykazane, że zamierzał on własnym działaniem przyczynić się do osiągnięcia wspólnego z innymi przedsiębiorcami antykonkurencyjnego celu, pod warunkiem jednak że ów przedsiębiorca jest świadomy istotnych działań planowanych lub realizowanych przez pozostałych przedsiębiorców w dążeniu do tego wspólnego celu lub mógł je racjonalnie przewidzieć i godził się na związane z tym ryzyko<sup>409</sup>.

Przechodząc do bardziej szczegółowych rozważań, Komisja wskazała, że naruszenia będące przedmiotem decyzji stanowiły niezależne od siebie złożone porozumienia, których celem było pośrednie ustalanie cen poprzez manipulowanie stawkami JPY LIBOR, stanowiącymi punkt referencyjny dla licznych instrumentów finansowych<sup>410</sup>. Działania te stanowiły równocześnie ustalanie warunków handlowych wpływające na strukturę konkurencji, gdyż manipulacje stawkami JPY LIBOR wpływały na wartość instrumentów finansowych, którymi dysponują banki, oraz na ich strategię w odniesieniu do tego typu umów<sup>411</sup>. W efekcie naruszeń dochodziło do ograniczenia konkurencji pomiędzy uczestnikami kartelu - bankami - a nadto do zakłócenia konkurencji pomiędzy uczestnikami kartelu a bankami nieuczestniczącymi w niedozwolonym porozumieniu<sup>412</sup>. Ograniczenie konkurencji wynikało z wymiany informacji pomiędzy bankami, co usuwało stan niepewności na rynku, na którym zarządzanie ryzykiem jest głównym parametrem konkurencji<sup>413</sup>. Zakłócenie konkurencji z kolei wynikało z asymetrii informacji pomiędzy uczestnikami rynku: uczestnicy porozumienia wiedzieli zawczasu, na jakim orientacyjnie poziomie zostaną określone stawki JPY LIBOR oraz czy będą to stawki odzwierciedlające rzeczywisty stan na rynku, czy przeciwnie - zmanipulowane. Dawało to uczestnikom porozumienia możliwość zaoferowania swoim klientom lepszych warunków niż konkurencji<sup>414</sup>.

Wychodząc od powyższych rozważań, Komisja stwierdziła, że ICAP przyczyniła się własnym działaniem do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu, do którego dążyli pozostali uczestnicy każdego z porozumień<sup>415</sup>. Zdaniem Komisji ICAP wiedziała o istotnych działaniach planowanych przez banki w każdym z porozumień, a to manipulacji stawkami JPY LIBOR, bądź mogła to racjonalnie przewidzieć, i była gotowa przyjąć związane z tym ryzyko. Komisja podkreśliła przy tym okoliczność, że ICAP była profesjonalistą i musiała być świadoma konsekwencji swoich działań wspierających inicjatywę uczestników poszczególnych porozumień<sup>416</sup>. W odniesieniu do pięciu porozumień objętych decyzją Komisja stwierdziła, że działania ICAP istotnie przyczyniły się do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu, gdyż nie tylko je ułatwiały, ale nadto wzmacniały oddziały-

408 Wyrok Sądu z dnia 12.09.2007 r. w sprawie T-36/05, Coats Holdings; w sprawie tej przedsiębiorca, wiedząc o antykonkurencyjnych zamiarach dwóch innych przedsiębiorców, umożliwił zaistnienie kartelu poprzez sprzedaż spółki na rzecz jednego z nich, a transakcja ta warunkowała dojście do skutku kartelu.

409 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 194; warto odnotować, że ta utrwalona praktyka miała wynikać według KE z wyroku SPI w sprawie AC-Treuhand I oraz wyroku Sądu w sprawie AC-Treuhand II.

410 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 200.

411 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 200.

412 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 202.

413 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 203.

414 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 204.

415 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 206.

416 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 206.

wanie porozumienia. Wynikało to z faktu, że oddziaływanie działających samodzielnie banków na stawki JPY LIBOR byłoby ograniczone, podczas gdy działania ICAP powodowały lub mogły powodować, że inne banki czyniły zgłoszenia co do wysokości stawki odpowiadające požądanym przez uczestników porozumienia. Komisja podkreśliła przy tym, że pomocnicza rola ICAP była w tym zakresie szczególnie istotna, a działania ICAP można określić wyłącznie jako aktywny udział i zaangażowanie sprzyjające antykonkurencyjnym ustaleniom i ich implementacji lub ułatwiające je<sup>417</sup>.

W odniesieniu do jednego z porozumień, w którym ICAP spełniała funkcję pośrednika w wymianie informacji, Komisja stwierdziła, że ICAP pełniła niezbędną funkcję dla zawarcia porozumienia między uczestniczącymi dwoma bankami. Zdaniem Komisji nie można było wykluczyć, że bez udziału ICAP w ogóle nie doszłoby do antykonkurencyjnego porozumienia bądź w każdym razie nie w formie, w której się ono zrealizowało. Dalej Komisja wskazała, że ICAP, mając pełną świadomość celu oraz przedmiotu wymiany informacji, świadomie przyczyniła się do antykonkurencyjnego celu, do którego dążyli uczestnicy porozumienia, i odegrała kluczową rolę w jego osiągnięciu. Także tu Komisja podkreśliła, że działania ICAP można określić wyłącznie jako aktywny udział i zaangażowanie sprzyjające lub ułatwiające antykonkurencyjne ustalenia i ich implementację<sup>418</sup>.

W dalszej części uzasadnienia Komisja przywołała koncepcję jednolitego i ciągłego naruszenia, przypominając, że odmiennosć funkcji pełnionej w danym porozumieniu nie wyłącza odpowiedzialności za całość naruszenia, w tym działania podejmowane przez innych uczestników, które jednak zmierzają do wspólnego celu bądź efektu. Warunkiem przypisania takiej odpowiedzialności za cały okres uczestnictwa we wspólnym planie jest wykazanie, że dany uczestnik był świadomy bezprawnych działań pozostałych uczestników lub mógł je racjonalnie przewidzieć i godził się na związane z tym ryzyko<sup>419</sup>. W analizowanej sprawie według Komisji miało miejsce sześć niezależnych jednolitych i ciągłych naruszeń art. 101 TFUE, na które składały się różnego typu antykonkurencyjne działania banków, wspierane przez ICAP, które stanowiły w każdym z sześciu przypadków serię działań powiązanych wspólnym antykonkurencyjnym celem ograniczenia konkurencji na rynku instrumentów pochodnych stopy procentowej jena japońskiego<sup>420</sup>. Komisja stwierdziła przy tym, że ICAP wiedziała lub powinna była racjonalnie przewidzieć, że jej działania w ramach poszczególnych naruszeń zmierzające do manipulowania zgłoszeń stawek JYP Libor przez banki ułatwiały antykonkurencyjne praktyki banków uczestniczących w każdorazowym porozumieniu<sup>421</sup>. Zdaniem Komisji ICAP wiedziała nadto, że jej działania stanowią integralną część zмовы i zmierzają do wzmocnienia efektu manipulacyjnego działań uczestniczących w porozumieniu banków<sup>422</sup>. Komisja podkreśliła też, że ICAP miała świadomość bilateralnej natury wszystkich sześciu porozumień<sup>423</sup>.

Ostatecznie w art. 1 decyzji Komisja stwierdziła, że ICAP naruszyła zakaz z art. 101 TFUE poprzez udział jako pomocnik w porozumieniach/uzgodnionych praktykach, których celem było zapobieganie, ograniczenie i/lub zaktócenie konkurencji na rynku instrumentów pochodnych stopy procentowej jena japońskiego.

417 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 208.

418 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 207.

419 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 210-211.

420 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 213.

421 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 214.

422 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 215.

423 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 216.

### 3.2.6.3. Kara

Sprawa ICAP odróżnia się od wcześniejszych decyzji dotyczących pomocników kartelu wysokością nałożonej kary. Komisja przyjęła, że każde z porozumień, w których brała udział ICAP, było niezależnym naruszeniem art. 101 ust. 1 TFUE, i wyliczyła karę za każde z nich, łącznie sięgającą blisko 15 mln euro. Wyjaśnienia odnośnie do sposobu wyliczenia kary przedstawione w decyzji zostały sformułowane niestety w sposób niejednoznaczny w zakresie określenia sumy podstawowej kary. Jest to o tyle niekorzystna sytuacja, że właśnie ten element wyliczenia kary w stosunku do „pomocników” kartelu budzi największe kontrowersje - pomocnicy nie są bowiem obecni na rynku, którego dotyczy dane naruszenie, więc Komisja nie może - jak sama przyznaje<sup>424</sup> - odwołać się do wartości sprzedaży objętych kartelem usług lub towarów. Wspomniana niejasność wynika w głównej mierze z faktu, że Komisja posłużyła się niejasnym odwołaniem do decyzji w sprawie RP Martin, wskazując, że do wyliczenia sumy podstawowej zastosowała tę samą metodykę co w przypadku tego brokera, biorąc pod uwagę pewne odmienności sprawy<sup>425</sup>. Takie sformułowanie miało zapewne dowodzić, że nie została w analizowanej tu sprawie naruszona zasada równego traktowania. Komisja niestety nie wyjaśniła obszerniej, jak w końcu wyliczyła sumę podstawową kary. Jest to tym bardziej intrygujące, że Komisja wyraźnie wskazała z kolei, że nie opierała się przy tym na wynagrodzeniu, które ICAP otrzymywała od jednego z banków w zamian za swoje usługi brokerskie<sup>426</sup>. Pozostaje zatem niewyjaśnione, do jakich wartości się odwołała.

W oparciu o uzasadnienie decyzji można natomiast stwierdzić, że kara - tak jak w poprzednich sprawach dotyczących pomocników - została wyliczona w zgodzie z Rozporządzeniem 1/2003 i pkt 37 Wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien w taki sposób, że uwzględnia ona zarówno ciężar naruszenia, czas trwania porozumienia, charakter uczestnictwa ICAP jako pomocnik, jak i potrzebę zapewnienia efektu wystarczająco odstrasżającego<sup>427</sup>.

Na marginesie można zwrócić uwagę na okoliczność, że w kontekście wysokości kary ICAP wносиło o uwzględnienie faktu uprzedniego ukarania jej za te same działania przez amerykańskie i brytyjskie organy nadzoru rynku finansowego. Wymierzenie kary w pełnej wysokości stanowiłoby - w przekonaniu ICAP - przypadek tzw. *double jeopardy*. Komisja odrzuciła to twierdzenie, wskazując, iż kary nałożone przez wspomniane organy oraz przez nią zmierzają do całkowicie odmiennych celów<sup>428</sup>.

### 3.2.6.4. Wyrok Sądu<sup>429</sup>

ICAP wniosła skargę na decyzję Komisji<sup>430</sup>, żądając stwierdzenia jej nieważności, ewentualnie zaś uchylenia lub obniżenia kwoty nałożonej grzywny. Z podniesionych zarzutów dla niniejszej analizy relewantny jest przede wszystkim zarzut drugi, w którym ICAP kwestionuje poprawność stwierdzenia przez Komisję, że ułatwienie przez ICAP działań banków stanowiło naruszenie prawa konkurencji w rozumieniu art. 101

424 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 286-287.

425 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 289.

426 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 287.

427 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 287.

428 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 306, 312.

429 Wyrok Sądu z dnia 10.11.2017 r. w sprawie T-180/15, ICAP, dalej jako „wyrok Sądu w sprawie ICAP”.

430 Skarga wniesiona w dniu 14.04.2015r. - ICAP i in. vs. Komisja, T-180/15, OJ C z dnia 27.07.2015r. 245/37.

TFUE. W uzasadnieniu zarzutu ICAP podniosła, że przepis ten nie obejmuje działań współnika, który nie bierze udziału w porozumieniu ograniczającym lub zakłócającym konkurencję. Dalej ICAP wskazała, że w każdym razie kryterium zastosowane przez Komisję było błędne i obejmowało zbyt szeroki zakres działań, niepowiązany dostatecznie blisko z działaniem stanowiącym naruszenie. ICAP zwróciła nadto uwagę na okoliczność, że tylko jeden z banków wiedział o jej udziale w manipulacjach stawką JPY LIBOR, a samo naruszenie rozpoczęło się znacznie szybciej, niż ICAP podjęła swoje działania, więc nie przyczyniła się ona do naruszenia.

Przystępując do analizy zarzutu błędnego zastosowania wypracowanego w orzecznictwie „testu odpowiedzialności pomocnika kartelu”, Sąd przywołał obszernie fragmenty orzeczenia TSUE w sprawie AC-Treuhand II, całkowicie przejmując argumentację Trybunału w zakresie możliwości przypisania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi<sup>431</sup>. W szczególności Sąd przypomniał, że w brzmieniu art. 101 TFUE nic nie wskazuje, by miał mieć on zastosowanie wyłącznie do porozumień i uzgodnionych praktyk przedsiębiorców działających na rynku, którego dotyczą te naruszenia<sup>432</sup>. Powtórzone zostały nadto przesłanki przypisania odpowiedzialności pomocnikowi, tj. zamiar przyczynienia się do realizacji wspólnych antykonkurencyjnych celów z uczestnikami porozumienia oraz wiedza o planowanych lub realizowanych działaniach tych uczestników w dążeniu do wspólnych celów bądź możliwość ich racjonalnego przewidzenia oraz gotowość przyjęcia wynikającego z tego ryzyka<sup>433</sup>. Co istotne, odnosząc się do analizowanej sprawy, Sąd wskazał, że Komisja nie stwierdziła w niej istnienia porozumienia pomiędzy ICAP a poszczególnymi bankami, ale odpowiedzialność została przypisana przedsiębiorcy za udział w antykonkurencyjnym działaniu sklasyfikowanym jako „pomocnictwo” (ang. *facilitation*)<sup>434</sup>. Sąd przyjął więc, że dla możliwości przypisania ICAP odpowiedzialności w związku z porozumieniem pomiędzy bankami konieczne jest dokonanie oceny spełnienia ww. przesłanek wynikających z orzecznictwa<sup>435</sup>. Analizując materiał dowodowy, Sąd stwierdził, że Komisja w odniesieniu do jednego z porozumień objętych decyzją nie wykazała, że ICAP wiedział o istnieniu antykonkurencyjnej zмовы między bankami i w tym zakresie stwierdził nieważność decyzji. Dalej rozważone zostało, czy ICAP przyczyniła się do realizacji wspólnych antykonkurencyjnych celów. Skarżąca podnosiła, że jej działania nazbyt różniły się od działań uczestników porozumienia, by móc przyjąć, że dążyły one do realizacji wspólnego celu. Sąd nie zgodził się jednak z taką oceną i wskazał, że działania ICAP były komplementarne wobec działań banków. Podkreślił przy tym, że manipulacja stawkami JPY Libor nie byłaby tak silnie odczuwalna, gdyby opierała się wyłącznie na działaniach dwóch działających w zмовie banków. W ocenie Sądu ICAP odgrywała kluczową rolę w implementacji porozumienia<sup>436</sup>. Z kolei w odpowiedzi na zarzut ICAP, że brak było po jej stronie zamiaru przyczynienia się do wspólnego celu, Sąd wskazał, że skarżąca najwyraźniej pomyliła motywację, która faktycznie mogła odnosić się do realizacji żądania ze strony banku z wiedzą, że jej działania miały na celu ułatwienie manipulacji stawkami JPY Libor w kierunku

431 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 97-104.

432 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 97.

433 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 98.

434 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 105.

435 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 106.

436 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 171-172.



ku pożądanym przez banki uczestniczące w naruszeniu<sup>437</sup>. Sąd podkreślił też w tym kontekście znaczenie komplementarności działania ICAP wobec działań banków<sup>438</sup>.

W dalszej kolejności Sąd zajął się zarzutem mówiącym, że test pomocnika kartelu jest nazbyt szeroki, stanowi nowość i narusza zasadę określoności prawa. ICAP wyjaśniła przy tym, że jej działania różniły się znacznie od działań, które spowodowały odpowiedzialność antymonopolową na AC-Treuhand. W przypadku szwajcarskiej spółki jej działania miały umożliwić zaistnienie kartelu, podczas gdy w przypadku ICAP stanowiły jedynie wsparcie, bez którego do naruszenia i tak by doszło<sup>439</sup>. ICAP zasygnalizowała przy tym, że w jej przypadku wiedzę o jej udziale posiadał każdorazowo tylko jeden z banków uczestniczących z porozumieniem. W odniesieniu do tych argumentów Sąd potwierdził, że zasada określoności prawa wymaga, by przepisy prawa były jasne, precyzyjne i przewidywalne, szczególnie w sytuacji gdy ich zastosowanie wiąże się z negatywnymi konsekwencjami<sup>440</sup>. Dający wyraz tej zasadzie art. 49 ust. 1 KPP UE wymaga nadto, by jednostka była w stanie na podstawie brzmienia przepisu, w razie potrzeby przy wsparciu sądowej wykładni, określić, jakie działanie lub zaniechanie może spowodować na nią odpowiedzialność<sup>441</sup>. Nie wyklucza to jednak stopniowego wyjaśniania zasad odpowiedzialności przez sądy, o ile ich wykładnia była racjonalnie przewidywalna w chwili popełnienia czynu<sup>442</sup>. Sąd zaznaczył, że potrzeba odwołania się do pomocy prawnika nie wyklucza przyjęcia przewidywalności danej wykładni, a od podmiotów profesjonalnych można oczekiwać większej staranności przy ocenie ryzyka związanego z ich działalnością<sup>443</sup>. W konsekwencji zarzuty ICAP zostały oddalone.

Pomimo iż w odniesieniu do kwestii istotnych z punktu widzenia niniejszej rozprawy Sąd nie zakwestionował co do zasady działań Komisji, stwierdził jednak ostatecznie nieważność decyzji w znacznej jej części. Przyczyną były błędy Komisji w zakresie wykazania długości trwania naruszenia w odniesieniu do części zarzuconych ICAP naruszeń. Na marginesie warto zaznaczyć, że Sąd stwierdził także nieważność art. 2 decyzji, w którym nałożono na ICAP karę na podstawie art. 23 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003, stwierdziwszy, że uzasadnienie wybranej przez Komisję metody wyliczenia kary nie było wystarczające, by strona mogła ją zrozumieć, a Sąd zweryfikować jej poprawność<sup>444</sup>.

### 3.2.6.5. Podsumowanie sprawy

Omówiona powyżej sprawa jest w moim przekonaniu najdonioślejszą dotąd wypowiedzią Komisji odnośnie do odpowiedzialności pomocnika kartelu, istotniejszą nawet od precedensowej decyzji w sprawie AC-Treuhand I. Przedstawiona w niej argumentacja jest dojrzała i ma bardziej zgeneralizowany charakter niż przedstawiona we wcześniejszych decyzjach. Komisja tym razem z przekonaniem zastosowała tworzącą się wcześniej koncepcję odpowiedzialności pomocnika kartelu. O ile jeszcze w sprawie

437 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 181.

438 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 180.

439 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 188-189.

440 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 193.

441 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 194.

442 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 195.

443 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 196.

444 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 294.



AC-Treuhand I można było dopatrzeć się w decyzji Komisji niejakiej niepewności co do sposobu przypisania odpowiedzialności pomocnikowi kartelu, o tyle w sprawie ICAP Komisja zaprezentowała swoje stanowisko bez śladu wahania. Dowodzi tego sposób, w jaki argumentuje za koniecznością przypisania odpowiedzialności ICAP. Należy uniknąć tu pomyłki i dostrzec, że analizowana decyzja została wydana jeszcze przed potwierdzeniem przez Trybunał decyzji w sprawie AC-Treuhand II<sup>445</sup>, więc zdecydowane podejście Komisji nie może być łatwo wytłumaczone wskazaniem na istnienie potwierdzenia koncepcji odpowiedzialności pomocnika przez najwyższą instancję.

Z decyzji jasno też wynika, że aktywny udział i zaangażowanie sprzyjające lub ułatwiające naruszenie art. 101 TFUE może pociągać za sobą ryzyko odpowiedzialności antymonopolowej. Bez znaczenia pozostaje tu okoliczność, że pomocnik działa na innym rynku niż pozostali uczestnicy kartelu. W decyzji KE uwidoczniło się nadto ponownie, że KE odpowiedzialność wywodzi nie tyle z udziału w porozumieniu poprzez zawarcie umowy z uczestnikami kartelu, ale ze wspierania realizacji porozumienia pomiędzy nimi. Zdaniem Komisji istotne jest tylko, by swoim działaniem pomocnik zamierzał przyczynić się do osiągnięcia wspólnego z uczestnikami kartelu antykonkurencyjnego celu, a nadto był świadomy istotnych działań planowanych lub realizowanych przez pozostałych przedsiębiorców w dążeniu do tego wspólnego celu lub mógł je racjonalnie przewidzieć i godził się na związane z tym ryzyko.

Dalej należy dostrzec, że Komisja konsekwentnie posługuje się w analizowanej decyzji określeniami „pomocnik kartelu” (ang. *cartel facilitator*) i „ułatwianie kartelu” (ang. *cartel facilitation*). We wcześniejszych decyzjach i orzeczeniach pojawiało się natomiast wiele różnych określeń o podobnym znaczeniu (jak: koordynator kartelu, księgowy kartelu, współnik, współsprawca itp.), ale brak konsekwencji w ich użyciu sugerował brak zdecydowania po stronie organu co do właściwej kwalifikacji określonych działań przedsiębiorców. Także w normatywnej części decyzji wskazano, że ICAP naruszył art. 101 TFUE poprzez uczestniczenie jako pomocnik (ang. *as facilitator*) w porozumieniach będących przedmiotem postępowania, podczas gdy w obydwu decyzjach dotyczących AC-Treuhand taka klasyfikacja nie została tam ujęta.

Należy zwrócić jeszcze uwagę na okoliczność, że Komisja w analizowanej tu sprawie podkreślała aktywną rolę pomocnika kartelu, porzucając wcześniej pojawiającą się paralelę pomiędzy pomocnictwem a biernym udziałem w porozumieniu. Rozpatrując skargę na nieważność, Sąd powrócił jednak do tego wątku, co może wskazywać, że pozostaje on całkowicie w mocy.

Warto jeszcze odnotować, że Komisja także i w tej sprawie podkreślała w uzasadnieniu niezbędność oraz kluczowość roli pełnionej przez pomocnika dla kartelu. Nie jest jednak jasne, czy te fragmenty uzasadnienia należy traktować jako wyraz przypisywania istotnego znaczenia przesłance jakościowej, czy raczej próbę podkreślenia karygodnego charakteru działań podejmowanych przez adresata decyzji. Komisja nie ograniczyła bowiem *explicite* zakresu zastosowania koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu do przypadków istotnego przyczynienia się w jego zawarcie lub realizację.

---

445 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II został wydany dopiero w październiku 2016 r.

Odnosząc się z kolei do wyroku Sądu, należy stwierdzić, że znaczny wpływ na jego brzmienie miało wydane już po złożeniu skargi na nieważność decyzji orzeczenie TSUE w sprawie AC-Treuhand II. Sąd nie badał już w sposób pogłębiony zgodności koncepcji odpowiedzialności pomocnika z unijnym prawem konkurencji, ale, przywoławszy obszerny fragment wyroku TSUE w sprawie AC-Treuhand II, skupił się na analizie faktów i dowodów, weryfikując działania Komisji w zakresie wykazania zaistnienia przesłanek przypisania odpowiedzialności pomocnikowi kartelu. Sąd przedstawił przy tym, jak się zdaje, jeszcze dalej idące stanowisko niż dotychczasowe, wskazując, że skarżąca odpowiadała za pomocnictwo (ang. *facilitation*), a nie za udział w porozumieniu między przedsiębiorcami. We wcześniejszej praktyce decyzyjnej organów ochrony konkurencji podkreślano natomiast silniej stanowisko o szerokim rozumieniu pojęcia porozumienia, które pozwalało zakwalifikować jako takie już przyczynienie się, wsparcie w antykonkurencyjne działania innych. Sąd w sprawie ICAP zinterpretował nową koncepcję odpowiedzialności, jednak nieznacznie odmienne, zaznaczając *explicite*, że przedsiębiorca odpowiadał za inny rodzaj działania niż pozostali uczestnicy. Sąd w mniejszym też stopniu odwołał się do rozumienia pojęcia porozumienia, możliwości przypisania pomocnikowi odpowiedzialności za naruszenie, dopatrując się wyłącznie w spełnieniu wypracowanych w praktyce decyzyjnej i orzeczniczej przesłanek odpowiedzialności pomocnika kartelu.

Na koniec trzeba jeszcze wskazać, że uzasadnienie wyroku Sądu wskazuje niedwuznacznie, że ostateczne rozstrzygnięcie TSUE zapadłe w sprawie AC-Treuhand II przypieczętowało możliwość przypisania odpowiedzialności pomocnikowi za pomoc w cudzym porozumieniu. Sąd w sprawie ICAP całkowicie zgodził się z wywodami TSUE, obficie przywołując tezy z uzasadnienia tego wyroku i nie powołując nawet w tym kontekście innego orzecznictwa. Można się więc spodziewać, że także Komisja będzie teraz z pełnym przekonaniem stosować wypracowaną przez siebie koncepcję odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika kartelu.

### 3.2.7. Sprawa Marine Hose<sup>446</sup>

#### 3.2.7.1. Stan faktyczny

Ostatnia z analizowanych spraw w tym podrozdziale dotyczyła działającego na przestrzeni blisko 20 lat kartelu na rynku węży do zastosowań morskich, służących w szczególności do przepompowywania ropy naftowej oraz produktów naftowych z instalacji na statki i wyładunku do instalacji nabrzeżnych. Chronologicznie decyzja ta winna być przeanalizowana po decyzji w sprawie AC-Treuhand I, jednak pozostawiłam ją na koniec, gdyż sprawa nie zakończyła się przypisaniem odpowiedzialności koordynatorowi kartelu, pomimo że był on wprost tak nazwany w treści decyzji, a jego działania w dużej mierze przypominały funkcję pełnioną przez AC-Treuhand dla kartelu tlenków organicznych<sup>447</sup>. Wyjaśnienie tego - jak się okaże - tylko pozornego kroku wstecz w zakresie egzekwowania prawa konkurencji wymaga pełnego przeanalizowania stanu faktycznego sprawy oraz okoliczności towarzyszących.

<sup>446</sup> Decyzja Komisji z dnia 28.01.2009 r. w sprawie COMP/39406 - Marine Hose, dalej jako Decyzja Komisji w sprawie Marine Hose.

<sup>447</sup> Zob. powyżej pkt 3.2.3 oraz 3.2.4.

Sprawa węży do zastosowań morskich rozpoczęła się od wniosku o odstąpienie od nałożenia kary w procedurze *Leniency* złożonego przez jednego z przedsiębiorców uczestniczących w kartelu. Komisja, działając na podstawie tak zdobytych informacji, przeprowadziła szereg przeszukań u przedsiębiorców z branży, jak również w siedzibie spółki PW Consulting oraz prywatnym mieszkaniu właściciela tej spółki. W postępowaniu ujawniono, że co najmniej od 1986 roku członkowie kartelu realizowali zmwę przetargową, rozdzielając między siebie klientów, wymieniali między sobą sensytywne informacje, ustalali ceny, wielkość i warunki sprzedaży, a nadto dzielili między sobą rynki<sup>448</sup>. W przypadku rozpisania przetargu lub otrzymania zapytania ofertowego przez jednego z przedsiębiorców przekazywał on informację o tym koordynatorowi kartelu (spółce PW Consulting), który „przydzielał” następnie danego klienta „zwycięzcy” (ang. *champion*). Aby zagwarantować mu wygraną, uczestnicy tworzyli listę cen referencyjnych i uzgadniali wysokość składanych ofert w taki sposób, by oferta „zwycięzcy” była najkorzystniejsza. Uzgadniali także ze sobą, które rynki stanowią ich domenę (ang. *home markets*)<sup>449</sup>. Na wypadek gdyby system przydzielania nie doprowadził do wygranej wyznaczonego przedsiębiorcy, uzgodniono nadto system rekompensaty wynikłych z tego strat, a nadto szereg innych mechanizmów wspomagających istnienie kartelu, w tym system kodów, który służył ukryciu śladów istnienia porozumienia<sup>450</sup>. Podstawowe zasady funkcjonowania kartelu zostały zawarte w dokumencie pn. *Memorandum*, który był przechowywany u koordynatora kartelu<sup>451</sup>. Koordynacja wszystkich działań kartelu od 2001 roku była powierzona wyłącznie PW Consulting, natomiast we wcześniejszych okrasach rolę tę dzieliły z PW Consulting także inne podmioty<sup>452</sup>. Koordynator był nie tylko pośrednikiem w przekazywaniu informacji<sup>453</sup>, ale nadto przygotowywał dla uczestników raporty o udziałach w rynku, zmianach na rynku, a nadto instruował uczestników odnośnie do ukształtowania ich ofert składanych w przetargach. To także koordynator, zdaniem Komisji, wybierał „zwycięzcę”, któremu przyznawany był dany projekt<sup>454</sup>.

### 3.2.7.2. Ocena prawna

Powyżej zarysowany stan faktyczny mógłby być książkowym przykładem zastosowania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika kartelu. Przedsiębiorca działający na zupełnie innym rynku niż dotknięty naruszeniem w pełni świadomie przyczyniał się jednak bezpośrednio i aktywnie do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu, tj. ograniczenia konkurencji na rynku węży do zastosowań morskich. Jego działania wykraczały przy tym poza rolę zwykłego sekretariatu - dysponował m.in. kompetencją do przydzielania klienta określonemu przedsiębiorcy. Bez wkładu PW Consulting kartel nie mógłby funkcjonować lub co najmniej byłoby to znacznie utrudnione. Co zatem skłoniło Komisję do odstąpienia od zastosowania wcześniej wypracowanej metodyki przypisywania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikom kartelu? Część komentatorów przyczyny poszukiwała w okoliczności, że ten sam kartel był przedmiotem postępowania karnego prowadzonego przez brytyjski Competition and

448 Decyzja Komisji w sprawie Marine Hose, nb. 70-71.

449 Decyzja Komisji w sprawie Marine Hose, nb. 90, 104.

450 Decyzja Komisji w sprawie Marine Hose, nb. 72, 109, 112.

451 Decyzja Komisji w sprawie Marine Hose, nb. 74.

452 Decyzja Komisji w sprawie Marine Hose, nb. 99.

453 Decyzja Komisji w sprawie Marine Hose, nb. 108.

454 Decyzja Komisji w sprawie Marine Hose, nb. 100.

Markets Authority, a Komisja mogła się obawiać zarzutu naruszenia zasady *ne bis in idem*<sup>455</sup>. Właściciel PW Consulting, Peter Whittle, został bowiem skazany w czerwcu 2008 r. przez Southwark Crown Court na trzy lata pozbawienia wolności (następnie zmniejszone w apelacji do 2,5 roku) oraz pozbawienie prawa pełnienia funkcji dyrektorskich na siedem lat<sup>456</sup>. Trudno jednak dalej pojąć, dlaczego w tym przypadku nie przeważała tak często przywoływana przez unijne organy ochrony konkurencji potrzeba zapewnienia pełnej skuteczności prawa konkurencji. Wyrok w krajowym postępowaniu karnym był przecież skierowany do osoby fizycznej, a nie przedsiębiorcy, więc nie zachodziłaby tożsamość podmiotowa. Jak się zdaje, inny jest też przedmiot ochrony krajowego i unijnego prawa konkurencji<sup>457</sup>. Pozostawienie PW Consulting poza zakresem adresatów decyzji w analizowanej tu sprawie mogłoby być ewentualnie związane z faktem, że kartel, będący przedmiotem postępowania, miał charakter globalny i czynności dochodzeniowe prowadzone były także przez United States Department of Justice<sup>458</sup>. Nie można zatem wykluczyć, że Komisja chciała uniknąć sporu kompetencyjnego bądź też uszanowała warunki *plea bargaining*, w którym oskarżeni przyznali się do winy i wyrazili zgodę na zastosowanie wobec nich kary więzienia.

### 3.2.7.3. Podsumowanie sprawy

Analizowana tu sprawa może być odczytywana albo jako krok wstecz, albo jako znaczna niespójność w kształtowaniu polityki ochrony konkurencji na poziomie unijnym. Umieszczenie w czasie – po wydaniu wyroku w sprawie AC-Treuhand I, ale przed wydaniem decyzji Komisji w sprawie AC-Treuhand II – wskazuje, że intencją Komisji nie było tu jednak odejście od właśnie potwierdzonej przed SPI koncepcji odpowiedzialności koordynatora kartelu. Choć motywacja Komisji pozostaje niejasna, trzeba przyjąć, że odstąpienie od przypisania odpowiedzialności antymonopolowej PW Consulting było spowodowane szczególną specyfiką sprawy, jej globalnym charakterem oraz powiązaniem z nią postępowaniem karnym w USA i Wielkiej Brytanii. Przypuszczalnie, gdyby sprawa węży do zastosowań morskich pozostawała czysto unijnym przypadkiem kartelu, Komisja śmiało ponownie odwołałaby się do koncepcji odpowiedzialności pomocników kartelu oraz jednolitego i ciągłego naruszenia.

### 3.2.8. Podsumowanie stanowiska organów wobec pomocników kartelu

Przypisywanie odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikom kartelu stało się obecnie utrwaloną praktyką. Pomimo że wypracowana została ona na gruncie zaledwie kilku przypadków naruszenia zakazu antykonkurencyjnych porozumień, możemy

455 M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, str. 114-115 i wskazane tam piśmiennictwo; zob. także B. Hartnett, W. Sparks, *The service provider as cartel facilitator: assessing „third party” liability under Article 101 TFEU*, Symposium: A-typical cartels, Competition Law and Policy Debate, vol. 1, issue 2, may 2015, str. 58, dostęp: <https://www.squirepattonboggs.com/-/media/files/insights/publications/2015/05/the-service-provider-as-cartel-facilitator/article-hartnett-sparks.pdf>.

456 Podsumowanie wyroku można znaleźć na oficjalnej stronie rządu brytyjskiego. Dostęp: <https://www.gov.uk/cma-cases/marine-hose-criminal-cartel-investigation>.

457 Zagadnienie to jest obecnie przedmiotem pytania prejudycjalnego skierowanego przez Sąd Najwyższy do TSUE (sygn. III SK 39/16) – zob. M. Bernatt, *Zasada ne bis in idem w prawie konkurencji. Postanowienie Sądu Najwyższego z 26 września 2017 r., III SK 39/16*, IKAR 2017, 8 (6), str. 125, dostęp: <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/47/125.pdf>.

458 Opis wydarzeń, które doprowadziły do aresztowania i późniejszego skazania osób powiązanych z przedsiębiorcami uczestniczącymi w kartelu, przedstawia M. Król Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, str. 22-23.

się spodziewać, że kary dla pomocników staną się stałym elementem egzekwowania prawa konkurencji na poziomie unijnym. Podsumowując powyższe badania, warto prześledzić rozwój analizowanej koncepcji. Poniżej zaakcentowane zostaną nadto najistotniejsze spostrzeżenia z analizy materiału badawczego.

W decyzji Komisji w sprawie AC-Treuhand I, którą należy traktować jako precedensową, można było wyraźnie dostrzec pewną dozę niepewności w formułowaniu przez Komisję argumentacji za możliwością przypisania odpowiedzialności za udział w kartelu pomocnikowi. Ujawniało się to w całkowicie nieintuicyjnej próbie zakwalifikowania adresata decyzji jako związku przedsiębiorców oraz niekonsekwentnie stosowanej nomenklaturze w odniesieniu do AC-Treuhand - słowo „pomocnik” padło w decyzji wyłącznie w kontekście decyzji w sprawie Italian Cast Glass. Decyzja KE dała jednak początek konsekwentnej linii postępowania organów ochrony konkurencji. Zgodnie z jej założeniem pomocnik kartelu, który swoim działaniem przyczynia się do osiągnięcia wspólnego, antykonkurencyjnego celu, może ponosić odpowiedzialność antymonopolową, jeżeli wiedział o bezprawnych działaniach pozostałych uczestników porozumienia lub też mógł racjonalnie je przewidzieć, a był gotów przyjąć związane z tym ryzyko. Trzeba odnotować, że KE - jak się zdaje - próbowała jeszcze w tej sprawie zidentyfikować „porozumienie”, w którym bezpośrednio uczestniczyłby pomocnik, wskazując na umowę o świadczenie usług na rzecz kartelu i łącząc je w całość z działaniami uczestników niedozwolonego porozumienia za pomocą koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia. W późniejszych sprawach organy, choć wciąż odwołując się do przesłanek ww. koncepcji, traktowały działanie pomocnika już bardziej jako wsparcie „cudzego” porozumienia, sprzyjające lub ułatwiające innym realizację antykonkurencyjnych planów.

W toku postępowania odwoławczego przed SPI Komisja przedstawiła głębszą analizę zagadnienia odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika. Po pierwsze, wprowadziła do dyskursu paralelę pomiędzy odpowiedzialnością pomocnika a biernym udziałem w porozumieniu. Po drugie, wyraźnie odrzuciła argumentację skarżącej, że do przypisania odpowiedzialności niezbędne są: obecność na rynku dotkniętym naruszeniem, istnienie między uczestnikami stosunku konkurencji, a także ograniczenie własnej autonomii działania. Zdaniem Komisji kwestie te są irrelewantne w świetle celu art. 101 TFUE, którym jest zapewnienie, by konkurencja na rynku wewnętrznym nie była zakłócana. Uzasadnianie nowej wykładni prawa konkurencji z powołaniem na cel oraz pełną skuteczność prawa konkurencji, jakkolwiek kontrowersyjne, powtarzane było w dalszych rozstrzygnięciach.

Wyrok SPI potwierdził trafność argumentacji Komisji. Najistotniejszym spostrzeżeniem z uzasadnienia było wskazanie, że forma przyczynienia się do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu jest w zasadzie nieistotna - może być pomocnicza, bierna, podrzędna, a przedsiębiorca ją pełniący dalej będzie odpowiadał za całość naruszenia, niezależnie też od tego, czy jest obecny na danym rynku. SPI, odmieniając niż Komisja, przyjął jednak, że nie było zupełnie istotne, czy AC-Treuhand była stroną jakiegokolwiek umowy z uczestnikami kartelu - rozstrzygające było aktywne przyczynienie się do implementacji kartelu. Opowiedział się tym samym za bardziej abstrakcyjnym a mniej formalnym rozumieniem przesłanki porozumienia. SPI wyjaśnił nadto, że wymóg ograniczenia własnej autonomii działania na rynku nie byłby do pogodzenia z potrzebą zapewnienia pełnej skuteczności prawu konkurencji. Nowym elementem w dyskusji było z kolei rozważenie przez SPI istnienia związku przycy-



nowo-skutkowego pomiędzy działaniem pomocnika a ograniczeniem konkurencji. W późniejszych rozstrzygnięciach nie stał się on jednak nową przesłanką przypisania odpowiedzialności pomocnikowi kartelu.

Uzasadniając decyzję w sprawie AC-Treuhand II, Komisja obficie czerpała z decyzji precedensowej. W uzasadnieniu uwidoczniła się jednak większa pewność organu w zakresie jego stanowiska - porzucono w szczególności argumentację o kwalifikacji jako związku przedsiębiorców. Z mniejszym naciskiem podkreślana była nadto niezbędność działań AC-Treuhand dla zaistnienia i funkcjonowania kartelu. Dalej jednak Komisja wskazywała na kluczową rolę spółki i jej wkład w osiągnięcie wspólnego, antykonkurencyjnego celu. Powtórzona została też argumentacja odwołująca się do odpowiedzialności biernego uczestnika spotkania oraz koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia. Dla Komisji istotne były aktywny udział pomocnika i zaangażowanie sprzyjające naruszeniu i ułatwiające je. Odmienne niż w sprawie AC-Treuhand I Komisja zdawała się dopatrywać podstawy faktycznej odpowiedzialności pomocnika we wspieraniu „cudzego” porozumienia.

Wyrok Sądu, z uwagi na jego lakoniczny charakter, nie wniósł nic nowego do tematu odpowiedzialności pomocników kartelu. Można spekulować, że w zaistniałej naówczas sytuacji jasne było, że AC-Treuhand dążyła będzie do uzyskania rozstrzygnięcia wyższej instancji, co mogło zniechęcić Sąd do głębszego pochylenia się nad zagadnieniem i obszernego uzasadnienia swojego stanowiska.

Z kolei wyrok Trybunału, choć nie wprowadzał żadnej nowości do wcześniejszej dyskusji, dał silny sygnał, że nowa koncepcja zakresu zastosowania art. 101 TFUE jest zgodna z rozumieniem zakazu porozumień przyjmowanym przez TSUE. Trybunał powtórzył w uzasadnieniu wyroku, że forma przyczynienia się do naruszenia jest bez znaczenia dla przypisania odpowiedzialności pomocnikowi. Przywołana została także ponownie paralela do biernego udziału w porozumieniu, a także przesłanki koncepcji odpowiedzialności za jednolite i ciągłe naruszenie. Także Trybunał w celu wzmocnienia swojego stanowiska odwołał się do argumentu celu prawa konkurencji, którym jest zapobieganie zaktóceniu konkurencji na rynku wewnętrznym, a który to cel - zdaniem TSUE - mógłby zostać zagrożony w razie gdyby pomocnicy kartelu mogli uniknąć odpowiedzialności.

Obydwie sprawy dotyczące manipulowania stawkami JPY LIBOR istotnie wpłynęły na kształt analizowanej koncepcji. Decyzja w sprawie RP Martin, pomimo zwięzłości uzasadnienia, potwierdziła, że Komisja konsekwentnie będzie stosować wypracowaną metodykę oceny zachowań pomocników - i to bez względu na istotność wpływu danego działania na osiągnięcie niedozwolonych celów uczestników kartelu. Działania brokera, które stały się podstawą do nałożenia kary, Komisja określiła jako wspieranie i służenie jako pośrednik w kontaktach między uczestnikami porozumienia. Także w tym przypadku to nie udział *sensu stricto* w porozumieniu, ale jego wspieranie pociągnęło za sobą odpowiedzialność antymonopolową.

W decyzji w sprawie ICAP zauważalne było z kolei przejście Komisji do pozycji ofensywnej i zdecydowanej, by nowej koncepcji nadać bardziej zgeneralizowane oblicze. Uwidaczniało się to już w stosowanej przez organ nomenklaturze: Komisja konsekwentnie nazywała ICAP pomocnikiem kartelu. Także uzasadnienie przypisania odpowiedzialności ICAP za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu zdawało się bardziej definitywne, pomimo że stan faktyczny sprawy odbiegał znacznie od spraw



AC-Treuhand I i II. Komisja ponownie odwołała się do koncepcji, zgodnie z którą zamiar przyczynienia się do realizacji wspólnych antykonkurencyjnych celów przy świadomości podejmowanych bądź planowanych przez pozostałych uczestników działań bądź możliwości ich przewidzenia i gotowości na przyjęcie związanego z tym ryzyka uzasadnia przypisanie odpowiedzialności za naruszenie zakazu z art. 101 TFUE. Ponownie podkreślone zostało znaczenie aktywnego udziału i zaangażowania sprzyjającego naruszeniu i ułatwiającego je. Także zatem w tym przypadku Komisja zakwestionowała nie tyle udział w porozumieniu, co pomoc w realizacji „cudzego” kartelu. Co interesujące, Komisja nie przywołała tym razem paraleli do sytuacji biernego udziału w porozumieniu jako argumentu za możliwością przypisania odpowiedzialności pomocnikowi kartelu. Nie wydaje się jednak, by należało to traktować jako zmianę koncepcji, gdyż powrócił do niej Sąd orzekający w sprawie skargi ICAP na nieważność decyzji.

Podkreślenia wymaga jeszcze jedna kwestia, która zdecydowanie może wpływać na praktykę decyzyjną Komisji w przyszłości. Otóż w sprawie ICAP (jak i w sprawie RP Martin) działania adresata decyzji, choć określane jako aktywne przyczynienie się i kluczowy wkład, nie były raczej niezbędne do zaistnienia i funkcjonowania porozumienia. Można to interpretować jako pewne rozszerzenie zakresu zastosowania nowej koncepcji. O ile w początkowym okresie podkreślano niezbędność pomocnika do zaistnienia i funkcjonowania kartelu (nawet jeżeli było to do pewnego stopnia wyolbrzymienie), tak w sprawie RP Martin oraz ICAP rola pomocników miała raczej charakter wspierający, wzmacniający zakres i antykonkurencyjny efekt praktyki. Takie działania bliższe są potocznemu rozumieniu „przyczynienia się”.

Wyrok w sprawie ICAP może być postrzegany jako ostateczne potwierdzenie, że koncepcja odpowiedzialności pomocnika kartelu weszła do standardowego instrumentarium unijnych organów ochrony konkurencji. Sąd całkowicie podzielił w nim stanowisko zaprezentowane w wyroku TSUE w sprawie AC-Treuhand II i, analizując zarzuty skarżącej, skupił się na ocenie, czy Komisja wykazała przesłanki „testu odpowiedzialności pomocnika kartelu”. Co interesujące, Sąd stwierdził nadto, że ICAP nie odpowiadała za udział w porozumieniu, ale za działanie określone jako „pomocnictwo”, co nieznacznie odbiega od wcześniejszej praktyki organów zrównywania pomocników kartelu z jego uczestnikami.

Na koniec trzeba wyjaśnić, że brak konsekwencji Komisji w stosowaniu konstrukcji odpowiedzialności pomocnika kartelu, który ujawnił się w sprawie Marine Hose, należy postrzegać jako incydentalny i wynikający ze szczególnych okoliczności faktycznych sprawy. Dowodzą tego późniejsze działania organów ochrony konkurencji, w tym w szczególności stanowcze stanowisko prezentowane tak w decyzjach, jak i w towarzyszących im oświadczeniach prasowych.

### 3.2.9. Wnioski

Przeprowadzona powyżej analiza miała na celu przedstawienie materiału badawczego, który w następnym rozdziale będzie stanowił przedmiot rozważań formalnoprawnych nad zagadnieniem przypisania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu. Podsumowując przeprowadzony powyżej przegląd decyzji oraz orzecznictwa, należy stwierdzić, że przypisanie przedsiębiorcy „ułatwiającemu”

funkcjonowanie kartelu odpowiedzialności za naruszenie art. 101 TFUE zależy od wykazania po stronie pomocnika zamiaru przyczynienia się własnym działaniem do osiągnięcia wspólnych antykonkurencyjnych celów wraz z pozostałymi uczestnikami porozumienia oraz wiedzy o działaniach innych uczestników kartelu nastawionych na osiągnięcie tego samego celu lub możliwości przewidzenia tych działań i gotowości przyjęcia związanego z tym ryzyka. Przesłanki te obejmują element obiektywny (przyczynienie się i wspólny cel) oraz subiektywny (zamiar osiągnięcia wspólnego celu oraz wiedzę, względnie możliwość przewidzenia działań pozostałych uczestników).

Przy ocenie zaistnienia przesłanki obiektywnej, tj. przyczynienia się do osiągnięcia wspólnego antykonkurencyjnego celu, badane jest istnienie więzi pomiędzy działaniem pomocnika a działaniami pozostałych uczestników zakazanej praktyki. Wspólny cel, na ile można wnosić z niezbyt obszernego materiału badawczego, rozumiany jest przez organy dość szeroko. Trzeba podkreślić, że nie chodzi tu jednak o cel porozumienia w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, ale o pojęcie szersze, bardziej abstrakcyjne. W kontekście przyczynienia się należy jeszcze zasygnalizować, że pomimo niejednoznacznego sformułowania przesłanek wymaga się od KE, by wykazała nie tylko subiektywny zamiar przyczynienia się, ale faktyczne podjęcie działań w tym kierunku. Z kolei sam zamiar oceniany jest właśnie na podstawie okoliczności faktycznych sprawy. Organy badają w tym kontekście, czy pomocnik był świadomy uczestniczenia w antykonkurencyjnej praktyce, czy zdawał sobie sprawę z celu podejmowanych działań, ale nie wnikają w jego wewnętrzne przeżycia.

Odnosząc się z kolei do przesłanki wiedzy o działaniach pozostałych uczestników bądź możliwości ich przewidzenia i zgody na związane z tym ryzyko, należy zauważyć, że organy zdają się stosować w tej kwestii dość niski standard dowodu. Prawdą jest, że w obydwu sprawach AC-Treuhand przedsiębiorcy trudno byłoby zaprzeczać wiedzy o kartelu z uwagi na pełnioną przez niego funkcję. W przeanalizowanych sprawach organy skłaniały się jednak równocześnie do przyjmowania, że profesjonalny charakter prowadzonej działalności uzasadnia przyjęcie, że przedsiębiorca nie mógł nie wiedzieć o antykonkurencyjnej naturze danej praktyki, do której się przyczyniał. Jest to o tyle trudne do zaakceptowania, że prawo konkurencji jest skierowane właśnie do przedsiębiorców, a zatem podmiotów prowadzących działalność profesjonalną, więc w nieomal każdym przypadku możliwe byłoby powołanie się organu na takie rozumowanie. Niemniej w sprawie ICAP brak wykazania wiedzy pomocnika o istnieniu porozumienia między bankami stał się podstawą stwierdzenia nieważności decyzji KE w jego zakresie.

Pomimo iż w uzasadnieniu decyzji KE pojawiały się fragmenty sugerujące, że bierze ona pod uwagę odczuwalność przyczynienia się pomocnika do realizacji celów zakazanego porozumienia, należy stwierdzić, że nie została w tym zakresie wypracowana jednolita linia, co sugerowałoby brak podstaw do zawężenia zakresu zastosowania koncepcji odpowiedzialności pomocnika do przypadków kwalifikowanego, a to odczuwalnego przyczynienia się do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu.

Z przeanalizowanych decyzji i wyroków wynika, że sprawcą naruszenia art. 101 TFUE może być przedsiębiorca niezależnie od tego, czy jest on aktywny na rynku, na którym się realizuje naruszenie, rynku powiązanym, sąsiadującym, czy powstającym. Istotne jest tylko to, czy porozumienie zakłóca konkurencję na rynku wspólnym UE.

Bez znaczenia pozostaje także okoliczność, czy dany przedsiębiorca ogranicza swoją autonomię i czy mógłby własnym działaniem wpłynąć na stan konkurencji na rynku. Trybunał nie podzielił w tym zakresie zdania rzecznika generalnego Nilsa Wahla, który wprost wskazał, że adresatem zakazu z art. 101 TFUE jest tylko taki przedsiębiorca, który może wywierać presję konkurencyjną na innych uczestnikach rynku, a sama wola wywołania antykonkurencyjnego efektu jest niewystarczająca w braku faktycznej zdolności do jego osiągnięcia. Można z tego wywnioskować, że uczestnictwo w antykonkurencyjnym porozumieniu nie jest zdaniem organów ochrony konkurencji uzależnione od podejmowania działań sprzecznych z mechanizmami wolnorynkowymi, w tym ograniczania własnej autonomii działania. Wystarczające jest przyczynienie się w dowolnej formie do działania ograniczającego konkurencję dokonywanego przez inne podmioty. Organy nie rozróżniają więc na potrzeby przypisania odpowiedzialności antymonopolowej sprawców od współników czy pomocników, traktując ich wszystkich jak realizujących znamiona deliktu antymonopolowego.

### 3.3. Kartele typu *hub-and-spoke*

#### 3.3.1. Zarys problemu

Nawiązanie antykonkurencyjnych stosunków z konkurentem działającym na tym samym rynku pociąga za sobą znaczną ekspozycję. Przedsiębiorcy dążą stąd do tego, by takie działania podejmować w sposób, który nie przykuje uwagi organów ochrony konkurencji ani nie pozostawi wyraźnych dowodów bezpośrednich kontaktów. Posłużenie się we wzajemnych kontaktach pośrednikiem oferuje tu pewne rozwiązanie. Może on bowiem w nieprzykuwający uwagi sposób ujawnić sensytywne informacje uzyskane od jednego z konkurentów pozostałym uczestnikom porozumienia, a następnie, w razie potrzeby, przekazać komunikat zwrotny z zachowaniem należytej dyskrecji. Tego typu formę porozumienia w literaturze prawniczej ukuło się nazywać metaforycznie kartelem typu *hub-and-spoke* od angielskich słów piasta (*hub*) oraz szprycha (*spoke*)<sup>459</sup>. „Piastą” jest w takiej sytuacji przedsiębiorca, który umożliwia i ułatwia faktycznym uczestnikom kartelu („szprychom”) zawiązanie i realizację porozumienia, będąc jednocześnie pośrednikiem w przekazywaniu informacji. Naturalnym kandydatem do roli pośrednika może być wspólny dostawca (ewentualnie zaś odbiorca<sup>460</sup> lub organizacja branżowa<sup>461</sup>), który nie tylko zna specyfikę rynku, ale kontakty, z którym, z perspektywy osób trzecich, w tym organów ochrony konkurencji, wydają się całkowicie normalną sytuacją. Tym, co pozwala odróżnić przynajmniej *prima facie* dozwolone kontakty wertykalne od niedozwolonego kartelu realizowane-

459 Na temat tego typu porozumień zob. w szczególności: O. Odudu, *Indirect information exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion*, European Competition Journal, August 2011, str. 205, dostęp: Academia.edu; P.J.G. Van Cayseele, *Hub and spoke collusion: some nagging questions raised by economists*, JECLP, 2014, vol. 5, no. 3, str. 164; E. Mattioli, *Hub and spoke: toward a Belgian precedent?*, JECLP 2016, vol. 7, no. 4, str. 261; A. Bolecki, *Polish antitrust experience with Hub and spoke conspiracies*, YARS vol. 2011, 4 (5), str. 25, dostęp: [https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2011\\_4\\_5/Bolecki\\_Polish\\_Antitrust.pdf](https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2011_4_5/Bolecki_Polish_Antitrust.pdf); B. Orbach, *Hub and spoke conspiracies*, 15 Antitrust Source, no. 3, 2016 oraz Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-11, dostęp SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2765476>; M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, str. 44-45, 95.

460 A. Bolecki, *Polish antitrust experience ...*, str. 27.

461 S. Jóźwik, *Wymiana informacji między konkurentami jako praktyka ograniczająca konkurencję - kierunki rozwoju analizy prawno-ekonomicznej*, UOKiK Warszawa 2011, str. 18-19, dostęp: <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=11120>.

go przy wykorzystaniu wertykalnych powiązań, jest istnienie porozumienia pomiędzy konkurentami, które - nawiązując do wcześniejszej metafory - można określić jako obramowanie (ang. *rim*)<sup>462</sup>. Uzyskanie dowodu na takie ukształtowanie stosunków między konkurentami nie jest jednak proste. Posługiwanie się pośrednikiem ma bowiem właśnie zapobiegać powstaniu i pozostawieniu jakichkolwiek śladów zmywy. Kontrowersyjną kwestią pozostaje więc, na ile organy ochrony konkurencji są uprawnione do wywodzenia istnienia takiego porozumienia z faktu istnienia sieci powiązań wertykalnych lub z dowodów pośrednich, a na ile winny brać pod uwagę ogół okoliczności i komunikacji między stronami<sup>463</sup>.

Koncepcja kartelu typu *hub-and-spoke* została wypracowana na gruncie amerykańskiego prawa antytrustowego, które dysponuje też obszernym orzecznictwem w tym zakresie<sup>464</sup>. W Europie miały już miejsce także pierwsze sprawy, w których organy ochrony konkurencji państw członkowskich odwołały się do konstrukcji kartelu gwiazdzystego<sup>465</sup>. Z kolei Komisja miała, jak dotąd, okazję zajmować się tylko dwoma przypadkami kartelu, który miałby charakter podobny do powyżej zarysowanego.

Zaznaczyć trzeba, że wymiana informacji za pośrednictwem podmiotu trzeciego nie jest konstrukcją nieznaną unijnemu prawu konkurencji. W Wytycznych wertykalnych wspomina się o ułatwieniu zmywy między dystrybutorami płynącej z faktu, że ich wspólnym dostawcą jest ten sam podmiot stanowiący dla nich punkt odniesienia w podejmowaniu decyzji rynkowych<sup>466</sup>. Z kolei w Wytycznych horyzontalnych w rozdziale dotyczącym wymiany informacji między konkurentami wprost wskazuje się, że taka wymiana może mieć charakter pośredni i przebiegać za pośrednictwem wspólnej agencji jak organizacje branżowe, podmiot trzeci np. niezależne wywiadownie rynkowe albo poprzez wspólnego dostawcę lub odbiorcę<sup>467</sup>. Wyrażnych wskazówek co do metodyki oceny tego typu przypadków wskazane akty *soft law* jednak nie zawierają. Uwidacznia się w nich jednak złożony charakter takich porozumień, obejmujący tak powiązania wertykalne, jak i horyzontalne. Dokładna kwalifikacja tego typu poro-

462 B. Orbach, *Hub and spoke...*, str. 3; zob. także: R.S. Brass, C.A. Higney, *Practical advice for avoiding Hub-and-Spoke Liability*, The antitrust source, October 2016, dostęp: [https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/oct16\\_brass\\_10\\_18f.authcheckdam.pdf](https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/oct16_brass_10_18f.authcheckdam.pdf).

463 W kontekście amerykańskich doświadczeń: B. Orbach, *Hub and spoke...*, str. 8; zob. także R.S. Brass, C.A. Higney, *Practical advice for avoiding...*, str. 3-6.

464 Jako pierwszy przykład zastosowania metafory piasty i szprych w sprawie antytrustowej podaje się kartel z 1939 r. zawiązany pomiędzy dystrybutorami filmów a siecią kin (*Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939), dostęp: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/306/208/case.html>). Wśród najbardziej znanych przypadków zastosowania tej koncepcji wskazać można z kolei sprawę *Toys „R” Us* z 2000 r. (*Toys „R” Us v. FTC* 221 F.3d 928 (7th Circuit 2000), której przedmiotem było porozumienie między największym naówczas detalistą sprzedaży zabawek i ich producentami dotyczące ograniczenia sprzedaży zabawek za pośrednictwem tanich domów handlowych, dostęp: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2000/08/toysrusvftc.shtm>).

465 Dotychczasowe doświadczenia europejskich organów ochrony konkurencji z kartelami typu *hub-and-spoke* skrótowno omawia A. Bolecki, *Polish antitrust experiences ...*, str. 27-29; odnośnie do spraw rozpatrywanych przez brytyjskie organy zob. O. Odudu, *Indirect information exchange...*, str. 207-209; odnośnie do pierwszego przypadku kartelu typu *hub-and-spoke* w Belgii zob. E. Mattioli, *Hub and Spoke: towards a Belgian precedent?*, JECLP 2016, vol. 7, no. 4, str. 261.

466 Wytyczne wertykalne, nb. 211.

467 Wytyczne horyzontalne, nb. 55.

zumień, w których za pomocą wertykalnych kontaktów uzyskiwany jest horyzontalny efekt, pozostaje sporna także w literaturze<sup>468</sup>.

Odmienność kartelu typu *hub-and-spoke* od typowego porozumienia wertykalnego zasadza się na tym, że istotą tego pierwszego nie jest ograniczenie swobody działania podmiotów wzdłuż łańcucha dystrybucji, ale osiągnięcie horyzontalnej zmywy bez potrzeby nawiązywania bezpośrednich kontaktów. *Hub* pełni w takiej konfiguracji rolę pomocnika - koordynatora, który ułatwia funkcjonowanie zmywy pomiędzy konkurentami. Jego pozycja daje mu możliwość kontrolowania, czy uczestnicy kartelu przestrzegają uzgodnień i dyscyplinowania ich w razie odstępstw, np. groźbą odcięcia dostaw<sup>469</sup>. Posłużenie się pośrednikiem pozwala nadto ukryć zmywę, gdyż brak jest co do zasady twardych dowodów kontaktów między konkurentami. Można więc przyjąć, że *Hub* centralizuje niejako funkcje kartelu<sup>470</sup>. Taka sytuacja jest zatem bliska opisywanym powyżej przypadkom „pomocnictwa” do kartelu.

Z drugiej jednak strony, co odróżnia kartel gwieździsty od omówionych wcześniej przypadków pomocników kartelu, to fakt, że *hub* działa co do zasady na rynku wyższego (ewentualnie niższego) szczebla, więc wynikające z porozumienia ograniczenie konkurencji może być też ekonomicznie korzystne z jego punktu widzenia. Choć część ekonomistów to kwestionuje<sup>471</sup>, zawiązanie kartelu gwieździstego może leżeć w interesie wspólnego dostawcy<sup>472</sup>. W takiej sytuacji może być też trudno rozstrzygnąć, czy dane porozumienia traktować wyłącznie jako przypadek pomocnictwa do kartelu, polegającego na ułatwieniu realizacji porozumienia horyzontalnego, czy jako porozumienie wertykalne o dodatkowym horyzontalnym skutku.

### 3.3.2. Sprawa e-booków<sup>473</sup>

#### 3.3.2.1. Stan faktyczny

Przedmiotowa sprawa dotyczyła potencjalnie antykonkurencyjnej uzgodnionej praktyki na amerykańskim i europejskim rynku dystrybucji książek elektronicznych (e-booków), której dopuścić miało się łącznie czterech największych wydawców działających z pomocą spółki Apple Inc. Jeszcze w 2008 r. wydawcy mieli we wzajemnych kontaktach wyrazić niezadowolenie z modelu dystrybucyjnego i polityki cenowej stosowanej przez spółkę Amazon, naówczas głównego dystrybutora e-booków w Stanach Zjednoczonych<sup>474</sup>. Amazon łączyły z wydawcami tradycyjne umowy dystrybucyjne, które zakładały nabycie przez Amazon e-booków po cenie hurtowej, a następnie odsprzedażanie ich dalej na rzecz konsumentów po cenie detalicznej ustalonej według jego woli. Wydawcy nie mieli zatem wpływu na wysokość ceny, w jakiej e-booki były oferowane

468 Stanowisko mówiące, że kartel typu *hub-and-spoke* ma charakter horyzontalnego porozumienia, jak się zdaje, prezentuje O. Odudu, *Indirect information exchange...*, str. 236; z kolei S. Jóźwiak, *Wymiana informacji między konkurentami...*, str. 18, pisze o złożonej wertykalno-horyzontalnej naturze klastrów koncentrycznych; stanowisko to zdaje się podzielać P.J.G. Van Cayseele, *Hub and spoke collusion...*, str. 164; B. Orbach, *Hub and spoke...*, str. 1 pisze z kolei o kartelu ułatwianym za pomocą wertykalnych stosunków.

469 B. Orbach, *Hub and spoke...*, str. 1.

470 B. Orbach, *Hub and spoke...*, str. 1.

471 P.J.G. Van Cayseele, *Hub and spoke collusion...*, str. 164, 168.

472 O. Odudu, *Indirect information exchange...*, str. 217.

473 Decyzja Komisji z dnia 12.12.2012 r. w sprawie COMP/AT.39847, E-Books, dalej jako Decyzja Komisji w sprawie E-Booków.

474 Decyzja Komisji w sprawie E-Booków, nb. 23.



końcowym nabywcą. Amazon stosował przy tym na terenie USA agresywną strategię marketingową i oferował nowości wydawnicze po stałej cenie 9.99 \$ za elektroniczny egzemplarz. Taka cena często nieznacznie przewyższała tylko cenę hurtową lub nawet jej nie pokrywała<sup>475</sup>. Można podejrzewać, że Amazon zmierzał do wypromowania w ten sposób wśród konsumentów nowego produktu oraz zachęcenia ich do nabycia produkowanego przez niego czytnika e-booków - Kindle. Wydawcy obawiali się natomiast prawdopodobnie, że znaczna różnica ceny książki tradycyjnej i e-booka będzie podkopywać już i tak trudny rynek obrotu drukowanymi egzemplarzami. Chcieli nadto zapobiec rozciągnięciu modelu biznesowego Amazona na inne rynki, w tym europejski. Jednym z rozważanych przez wydawców pomysłów była zmiana modelu dystrybucji na agencyjny, który dałby im kontrolę nad polityką cenową.

Pod koniec 2009 roku z wydawcami skontaktowała się spółka Apple Inc., która planowała wejść na rynek dystrybucji e-booków na tworzonej właśnie platformie iBookstore. Wydawcy zaproponowali jej wówczas model agencyjny, który Apple przyjęło i zaproponowało jednakowe warunki dla całej czwórki. Najistotniejszym zapisem była klauzula najwyższego uprzywilejowania (ang. *most favoured nation clause*, MFN), która zobowiązywała wydawców do obniżania ceny e-booka żądanej w iBookstore w przypadku, gdyby jakikolwiek inny dystrybutor oferował określone pozycje w niższych cenach<sup>476</sup>. Nadto ustalona została tabela cen maksymalnych dla książek. Apple miało otrzymywać prowizję od sprzedaży w iBookstore w wysokości 30% ceny detalicznej.

Co istotne, wedle Komisji Apple od początku zapewniało, by czterej wydawcy wiedzieli, że wszyscy oni prowadzili rozmowy odnośnie do tożsamyh warunków umów, jaki był stan zaawansowania tych negocjacji, a także, że stworzenie iBookstore zależało od pozyskania przez Apple wystarczającej liczby wydawców<sup>477</sup>. Umowy pomiędzy Apple a poszczególnymi wydawcami zawierające powyżej wspomniane zapisy podpisano na początku 2010 r. Zostało to jednak poprzedzone poinformowaniem Amazona, indywidualnie przez każdego wydawcę, że oczekują oni zmiany modelu dystrybucji na agencyjny. Pozostanie przy tradycyjnym modelu byłoby bowiem dla wydawców ekonomicznie nieopłacalne z uwagi na zastrzeżoną w umowie z Apple klauzulę MFN. Amazon ostatecznie zgodził się na żadaną zmianę z uwagi na presję oraz ryzyko utraty dostępu do tytułów największych wydawców<sup>478</sup>. Tożsamy model współpracy pomiędzy wydawcami a Apple i Amazonem przeniesiony został na rynki europejskie, w szczególności brytyjski, francuski oraz niemiecki. Umowy wydawców z Amazonem wykorzystywane w USA posłużyły przy tym jako wzór do kształtowania ich stosunków na europejskich rynkach. To dało natomiast asumpt do aktywności Komisji Europejskiej.

### 3.3.2.2. Ocena prawna

Postępowanie w analizowanej tu sprawie zakończone zostało wydaniem decyzji na podstawie art. 9 Rozporządzenia 1/2003, a zatem tzw. decyzji zobowiązaniowej, w której Komisja zaakceptowała zobowiązania stron i uczyniła je wiążącymi, jednak nie stwierdziła formalnie naruszenia i nie nałożyła kary finansowej. Pomimo że uzasadnienie tego typu decyzji zwyczajowo jest mniej obszerne niż w przypadku decyzji zakazowych, to

<sup>475</sup> Decyzja Komisji w sprawie E-Booków, nb. 22.

<sup>476</sup> Decyzja Komisji w sprawie E-Booków, nb. 31.

<sup>477</sup> Decyzja Komisji w sprawie E-Booków, nb. 33.

<sup>478</sup> Decyzja Komisji w sprawie E-Booków, nb. 38.



jednak dostarcza podstawowych informacji odnośnie do podejścia Komisji do oceny z punktu widzenia prawa konkurencji porozumień typu *hub-and-spoke*.

Według wstępnej oceny Komisji opisane powyżej działania Apple i wydawców stanowiły uzgodnioną praktykę w rozumieniu art. 101 TFUE, której celem było z jednej strony podniesienie cen detalicznych e-booków powyżej poziomu żadanego przez Amazon bądź zapobiegnięcie wprowadzeniu takich cen (we Francji i w Niemczech), z drugiej zaś - osiągnięcie przez Apple takiej sytuacji rynkowej, w której oferowałby e-booki na równym poziomie cen co Amazon, zachowując przy tym pożądaną marżę<sup>479</sup>. Chodziło zatem o horyzontalne ustalenie cen oraz osłabienie konkurencji wobec Apple ze strony największego konkurenta - Amazona. Komisja podkreśliła w uzasadnieniu, że każdy z uczestników rynku winien samodzielnie kształtować swoje działania rynkowe, co wyklucza pośrednie i bezpośrednie kontakty z konkurentami, których celem lub skutkiem jest stworzenie warunków konkurencji odbiegających od normy<sup>480</sup>. Przywołując orzeczenie w sprawie AC-Treuhand I, Komisja wskazała, że bez znaczenia dla zaistnienia uzgodnionej praktyki pozostaje okoliczność, czy dany uczestnik działa na tym samym rynku, na którym materializuje się ograniczenie konkurencji - istotne jest tylko zaistnienie wspólnej woli określonego zachowania się na rynku<sup>481</sup>. Zdaniem Komisji w analizowanej sprawie dochodziło do bezpośrednich i pośrednich kontaktów pomiędzy Apple a czterema wydawcami, które ujawniały ich przyszłe zamiary odnośnie do działań rynkowych w celu wpłynięcia na zachowania pozostałych uczestników<sup>482</sup>. Realizacja planu zmiany modelu dystrybucji z tradycyjnego na agencyjny była możliwa właśnie dzięki wymianie informacji za pośrednictwem Apple oraz bezpośrednio między wydawcami, z których każdy był świadomy faktu, że nie będzie jedynym wydawcą żądającym od Amazona zmiany modelu dystrybucyjnego<sup>483</sup>. Wszyscy uczestnicy porozumienia byli też świadomi tego, że wejście Apple na rynek e-booków przy zastosowaniu uzgodnionych warunków zapewni globalny wymiar oraz ramy konieczne do zmiany modelu dystrybucyjnego wydawców na agencyjny<sup>484</sup>. Jak wskazano w uzasadnieniu, zawarcie umowy z Apple na uzgodnionych warunkach, obejmujących w szczególności klauzulę najwyższego uprzywilejowania, nie leżałoby w interesie indywidualnego wydawcy, chyba że pozostali uczyniliby to samo, co wzmocniłoby presję na Amazon<sup>485</sup>. Klauzula najwyższego uprzywilejowania zapewniała przy tym silny bodziec dla wydawcy, by żaden inny dystrybutor nie oferował danego e-booka w niższej cenie. W takiej sytuacji dany wydawca musiałby zaoferować daną książkę w iBookstore w takiej właśnie niskiej, niezapewniającej oczekiwanego zysku, cenie. Świadomość, że taka klauzula łączy Apple także z innymi wydawcami dawała każdemu z nich pewność, że pozostali będą trzymać się planu i że żaden nie wyłamie się, uzyskując przewagę rynkową.

Komisja nie znalazła innego racjonalnego wytłumaczenia dla zaistniałego stanu faktycznego niż właśnie uzgodniona praktyka.

---

479 Decyzja Komisji w sprawie E-Booków, nb. 72, 74.

480 Decyzja Komisji w sprawie E-Booków, nb. 65-66.

481 Decyzja Komisji w sprawie E-Booków, nb. 68.

482 Decyzja Komisji w sprawie E-Booków, nb. 71.

483 Decyzja Komisji w sprawie E-Booków, nb. 33, 51.

484 Decyzja Komisji w sprawie E-Booków, nb. 75.

485 Decyzja Komisji w sprawie E-Booków, nb. 80.

### 3.3.2.3. Zobowiązania

W odpowiedzi na zastrzeżenia Komisji wydawcy oraz Apple przedstawili propozycje zobowiązań. Po przeprowadzeniu testu rynkowego, tj. wezwaniu osób trzecich do przedłożenia uwag, pierwotne zobowiązania zostały dostosowane i Komisja uczyniła je na mocy decyzji wiążącymi. Wydawcy oraz Apple zobowiązali się m.in. do rozwiązania wiążących ich wzajemnie umów agencyjnych dotyczących sprzedaży e-booków na obszarze EOG, a także w ciągu 5 lat do niezawierania umów dystrybucji e-booków, które zawierałyby klauzulę najwyższego uprzywilejowania. Nadto wydawcy zobowiązali się w ciągu dwóch lat nie ograniczać prawa dystrybutorów e-booków do stosowania obniżek ceny detalicznej i wszelkich innych form promocji.

Przyjęcie przez Komisję zobowiązań oznaczało, że na przedsiębiorców nie została nałożona żadna kara na podstawie art. 23 Rozporządzenia 1/2003. Wydana w sprawie decyzja nie stwierdzała też zaistnienia naruszenia prawa konkurencji.

### 3.3.2.4. Podsumowanie

Analiza decyzji w sprawie e-booków pozostawia pewien niedosyt w zakresie argumentacji Komisji. Uzasadnienie zdaje się być bliższe opisowi stanu faktycznego niż rzetelnej analizie i argumentacji wyjaśniającej stanowisko organu w sprawie. Wynika to zapewne z charakteru decyzji zobowiązaniowych, w których nie stwierdza się naruszenia, pomimo początkowych zastrzeżeń do określonej praktyki rynkowej.

Podsumowując tę sprawę, należy wskazać, że z jednej strony ujawniły się w niej typowe elementy kartelu gwieździstego, takie jak: wymiana informacji za pośrednictwem podmiotu innego niż konkurenci, istnienie sieci tożsamych umów wertykalnych<sup>486</sup> oraz osiąganie horyzontalnego efektu w wyniku takich kontaktów. Z drugiej strony zastanawiające może wydawać się proste kwalifikowanie analizowanego tu przypadku pod kartel typu *hub-and-spoke*, które pojawia się powszechnie w piśmiennictwie<sup>487</sup>. Moje wątpliwości wynikają z faktu, że, pomagając wydawcom w osiągnięciu antykonkurencyjnego efektu, spółka Apple realizowała jednocześnie własne antykonkurencyjne cele - uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad konkurentem. Rola Apple nie sprowadzała się tu więc tylko do pośredniczenia w wymianie informacji. Oferując alternatywny kanał zbytu, spółka *de facto* umożliwiła przeforsowanie wydawcom ich woli ukształtowania modelu dystrybucji w sposób zapewniający im kontrolę nad wysokością cen detalicznych.

W świetle tych spostrzeżeń można by przyjąć, że rola Apple w analizowanej sprawie przypominała bardziej rolę pomocnika kartelu w rozumieniu omówionym w poprzednim podrozdziale. Co jednak odróżnia sprawę E-Booków od opisanych powyżej, to okoliczność, że Apple działało na rynku wprost powiązanym z rynkiem, na którym

486 W pierwszych komentarzach dotyczących sprawy E-booków rozważano ją nawet jako porozumienie wertykalne typu *resale price maintenance*: zob. M. Powell, A. Oh, *E-Books in the EU: competition, pricing and the expansion of a new digital market*, e-Books and the boundaries of Antitrust, Concurrences, Revue des droits de la concurrence, nr 3/2012, str. 25.

487 B. Orbach, *Hub and spoke...*, str. 9 i n; N. Sahuguet, A. Walckiers, *Hub-and-Spoke Conspiracies: The Vertical Expression of a Horizontal Desire?*, str. 4, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2502147>; G. Federico, *A brief introduction to the e-books case*, Annual ACE Conference, December 13, 2013, dostęp: [http://www.competitioneconomics.org/dyn/files/basic\\_items/501-file/Federico%20-%20ACE%202013-%20E%20Books%20v1%200.pdf](http://www.competitioneconomics.org/dyn/files/basic_items/501-file/Federico%20-%20ACE%202013-%20E%20Books%20v1%200.pdf).

działali pozostali uczestnicy porozumienia. Miało też jasny interes w podwyższeniu przez wydawców cen elektronicznych egzemplarzy, gdyż z tytułu ich sprzedaży otrzymywała 30% prowizji. Komisja nie straciła jednak okazji, by przywołać w uzasadnieniu sprawę AC-Treuhand I i przypomnieć, że kwestia obecności na rynku dotkniętym porozumieniem jest zbędna dla przypisania pomocnikowi odpowiedzialności za naruszenie. Jest to o tyle zaskakujące, że w tej sprawie obecność na rynku (powiązanym) nie była w ogóle kwestionowana. Przywołanie sprawy AC-Treuhand I daje jednak podstawy do przypuszczeń, że, oceniając sprawę E-Booków, Komisja traktowała rolę spółki Apple jako pomocnika horyzontalnej zмовы wydawców. Sugeruje to, że kartele typu *hub-and-spoke* będą postrzegane w praktyce decyzyjnej KE jako przypadki antykonkurencyjnego porozumienia ułatwanego przez pomocnika. Potwierdza to także sprawa analizowana w kolejnym podpunkcie.

Omówiony tu przypadek, gdy „pomocnik” obok wsparcia cudzych planów realizuje równocześnie własne antykonkurencyjne cele, w moim przekonaniu bardziej zasługuje na przypisanie odpowiedzialności antymonopolowej niż pomocnicy, który koordynowali kartele, nie będąc obecnymi na rynku dotkniętym kartelizacją bądź na rynku z nim powiązanym ani nie osiągał bezpośrednich korzyści finansowych z ograniczenia konkurencji. W efekcie tego uważam, że zakwalifikowanie omówionej powyżej sprawy jako przypadku kartelu typu *hub-and-spoke* jest pomyłką. W całościowej ocenie w sprawie tej przeważają bowiem elementy bliższe klasycznemu złożonemu porozumieniu.

### 3.3.3. Sprawa Yen Interest Rate Derivates (ICAP)

#### 3.3.3.1. Stan faktyczny

Sprawa ICAP została omówiona w podrozdziale 3.2.6 w kontekście odpowiedzialności pomocnika w sensie ścisłym. Jednym z aspektów omówionej tam antykonkurencyjnej praktyki było wykorzystanie podmiotu trzeciego jako pośrednika w wymianie sensytywnych informacji. Takie porozumienie wpisuje się w model kartelu gwieździstego, stąd wymaga uwzględnienia także w tej części pracy. W zakresie pełnego stanu faktycznego sprawy odsyłam do wcześniejszych rozważań. Godzi się jednak skrótkowo przypomnieć tu najistotniejsze jego punkty.

Przedmiotem decyzji Komisji wydanej w tej sprawie było sześć niezależnych porozumień każdorazowo zawartych pomiędzy dwoma bankami a „ułatwianych” przez podmioty należące do grupy ICAP (dalej zwane „ICAP”). Przedmiotem porozumień była manipulacja stawkami JPY LIBOR. Stawki te stanowią punkt referencyjny dla wielu instrumentów finansowych. Oficjalne stawki są ogłaszane publicznie przez British Bankers Association (BBA) na podstawie zgłoszeń banków. Uczestnicy porozumienia dążyli do uzyskania określonej - wyższej bądź niższej - stawki. W tym celu dokonywali zgłoszeń do BBA, które odzwierciedlały ich życzenia. Jednocześnie, korzystając z pomocy ICAP, brokera usług finansowych, wpływali na zgłoszenia innych banków. ICAP dystrybuowała bowiem na użytek banków własne odpowiednio zmanipulowane prognozy co do stawek JPY LIBOR, które były następnie wykorzystywane przez niczego nieświadome banki przy dokonywaniu zgłoszeń do BBA. ICAP, działając na zlecenie banków uczestniczących w porozumieniach, kontaktowała się nadto bezpośrednio z pracownikami nieuczestniczących w porozumieniu banków w celu wpłynięcia na ich zgłoszenia.

W jednym porozumieniu objętym omawianą decyzją rola ICAP była jednak odmieniana<sup>488</sup> - broker był mianowicie wykorzystywany przez dwa banki jako pośrednik do komunikacji i wymiany informacji. Jeden z uczestniczących w porozumieniu banków kontaktował się z ICAP, przekazując jej swoje oczekiwania co do stawek JPY LIBOR i żądając, by ICAP skontaktowała się z drugim bankiem w celu uzyskania takiej właśnie stawki bądź pozyskania informacji o planowanej ich wysokości. Drugi uczestnik porozumienia, ponownie za pośrednictwem ICAP, informował o dostosowaniu stawek do oczekiwań konkurenta bądź o własnych zamiarach co do wysokości zgłoszenia do BBA. Obydwa banki były przy tym w pełni świadome faktu, że informacje, które otrzymały od ICAP, pochodziły od konkurenta, a przekazywane przez nich trafiały także docelowo do drugiego uczestnika porozumienia.

### 3.3.3.2. Ocena prawna

Oceniając powyższe porozumienie, Komisja przyjęła, że ICAP ponosi odpowiedzialność za naruszenie prawa konkurencji jako pomocnik kartelu. Zdaniem Komisji ICAP działała jako pośrednik w kontaktach (ang. *a communication hub*) pomiędzy bankami, a jej rola była kluczowa dla zawarcia porozumienia<sup>489</sup>. Bez udziału ICAP - jak dalej argumentowała Komisja - do tego porozumienia w ogóle by nie doszło lub przynajmniej nie w takiej formie. W uzasadnieniu wskazano, że ICAP, będąc całkowicie świadoma celu i przedmiotu wymiany informacji, przyczyniła się do antykonkurencyjnego celu, do którego dążyli uczestnicy porozumienia, odgrywając kluczową rolę w jego osiągnięciu. Komisja działania spółki uznała za aktywny udział i zaangażowanie sprzyjające i ułatwiające antykonkurencyjne ustalenia oraz ich implementację<sup>490</sup>. Dla organu istotne było także, że działając jako pośrednik w przekazywaniu informacji, ICAP była w pełni świadoma bilateralnej natury niedozwolonych kontaktów<sup>491</sup>. Komisja nie zgodziła się także z argumentem ICAP, jakoby wymieniane informacje nie miały charakteru strategicznego, a wymiana tego typu danych była całkowicie normalnym działaniem w przypadku negocjacji umów. W jej przekonaniu kluczowa jest tu kwestia, że wymieniane informacje odnosiły się do przyszłości, a więc pozostawały odległe od jakichkolwiek negocjacji umowy<sup>492</sup>.

Podsumowując, Komisja zastosowała w tym przypadku tożsamą metodykę oceny prawnej działania przedsiębiorcy co w sprawach pomocnictwa w sensie ścisłym, badając, czy przedsiębiorca zamierzał przyczynić się swoim działaniem do osiągnięcia wspólnych antykonkurencyjnych celów i czy miał on świadomość działań pozostałych uczestników porozumienia w dążeniu do realizacji tego celu.

### 3.3.3.3. Kara

Sposób wyliczenia kary w odniesieniu do analizowanego tu porozumienia nie nosił szczególnych znamion wynikających z charakteru porozumienia, stąd wystarczające jest tu odesłanie do wcześniejszych rozważań. Zasygnalizuję jedynie, że - podobnie

488 Zob. decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 142-153.

489 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 207.

490 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 207, 221.

491 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 216.

492 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 231-232.

jak w przypadku pozostałych porozumień objętych analizowaną tu decyzją - jawna wersja uzasadnienia nie pozwala na poznanie metodyki zastosowanej do wyliczenia wysokości kary. Komisja ponownie odwołała się do pkt 37 Wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien. Generalne zasady nie dają bowiem wskazówek, jak wyliczać karę za naruszenie zakazu porozumień w sytuacji, gdy dany jego uczestnik nie jest aktywny na rynku dotkniętym porozumieniem i nie jest możliwe ustalenie wartości jego sprzedaży towarów lub usług, których dotyczyło porozumienie.

#### 3.3.3.4. Podsumowanie

Uwidocznione w omówionej tu sprawie podejście Komisji dowodzi, że przedsiębiorcy, którzy pełnią funkcję pośrednika w wymianie informacji, np. w kartelu typu *hub-and-spoke*, będą traktowani przez organy ochrony konkurencji UE tak samo jak pomocnicy kartelu w sensie ścisłym. Przyjęcie takiego stanowiska przez KE otwiera jej drogę do skuteczniejszego zwalczania tego typu naruszeń. Organy ochrony konkurencji państw członkowskich, które miały okazję zajmować się przypadkami karteli gwiazdzystych, opierały się na rozbudowanej metodyce oceny tego typu spraw wykształconej w praktyce, która nie była całkowicie wolna od niejasności<sup>493</sup>. Trudności ujawniały się w szczególności w określeniu charakteru (horyzontalnego lub wertykalnego) tego typu porozumień oraz ocenie subiektywnych przesłanek. Podejście Komisji ujawnione w sprawie E-booków oraz ICAP jest zdecydowanie prostsze w tym sensie, że pośrednikowi przypisywana jest odpowiedzialność antymonopolowa za świadome przyczynienie się do realizacji wspólnych antykonkurencyjnych celów bez potrzeby dogłębnej analizy poszczególnych stosunków dwustronnych na linii uczestnik porozumienia - pomocnik.

Na marginesie można jeszcze zauważyć, że Komisja nie posłużyła się w uzasadnieniu żadnej z omówionych tu decyzji terminem *hub-and-spoke* w celu wskazania typu niedozwolonego porozumienia, choć rolę ICAP faktycznie określiła jako właśnie *hub*. Także to może sugerować, że KE chciała odciąć się od związanych z taką kwalifikacją rozważań i stworzyć własną odpowiedź dla tego typu przypadków.

#### 3.3.4. Podsumowanie praktyki organów w zakresie karteli typu *hub-and-spoke*

Europejskie organy ochrony konkurencji nie miały dotychczas zbyt wielu okazji, by zajmować się sprawami antymonopolowymi, których stan faktyczny wpisywałby się w zarysowany powyżej model *hub-and-spoke cartel*. Przy pełnej świadomości ograniczonej próby można na tym gruncie poczynić kilka istotnych spostrzeżeń.

Sprawa E-Booków nie pozwoliła jeszcze na wyciągnięcie jednoznacznych wniosków co do podejścia Komisji do oceny odpowiedzialności uczestników tego typu porozumień. Na pierwszy rzut oka odwoływanie się przez Komisję w sprawie E-Booków do postępowania w sprawie AC-Treuhand wydaje się niejasne. Stan faktyczny w tym postępowaniu różnił się bowiem istotnie od sprawy szwajcarskiej firmy konsultingowej. Stworzenie paraleli pomiędzy sprawami AC-Treuhand oraz sprawą E-booków jest jednak o tyle istotne, że stanowiło pierwszy sygnał, że Komisja będzie traktowała pośredników w wymianie informacji jak pomocników kartelu w rozumieniu nadanym

493 Zob. O. Odudu, *Indirect information exchange...*, str. 209 i n.



temu pojęciu w praktyce decyzyjnej KE. Takie podejście Komisji zostało następnie potwierdzone w sprawie ICAP, w której kwestia kwalifikacji pośrednika w wymianie informacji została jednoznacznie przesądzona.

Należy jeszcze zauważyć, że w obydwu omówionych powyżej decyzjach zabrakło wyraźnego rozstrzygnięcia odnośnie do charakteru porozumienia - wertykalnego lub horyzontalnego. Tak w przypadku sprawy E-Booków, jak i ICAP Komisja uwypukliła w uzasadnieniu aspekt horyzontalnej wymiany informacji, nie rozważając głębiej charakteru stosunków między uczestnikami. Można podejrzewać, że z uwagi na ujawniające się w sprawach dotyczących pomocników kartelu szerokie rozumienie terminu „porozumienie”, obejmujące pewną całość, na którą składa się szereg wkładów o różnym charakterze, Komisja coraz mniejszą wagę przykładła do precyzyjnej kwalifikacji analizowanych w postępowaniu spraw antymonopolowych.

### 3.4. Bierna postawa wobec porozumienia

#### 3.4.1. Zarys problemu

Pomimo dynamicznego rozwoju nowych technologii komunikacyjnych zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia w znacznej większości przypadków wciąż wymaga od przedsiębiorców spotkania. Z uwagi na ryzyko wykrycia rozmowy o antykonkurencyjnych zamiarach często są organizowane przez przedsiębiorców przy okazji wydarzeń stanowiących rozsądne uzasadnienie dla pojawienia się w jednym czasie i w jednym miejscu przedstawicieli z jednej branży, jak posiedzenia izb handlowych, stowarzyszeń branżowych czy targi. W takich okolicznościach teoretycznie może się zdarzyć, że jeden z przedsiębiorców będzie uczestniczył w spotkaniu pomimo braku zgody po jego stronie na zaangażowanie się w jakiekolwiek antykonkurencyjne uzgodnienia, a nawet braku świadomości, że takie działania będą przedmiotem dyskusji. Jeżeli przedsiębiorca, choć obecny, pozostanie bierny i nie wyrazi swojego krytycznego stanowiska odnośnie do projektowanego porozumienia czy wymiany informacji biznesowych, ocena antymonopolowa jego zachowania będzie utrudniona. Czy w takich okolicznościach można bowiem przyjąć, że doszło do wyrażenia zgodnej woli, do *meeting of minds*? Oczywiście, jeżeli z innych dowodów wynikało będzie niezbiecie, że ów przedsiębiorca przystąpił do realizacji porozumienia, przypisaniu mu odpowiedzialności antymonopolowej nie będzie stało nic na przeszkodzie. Jeżeli jednak jego zachowanie rynkowe nie będzie wskazywało na postępowanie zgodnie z uzgodnionym planem, to interpretacja stanu faktycznego nie będzie wcale taka oczywista. Uczestnik spotkania może celowo postępować wbrew uzgodnieniom, by zyskać przewagę nad współuczestnikami, co jednak nie wpływa na jego odpowiedzialność za kartel. Co więcej, w przypadku wymiany informacji rynkowych między konkurentami wynikające z tego usunięcie niepewności co do działań pozostałych uczestników rynku nie musi być wcale wyraźnie widoczne z aktywności rynkowej odbiorcy tego typu informacji. Kwestionowanie udziału w porozumieniu z powołaniem na zupełnie bierną postawę może być też strategią obronną przedsiębiorcy, liczącego, że KE nie będzie w stanie wykazać jego udziału zgodnie z przyjętym standardem dowodu. Nie należy jednak pomijać tu także perspektywy przedsiębiorcy, który, uświadomiwszy sobie, że uczestniczy właśnie w spotkaniu dotyczącym antykonkurencyjnych planów, nie chce wprawdzie przyłączyć się do porozumienia, ale odczuwa opór, czy to ze względu na swoją pozycję rynkową, czy to ze względu na stosunki towarzyskie, przed

tym, by zaprotestować przeciwko inicjatywom innych przedsiębiorców. Takie działanie może bowiem pociągnąć za sobą negatywne konsekwencje ze strony pozostałych konkurentów tak dla samego przedsiębiorcy (bojkot), jak i dla jego przedstawiciela (wykluczenie z kręgu towarzyskiego, biznesowego). W takich przypadkach organy stają przed trudnym pytaniem, jak oceniać zachowanie biernego przedsiębiorcy. Czy sam udział w spotkaniu może być wystarczającą podstawą do przyjęcia, że podziela on antykonkurencyjne zamiary pozostałych uczestników? Czy przeciwnie, bierność powinno się traktować jako okoliczność wykluczającą wyrażenie woli określonego zachowania się na rynku. A może należałoby rozważyć, czy bierna postawa wobec właśnie zawieranego porozumienia nie stanowi aby pomocnictwa do kartelu w formie cichego wsparcia dla antykonkurencyjnych zamiarów?

Szukając odpowiedzi na te pytania, w tym podrozdziale prześledzę na przykładzie najlepiej rozpoznawalnych spraw rozwój koncepcji odpowiedzialności antymonopolowej biernego uczestnika porozumienia. Pamiętając, że przy ocenie pomocnictwa w sensie ścisłym tak Komisja, jak i TSUE budowały paralelę pomiędzy biernym uczestnikiem a pomocnikiem kartelu, postaram się także zbadać, czy szukanie podobieństwa między odpowiedzialnością biernego uczestnika oraz pomocnika kartelu jest uzasadniona. Taka analiza jest tym bardziej potrzebna, że w literaturze można odnaleźć głosy, że w istocie wszystkie przypadki udziału w porozumieniu poprzez działania inne niż aktywna jego realizacja można określić jako bierny udział w porozumieniu<sup>494</sup>. Wyjaśnwszy te kwestie, przyjrzę się bliżej poniekąd precedensowej sprawie Eturas, dotyczącej oceny biernej postawy uczestników porozumienia zawartego za pośrednictwem platformy internetowej. Ten element stanu faktycznego czyni tę sprawę o tyle wyjątkową, że można traktować ją jako jedną z pierwszych, w których prawo konkurencji trafiło na rzeczywiste trudności związane z rozwojem i wykorzystaniem nowych technologii dla antykonkurencyjnych celów.

### 3.4.2. Sprawa Polypropylen (Anic)

#### 3.4.2.1. Stan faktyczny i decyzja Komisji<sup>495</sup>

Przedmiotem decyzji Komisji w analizowanej sprawie był kartel zawiązany przez kilkunastu producentów polipropylenu na rynku obejmującym EOG. Podczas organizowanych spotkań na różnym szczeblu ustalali oni wielkość produkcji i podział rynku, a nadto uzgadniali ceny w ramach tzw. inicjatyw cenowych. Włoski przedsiębiorca Anic SpA uczestniczył w spotkaniach i był uwzględniany w uzgodnieniach uczestników kartelu, ale Komisja nie dysponowała dokumentami (jak wewnętrzne instrukcje cenowe) potwierdzającymi, że ustalenia ze spotkań były następnie w przypadku tego podmiotu przekładane na praktykę rynkową. Zdaniem Komisji z obecności na spotkaniach i innych dokumentów można było jednak wyprowadzić wniosek o udziale przedsiębiorcy w niedozwolonym porozumieniu. W konsekwencji Komisja uznała Anic SpA odpowiedzialną za naruszenie prawa konkurencji i nałożyła na przedsiębiorcę karę pieniężną.

---

494 L. Solek, *Passive participation in anticompetitive agreement*, JECLP, 2017, vol. 8, no. 1, str. 15.  
495 Decyzja Komisji z dnia 23.04.1986 r. w sprawie IV. 31.149 - Polypropylen, dalej jako sprawa Anic.

Należy zauważyć, że Komisja nie rozpatrywała sprawy pod kątem biernego udziału w niedozwolonym porozumieniu, lecz w oparciu o dostępny materiał dowodowy przyjęła, że Anic była uczestnikiem kartelu.

#### 3.4.2.2. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji<sup>496</sup>

Adresat decyzji, przekształcony w spółkę Enichem Anic SpA, zakwestionował w swojej skardze m.in. fakt regularnego udziału w spotkaniach kartelu oraz znaczenie przypisywane wewnętrznym dokumentom kartelu, w których spółka była wymieniana<sup>497</sup>. Enichem określiła swój udział w spotkaniach jako sporadyczny i zupełnie bierny. Nadto spółka zaprzeczyła, by realizowała w praktyce ustalenia ze spotkań i wskazała, że nie brała ich pod uwagę przy podejmowaniu działań rynkowych<sup>498</sup>.

W odpowiedzi na ten zarzut Komisja wskazała, że przedsiębiorca, który uczestniczył w spotkaniu, na którym omawiano uzgodnienia cen lub wielkości produkcji, nie może bronić się, wskazując, że jego udział był całkowicie bierny. Zdaniem Komisji nie ma bowiem różnicy pomiędzy samą obecnością na spotkaniu a akceptacją podjętych tam decyzji, gdyż już sam udział pozwala konkurentom wierzyć, że dany przedsiębiorca będzie przestrzegał uzgodnionej linii działania<sup>499</sup>.

Analizując argumenty Enichem, SPI wskazał, że zebrane przez Komisję dowody przeczą twierdzeniu, jakoby rola spółki była czysto bierna<sup>500</sup>. Skoro natomiast zostało wykazane, że Anic brała udział w spotkaniach, w braku odmiennych dowodów, nie można przyjąć, że nie popierała ona uzgodnień cenowych, które były podejmowane, planowane i monitorowane podczas spotkań<sup>501</sup>. Sąd dokonał przy tym rozróżnienia udziału w antykonkurencyjnej inicjatywie podczas spotkania od wprowadzenia jej w życie. Zdaniem SPI brak dowodów na implementację kartelu nie stoi natomiast na przeszkodzie stwierdzeniu udziału spółki w niedozwolonym porozumieniu<sup>502</sup>.

#### 3.4.2.3. Wyrok Trybunału<sup>503</sup>

Spółka Enichem, ponownie zmieniawszy firmę na Anic Partecipazioni SpA, wniosła apelację od wyroku SPI, wskazując m.in., że błędnie ulokował ciężar dowodu na przedsiębiorcy, żądając, by to on wykazał, że jego udział w spotkaniu, na którym omawiano antykonkurencyjne działania, nie oznaczał, że wspierała ona te działania. Zdaniem Anic takie podejście zwalniało w istocie Komisję z wykazania, że doszło do antykonkurencyjnej praktyki. Spółka podkreśliła dalej, że sama obecność na spotkaniu dowodzi jedynie, że dysponowała ona wiedzą o porozumieniu, ale wykazanie zgodności woli wymagałoby przedstawienia dodatkowych dowodów<sup>504</sup>.

496 Wyrok SPI z dnia 17.12.1991 r. w sprawie T-6/89 – Enichem Anic SpA, dalej jako Wyrok SPI w sprawie Enichem Anic.

497 Wyrok SPI w sprawie Enichem Anic, nb. 76 i n.

498 Wyrok SPI w sprawie Enichem Anic, nb. 79, 81.

499 Wyrok SPI w sprawie Enichem Anic, nb. 84.

500 Wyrok SPI w sprawie Enichem Anic, nb. 99-100.

501 Wyrok SPI w sprawie Enichem Anic, nb. 112, 110.

502 Wyrok SPI w sprawie Enichem Anic, nb. 112-13.

503 Wyrok Trybunału z dnia 8.07.1999 r. w sprawie C-49/92 P – Anic Partecipazioni SpA, dalej jako Wyrok Trybunału w sprawie Anic.

504 Wyrok Trybunału w sprawie Anic, nb. 93, 94.

Trybunał nie podzielił stanowiska skarżącej i wskazał, zgodnie ze stanowiskiem Komisji, że Sąd Pierwszej Instancji postąpił właściwie, przyjmując, że to Anic powinna przedstawić dowody na to, że nie przyłączyła się do antykonkurencyjnych inicjatyw, które były przedmiotem spotkania, w którym uczestniczyła. Zdaniem Trybunału taka ocena nie stanowiła naruszenia zasad rozkładu ciężaru dowodu<sup>505</sup>. Nadto Trybunał odrzucił jako irrelewantne twierdzenie Anic, że jej działanie na rynku było niezależne od ustaleń odnośnie do inicjatyw cenowych<sup>506</sup>. W dalszej części uzasadnienia Trybunał ustanowił nadto domniemanie<sup>507</sup>, że przedsiębiorca, który uczestniczy w uzgodnieniach i następnie pozostaje aktywny na rynku przy kształtowaniu swojego zachowania, bierze pod uwagę informacje wymienione z konkurentami<sup>508</sup>.

#### 3.4.2.4. Podsumowanie

Zarysowana tu sprawa dała początek linii orzeczniczej dość surowo podchodzącej do kwestii oceny odpowiedzialności antymonopolowej przedsiębiorcy biernie uczestniczącego w porozumieniu, nawet gdy brak jest dowodów na aktywne wprowadzenie przez niego w życie uzgodnionych działań. Sprawę Anic należy postrzegać jako przykład postępowania, w którym problemem były bardziej przedstawienie i ocena dowodów niż przypisanie odpowiedzialności za bierną postawę wobec kartelu. Spór ogniskował mianowicie wokół pytania, czy uczestnictwo w spotkaniu, na którym omawiane są antykonkurencyjne zagadnienia, jest wystarczające do przyjęcia udziału w zakazanym porozumieniu w sytuacji braku dowodów na późniejszą implementację poczynionych uzgodnień.

Przeanalizowana pokrótce sprawa jest o tyle doniosła, że stworzyła pierwsze zarysy konstrukcji odpowiedzialności przedsiębiorcy za bierny udział w porozumieniu. Wyrok SPI przesądził (a wyrok Trybunału potwierdził), iż można uznać uczestnika spotkania, którego przedmiotem są antykonkurencyjne działania, za uczestnika porozumienia, niezależnie od jego późniejszych zachowań rynkowych. To na przedsiębiorcy spoczywa ciężar wykazania, że w rzeczywistości nie uczestniczył on w niedozwolonych inicjatywach. Otwarte pozostało jednak pytanie, jakiego typu dowody byłyby wystarczające, by wykazać tę okoliczność. Kwestia ta jednak szybko powróciła w kolejnych postępowaniach.

#### 3.4.3. Sprawa Cement (Aalborg Portland)

##### 3.4.3.1. Stan faktyczny i decyzja Komisji<sup>509</sup>

Pytanie o odpowiedzialność biernego uczestnika antykonkurencyjnego porozumienia stało się przedmiotem rozważań w sprawie paneuropejskiego kartelu na rynku cementu, w którym udział miało wziąć łącznie kilkudziesięciu producentów oraz związków przedsiębiorców z tej branży. Przedmiotem porozumienia był podział rynku, ograniczenie handlu międzypaństwowego oraz wymiana informacji biznesowych

505 Wyrok Trybunału w sprawie Anic, nb. 96.

506 Wyrok Trybunału w sprawie Anic, nb. 97.

507 W literaturze mówi się o tzw. domniemaniu Anic (ang. *Anic presumption*).

508 Wyrok Trybunału w sprawie Anic, nb. 121.

509 Decyzja Komisji z dnia 30.11.1994 r. w sprawie IV.33.126 i 33.322 - Cement, dalej jako sprawa Aalborg Portland.

między uczestnikami. Głównym celem porozumienia była ochrona krajowych rynków (ang. *home markets*) przed towarami pochodzącymi z innych państw i respektowania swoistego pierwszeństwa przedsiębiorców mających w nich swoje siedziby. Uczestnicy podejmowali nadto środki mające na celu ochronę rynku zachodnioeuropejskiego przed napływem cementu z Grecji. Antykonkurencyjne uzgodnienia były podejmowane podczas spotkań delegatów, ich podgrup oraz komitetu zarządzającego. Powołane zostały także specjalne ciała do realizacji określonych działań i środków. Ponadto uczestnicy kartelu z sąsiednich państw wymieniali między sobą informacje w stosunkach bilateralnych, w szczególności dotyczące cen.

Komisja uznała, że opisane działania stanowiły pojedyncze i ciągłe porozumienie, którego celem było ograniczenie konkurencji. Na uczestników, w tym także związków przedsiębiorców, nałożone zostały kary finansowe na podstawie art. 15 ust. 2 Rozporządzenia nr 17.

### 3.4.3.2. Wyrok SPI<sup>510</sup>

W efekcie skargi na nieważność decyzji Komisji złożonej przez część uczestników postępowania antymonopolowego wydany został przez Sąd Pierwszej Instancji prawdopodobnie jeden z najdłuższych wyroków w historii europejskiego orzecznictwa, obejmujący 1175 stron oraz 5134 numery boczne uzasadnienia. W kontekście niniejszej rozprawy istotniejsze od obszerności uzasadnienia jest jednak to, że wielu spośród skarżących podniosło w swoich skargach na nieważność fakt, że brali oni udział w spotkaniach w całkowicie biernej roli bądź też ich blisko bierna rola nie została przez Komisję adekwatnie uwzględniona przy wymiarze kary<sup>511</sup>. Jednym z adresatów decyzji podnoszących taki zarzut był duński producent cementu Aalborg Portland. Na poparcie swojego twierdzenia spółka wskazała nieco absurdalny argument, że obydwa spotkania, w których uczestniczył jej przedstawiciel, były prowadzone w języku francuskim, którym to językiem ów przedstawiciel nie włada, co uniemożliwiło mu zrozumienie dyskusji oraz przedstawienie własnego stanowiska<sup>512</sup>. Sąd trafnie wytknął, że niewiarygodne było, by przedstawiciel przedsiębiorcy dwukrotnie wybierał się na spotkania przeprowadzane wyłącznie w języku, którego nie rozumiał. Co więcej, z materiału dowodowego wynikało, że na czas spotkań planowano zapewnienie tłumaczenia symultanicznego. Odnosząc się natomiast do rzekomo biernej roli Aalborg w porozumieniu, SPI wskazał, że samą obecnością na spotkaniach spółka wspierała porozumienie bądź co najmniej sprawiała wobec pozostałych uczestników wrażenie, że je wspiera<sup>513</sup>. Sąd podkreślił przy tym, że Aalborg nie próbowała nawet udowodnić, że zdystansowała się publicznie wobec uzgodnień podejmowanych na spotkaniach. W konsekwencji - jak skonkludował SPI - Komisja była uprawniona do przyjęcia, że spółka brała udział w porozumieniu.

510 Wyrok SPI z dnia 15.03.2000 r. w połączonych sprawach T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 i T-104/95 - Cimenteries CBR SA i inni, dalej jako Wyrok SPI w sprawie Cimenteries CBR SA.

511 Zob. Wyrok SPI w sprawie Cimenteries CBR SA, nb. 1385, 1849, 2318, 3235, 3245, 4934, 4936, 4939.

512 Wyrok SPI w sprawie Cimenteries CBR SA, nb. 1384.

513 Wyrok SPI w sprawie Cimenteries CBR SA, nb. 1385.



### 3.4.3.3. Wyrok Trybunału<sup>514</sup>

Rozpatrując apelację m.in. spółki Aalborg, Trybunał przedstawił rozbudowaną analizę zagadnienia odpowiedzialności biernego uczestnika spotkania. W pierwszej kolejności Trybunał przywołał utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym wystarczy, by Komisja wykazała, że dany przedsiębiorca brał udział w spotkaniach, podczas których zawarto antykonkurencyjne porozumienie bez wyraźnego zdystansowania się do niego, by uznać, że udział tego przedsiębiorcy w porozumieniu został wykazany zgodnie z wymaganym standardem dowodu. To przedsiębiorca musi w takich okolicznościach wykazać, że jego udział w spotkaniu był pozbawiony jakichkolwiek antykonkurencyjnych zamiarów oraz że wskazał pozostałym uczestnikom, iż uczestniczy w spotkaniu w innym duchu niż pozostali (ang. *in a spirit that was different from theirs*)<sup>515</sup>. Uzasadnieniem dla takiego podejścia jest zdaniem Trybunału okoliczność mówiąca, że bierna postawa przedsiębiorcy pozwala pozostałym uczestnikom porozumienia wierzyć, że będzie on wspierał porozumienie i postępował zgodnie z ustaleniami<sup>516</sup>.

Trybunał powiązał powyższe z koncepcją jednolitego i ciągłego naruszenia, wskazując, że strona, która po cichu zgadza się na niedozwoloną inicjatywę bez publicznego zdystansowania się do niej bądź zgłoszenia jej do właściwych organów, efektywnie zachęca do kontynuowania naruszenia i udaremnia jego wykrycie. Taki współudział (ang. *complicity*) stanowi natomiast bierną formę udziału w porozumieniu, która może uzasadniać przypisanie przedsiębiorcy odpowiedzialności za jednolite naruszenie<sup>517</sup>. Zdaniem Trybunału bez znaczenia pozostają natomiast takie kwestie jak brak implementacji uzgodnień ze spotkania bądź podrzędna rola lub brak udziału we wszystkich aspektach porozumienia<sup>518</sup>. Trybunał przypomniał jednak równocześnie, że przedsiębiorca winien mieć możliwość przedstawienia dowodów, które pozwolą na odmienną interpretację ustalonych faktów i rzucą inne światło na sprawę<sup>519</sup>.

### 3.4.3.4. Podsumowanie

Zarysowana powyżej sprawa była kolejnym istotnym krokiem w kierunku ukształtowania przez orzecznictwo reguł oceny biernego zachowania przedsiębiorcy wobec antykonkurencyjnego porozumienia. Dostrzec należy, że SPI i Trybunał większe znaczenie przypisały w tej sprawie percepcji biernego postawy przedsiębiorcy przez pozostałych uczestników porozumienia. To właśnie wrażenie, choćby fałszywe, że mogą oni liczyć na wsparcie biernego przedsiębiorcy, dające im poczucie pewności, przesądza o potrzebie przypisania odpowiedzialności biernemu uczestnikowi. SPI i Trybunał zdają się przyjmować, że brak sprzeciwu ze strony uczestnika spotkania daje członkom antykonkurencyjnej inicjatywy poczucie siły i stabilności.

Orzecznictwo poszło w analizowanej sprawie o krok dalej i przyjęło, bazując na koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia i rozwijając ją, że brak wyraźnego zdystan-

514 Wyrok Trybunału z dnia 7.01.2004 r. w sprawach połączonych C-2004/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C- 217/00 P, C-219/00 P - Aalborg Portland i in., dalej jako Wyrok Trybunału w sprawie Aalborg Portland.

515 Wyrok Trybunału w sprawie Aalborg Portland, nb. 81.

516 Wyrok Trybunału w sprawie Aalborg Portland, nb. 82.

517 Wyrok Trybunału w sprawie Aalborg Portland, nb. 83, 84.

518 Wyrok Trybunału w sprawie Aalborg Portland, nb. 85, 86.

519 Wyrok Trybunału w sprawie Aalborg Portland, nb. 87.

sowania się bądź poinformowania organów pozwala na przypisanie biernemu przedsiębiorcy odpowiedzialności nie tylko za sam fakt uczestnictwa w porozumieniu, ale za całość jednolitego porozumienia, w tym aspekty, w których sam nie uczestniczył. Brak sprzeciwu wobec omawianej na spotkaniu antykonkurencyjnej inicjatywy, nawet dotyczącej działań innych uczestników porozumienia, daje zatem - zdaniem organów - podstawę do przypisania odpowiedzialności antymonopolowej za całość porozumienia biernemu przedsiębiorcy. W przeanalizowanej sprawie nie chodziło już więc tylko o odpowiedź na pytanie, czy z samego udziału w spotkaniu bez następczej realizacji uzgodnień można wywodzić udział w porozumieniu. Pod pojęciem *passive mode of participation* organy - jak się zdaje - zaczęły postrzegać bardziej stan cichej akceptacji praktyki, który zachęca do kontynuacji naruszenia, nawet gdy przedsiębiorca sam nie podejmuje żadnych działań na rynku.

### 3.4.4. Sprawa Pre-Insulated Pipes (Henss/Isoplus)

#### 3.4.4.1. Stan faktyczny i decyzja Komisji<sup>520</sup>

Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie był kartel zawiązany pierwotnie na rynku duńskim, a następnie rozszerzony na inne państwa europejskie, a dotyczący produkcji specjalnego typu rur do zastosowania w systemach centralnego ogrzewania. Uczestnicy kartelu dokonali pomiędzy sobą podziału rynków krajowych i zagranicznych w oparciu o uzgodnione udziały procentowe, ustalali ceny produktów i indywidualnych projektów oraz podział zamówień, podejmowali działania zmierzające do zmanipulowania wyników przetargów, wykorzystywali normy jakościowe do sztucznego podtrzymywania cen na wysokim poziomie i zapobiegania wprowadzaniu nowych technologii pozwalających na oszczędności, a nadto podejmowali kroki (bojkot, podkupywanie pracowników) w celu zaszkodzenia konkurentowi nieuczestniczącemu w porozumieniu w celu wyparcia go z rynku. Już samo wyliczenie tych praktyk ukazuje skalę działań oraz rozmach porozumienia. Antykonkurencyjne działania były omawiane podczas spotkań na dwóch szczeblach. Główne kwestie ustalane były podczas spotkań dyrektorów w ramach tzw. *directors' club*, zaś implementacja na poziomie krajowym była przedmiotem rozmów podczas spotkań grup kontaktowych (ang. *contact groups*). Nadzór nad niższym szczeblem kartelu sprawował klub dyrektorów. Mając na uwadze te okoliczności, Komisja uznała, że uczestnicy porozumienia naruszyli art. 85 TWE (poprzednika art. 101 TFUE) i nałożyła na nich kary pieniężne na podstawie Rozporządzenia nr 17.

#### 3.4.4.2. Wyrok SPI<sup>521</sup>

Adresaci decyzji należący do grupy Henss/Isoplus wnieśli do SPI skargę na nieważność powyższej decyzji, podnosząc m.in., że wypracowana w orzecznictwie metoda

520 Decyzja Komisji z dnia 21.10.1998 r. w sprawie IV/35.691/E-4: Pre-Insulated Pipes, dalej jako decyzja w sprawie Henss/Isoplus; krótkie omówienie całej sprawy przedstawia: I. Breit, *The „Pre-insulated pipes” judgement: the European Court of Justice confirms the legality of the Commission’s Guidelines on fines*, Competition Policy Newsletter, number 3 - Autumn 2005, str. 78, dostęp: [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2005\\_3\\_78.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2005_3_78.pdf).

521 Wyrok SPI z dnia 20.03.2002 r. w sprawie T-9/99, HFB i inni, dalej jako Wyrok SPI w sprawie HFB; od ww. decyzji skargi wniesione zostały także przez innych jej adresatów.

przypisywania odpowiedzialności antymonopolowej przedsiębiorcy, który nie zdystansował się publicznie od omawianych na spotkaniu antykonkurencyjnych planów, powinna być rozumiana zawężająco, z uwzględnieniem specyfiki sytuacji, gdy niewielki podmiot uczestniczy biernie w spotkaniu organizowanym przez przedsiębiorcę dominującego<sup>522</sup>.

Sąd nie zgodził się z argumentacją przedsiębiorcy, wskazując, że siła rynkowa jest kwestią irrelevantną dla przypisania odpowiedzialności w przypadku biernego udziału w porozumieniu, gdyż słabszy rynkowo podmiot może zawsze poinformować organy o zawazanym porozumieniu<sup>523</sup>. SPI powtórzył nadto znaną z wcześniejszego orzecznictwa formułę, że uczestnictwo przedsiębiorcy w spotkaniu o antykonkurencyjnych celach, choćby nie aktywne, może być odczytane jako uczestnictwo w kartelu wynikającym z tego spotkania, jeżeli ów przedsiębiorca nie zdystansuje się publicznie do przedmiotu rozmów, gdyż inaczej daje do zrozumienia, że wspiera rezultaty spotkania i będzie postępował zgodnie z ustaleniami<sup>524</sup>.

#### 3.4.4.3. Wyrok Trybunału<sup>525</sup>

Henss/Isoplus wniósł odwołanie od wyroku SPI, kwestionując m.in. możliwość przypisania mu odpowiedzialności w oparciu o stwierdzenie udziału jego przedstawiciela w spotkaniach, mających antykonkurencyjne cele. Skarżący powtórzył w uzasadnieniu, że przedsiębiorca uczestniczący biernie w spotkaniach organizowanych przez przedsiębiorcę dominującego lub o silnej pozycji winien zostać uwolniony od odpowiedzialności za porozumienie, jeżeli nie przystąpił do realizacji postanowień uzgodnionych podczas spotkania<sup>526</sup>.

Trybunał odrzucił argumentację skarżącego z powołaniem na utrwalone orzecznictwo. Aby stwierdzić udział w kartelu, wystarczy, zdaniem Trybunału, by Komisja wykazała, że dany przedsiębiorca uczestniczył w spotkaniu, na którym zawiązane zostało antykonkurencyjne porozumienie, bez wyraźnego zdystansowania się do niego. W takiej sytuacji to na przedsiębiorcy spoczywa ciężar wykazania, że jego uczestnictwo w spotkaniu było pozbawione jakiegokolwiek antykonkurencyjnego zamiaru, poprzez udowodnienie, że wskazał pozostałym obecnym, że uczestniczy w spotkaniu w innym duchu niż oni<sup>527</sup>. Dalej Trybunał powtórzył, przywołując wcześniejsze orzecznictwo w sprawie Aalborg Portland, że ciche sprzyjanie antykonkurencyjnej inicjatywie bez publicznego zdystansowania się do niej bądź poinformowania organów efektywnie zachęca do kontynuowania naruszenia i utrudnia jego wykrycie. Taki współudział (ang. *complicity*) stanowi bierną formę udziału w porozumieniu, która może być podstawą przypisania odpowiedzialności za jednolite naruszenia prawa konkurencji<sup>528</sup>. Trybunał dodał nadto, powołując się na wcześniejsze orzecznictwo,

522 Wyrok SPI w sprawie HFB, nb. 220-221.

523 Wyrok SPI w sprawie HFB, nb. 226.

524 Wyrok SPI w sprawie HFB, nb. 223.

525 Wyrok Trybunału z dnia 28.06.2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, Dansk Rorindustri i in., dalej jako Wyrok Trybunału w sprawie Dansk Rorindustri.

526 Wyrok Trybunału w sprawie Dansk Rorindustri, nb. 136.

527 Wyrok Trybunału w sprawie Dansk Rorindustri, nb. 142.

528 Wyrok Trybunału w sprawie Dansk Rorindustri, nb. 143.

że brak implementacji porozumienia nie jest wystarczającym dowodem na odcięcie się od kartelu<sup>529</sup>.

#### 3.4.4.4. Podsumowanie

Komentowana sprawa jest kolejnym przykładem zastosowania koncepcji odpowiedzialności za bierny udział w porozumieniu. Analizowany przypadek był jednak o tyle istotny, że rozważono w nim pytanie, czy uzasadnieniem dla braku wyraźnego zdystansowania się podczas spotkania o antykonkurencyjnym celu może być obawa przed odwetem ze strony silniejszego uczestnika porozumienia. Taka argumentacja wydaje się *prima facie* rozsądna z punktu widzenia praktyki biznesowej. Mali gracze rynkowi mogą rzeczywiście odczuwać presję ze strony silniejszych podmiotów, szczególnie gdy inicjatywa kartelu wychodzi właśnie ze strony dominanta, dysponującego wpływem i kapitałem. Organy odrzuciły jednak możliwość wyłączenia odpowiedzialności z powołaniem na takie okoliczności. Przedsiębiorcy, który obawia się sprzeciwić podczas spotkania, zawsze bowiem pozostaje możliwość raportowania do organów ochrony konkurencji. Trafność tej konstatacji jest dyskusyjna - zgłoszenie zdarzenia organom nie chroni bowiem całkowicie przed środkami odwetowymi ze strony uczestników niedozwolonego porozumienia, w szczególności zaś bojkotem lub ostracyzmem w grupie towarzyskiej. Z argumentacji organów można jednak wnosić, że rozstrzygające w zakresie odpowiedzialności biernego uczestnika jest zachowanie przedsiębiorcy podczas samego spotkania. Brak negatywnej reakcji zachęca bowiem pozostałych do antykonkurencyjnych działań i o tyle je ułatwia, że daje im poczucie pewności, że wszyscy obecni popierają daną inicjatywę i nie będą utrudniać jej implementacji. Po spotkaniu jedynym sposobem na wyłączenie odpowiedzialności jest zaś poinformowanie właściwych organów.

#### 3.4.5. Sprawa Eturas<sup>530</sup>

##### 3.4.5.1. Stan faktyczny

Ostatnia ze spraw wyselekcjonowanych do analizy w tej części pracy jest o tyle szczególna, że decyzja stwierdzająca naruszenie nie została wydana przez Komisję, a przez litewski organ ochrony konkurencji (radę ds. konkurencji). Przedmiotem postępowania była uzgodniona praktyka, do której miało dojść za pośrednictwem internetowego systemu rezerwacji wycieczek. Administrator systemu, spółka Eturas, poinformowawszy zawczasu użytkowników (biura podróży) o swoim zamiarze, wprowadził w nim automatyczne ograniczenie wysokości rabatu. W toku odwołania od decyzji stwierdzającej naruszenie unijnego prawa konkurencji przez Eturas oraz biura podróży litewski sąd, powziąwszy wątpliwości odnośnie do wykładni art. 101 TFUE, skierował do TSUE pytanie prejudycjalne, otwierając drogę do wypowiedzenia się przez Trybunał odnośnie do dwóch kwestii:

1. Czy art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji, gdy podmioty gospodarcze uczestniczą w skomputeryzowanym systemie in-

529 Wyrok Trybunału w sprawie Dansk Rorindustri, nb. 144.

530 Wyrok TSUE z dnia 21.01.2016 r. w sprawie C-74/14 Eturas, dalej jako Wyrok TSUE w sprawie Eturas.

formacyjnym tego rodzaju jak ten opisany w niniejszej sprawie, a rada ds. konkurencji dowiodła, że do systemu tego wprowadzono informację o ograniczeniach stosowanych rabatów, a w jego ramach ustanowiono techniczne ograniczenie stosowanych stawek rabatu, można domniemywać, że te podmioty gospodarcze były lub powinny były być świadome tej wprowadzonej do skomputeryzowanego systemu informacyjnego informacji i, nie sprzeciwiając się stosowaniu takiego ograniczenia rabatów, wyraziły milczącą zgodę na stosowanie tego ograniczenia cenowego i z tego względu mogą zostać uznane za odpowiedzialne za uczestnictwo w praktyce uzgodnionej w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE?

2. Jeśli na pierwsze pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej: jakie czynniki należy uwzględnić przy ustalaniu tego, czy podmioty gospodarcze uczestniczące we wspólnym skomputeryzowanym systemie informacyjnym, w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, uczestniczyły w praktyce uzgodnionej w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE?”.

Pytania te sformułowane zostały na gruncie następującego stanu faktycznego. Litewska spółka Eturas jest administratorem systemu pozwalającego na dokonywanie rezerwacji wycieczek *online*, który na podstawie licencji wykorzystywany jest przez liczne biura podróży. W okresie poprzedzającym naruszenie Eturas zwróciło się do nich z prośbą o wypowiedzenie się co do obniżenia stawek rabatu z 4% do wysokości 3-1%. Wiadomość została wysłana za pomocą poczty elektronicznej. Następnie administrator systemu dokonał w nim technicznej zmiany, która automatycznie redukowała oferowane przez biura podróży rabaty do wysokości stawki 3%. Wprowadzeniu zmiany towarzyszyło wysłanie do wszystkich użytkowników informacji systemowej za pomocą wewnętrznego kanału komunikacji. Wskazano w niej, że rabaty mogą być udzielane w wysokości w zakresie od 0 do 3%, a zaoferowanie wyższej stawki rabatu zostanie automatycznie zredukowane do poziomu 3%. Biura podróży różnie zareagowały na taki rozwój sytuacji: jedne obniżyły stawki rabatów do maksymalnej wysokości 3%, inne nie zmieniły stawek, gdyż już wcześniej stosowały rabaty nieprzekraczające 3% lub w okresie objętym postępowaniem nie sprzedały żadnej wycieczki za pośrednictwem systemu. Litewski organ ochrony konkurencji przyjął, że biura podróży, które nie zgłosiły sprzeciwu wobec takiego uzgodnienia, ponoszą odpowiedzialność za naruszenie prawa konkurencji w formie uzgodnionej praktyki. Otrzymana wiadomość usuwała bowiem stan niepewności co do działań rynkowych konkurentów, gdyż biura podróży mogły racjonalnie przyjąć, że wszyscy będą stosować rabaty nie wyższe niż 3%. Litewski organ poczytał to za formę wymiany informacji, która została w sposób dorozumiany zaakceptowana. Sąd odsyłający zwrócił nadto uwagę na to, że jako podmioty profesjonalne biura podróży powinny były działać z należytą starannością i monitorować informacje przesyłane przez system. Co ciekawe, odpowiedzialność antymonopolową przypisano także spółce Eturas za ułatwienie popełnienia naruszenia. Odwołując się od decyzji, biura podróży podniosły, że Eturas działała samodzielnie, a one nie złożyły żadnego oświadczenia woli uczestniczenia w porozumieniu. Część biur zaprzeczyła także, by zapoznała się z informacją systemową. Rozpatrując odwołanie sąd uznał, że istotą sprawy jest rozstrzygnięcie, czy przesłanie informacji systemowej zawierającej antykonkurencyjne uzgodnienia może stanowić podstawę do przyjęcia bądź domniemania, że adresaci wiedzieli o takim jej charakterze oraz treści.



### 3.4.5.2. Opinia rzecznika generalnego<sup>531</sup>

Rzecznik generalny wyszedł od skonstatowania, że w istocie w sprawie poszukuje się odpowiedzi na pytanie, czy sytuację, w której administrator systemu wprowadza jednolite ograniczenie maksymalnej stawki rabatu w systemie wykorzystywanym przez biura podróży, informując o tym fakcie za pomocą wiadomości systemowej, można uznać za uzgodnioną praktykę w rozumieniu unijnego prawa konkurencji<sup>532</sup>. M. Szpunar, podkreślając wagę wzajemności dla zaistnienia uzgodnionej praktyki, wyjaśnił dalej, że brak odpowiedzi na informację o niedozwolonej inicjatywie może zostać odczytany jako dorozumiana zgoda, o ile okoliczności sprawy sprzyjają osiągnięciu milczącej zgody<sup>533</sup>. Rzecznik przywołał tu orzeczenie w sprawie Aalborg Portland<sup>534</sup>, zgodnie z którym sam brak reakcji wobec antykonkurencyjnych zamiarów może doprowadzić pozostałych do przyjęcia, że dany przedsiębiorca będzie wspierał taką inicjatywę i postępował zgodnie z ustaleniami<sup>535</sup>. Do przyjęcia świadomego uczestnictwa w uzgodnionej praktyce kontekst interakcji musi pozwalać na założenie, że adresat wie, że konkurent uzna jego milczenie za zgodę i będzie liczył na działanie wzajemne, nawet w przypadku braku odpowiedzi<sup>536</sup>. Jeżeli z kolei informacja pochodzi od podmiotu trzeciego, nie konkurenta, to o zмовie będzie można mówić wtedy, gdy adresat będzie zdawał sobie sprawę z tego, że informacja pochodzi w istocie od konkurenta lub co najmniej zostanie mu ona przekazana<sup>537</sup>. Z tych dwóch myśli rzecznik generalny wyprowadził wniosek, że w przypadku jak w analizowanej sprawie najistotniejszy jest kontekst interakcji. Sąd krajowy, oceniając sprawę, jest przy tym uprawniony do przyjęcia domniemania zapoznania się z komunikatem, gdzie byłoby wysoce prawdopodobne, że uważny i rozważny przedsiębiorca zapoznałby się z informacją systemową<sup>538</sup>.

W dalszej części opinii przedmiotem analizy stało się pytanie, w jaki sposób przedsiębiorcy mogli w analizowanym przypadku publicznie zdystansować się od uzgodnionej praktyki. Zgodnie bowiem z orzecznictwem bierny uczestnik spotkania o antykonkurencyjnym przedmiocie może uniknąć odpowiedzialności za udział w niedozwolonym porozumieniu, o ile wykaże, że publicznie zdystansował się wobec takich inicjatyw w taki sposób, by pozostali uczestnicy pojęli, że jego uczestnictwo pozostaje w innym duchu, bądź też poinformuje organy o naruszeniu<sup>539</sup>. Orzecznictwo wielokrotnie rozważało tę kwestię w przypadku spotkań w świecie rzeczywistym, jednak sprawa Eturas była pierwszą, w której ujawniła się konieczność zaadaptowania dawno wypracowanej metodyki do świata wirtualnego. Zdaniem rzecznika generalnego nic nie stoi na przeszkodzie, by przenieść na grunt *online* ugruntowane orzecznictwo traktujące o biernym uczestnictwie w niedozwolonym porozumieniu. Niemniej wymaganie od adresata informacji systemowej, by wyraził swój sprzeciw wobec wszystkich uczestników porozumienia byłoby nieracjonalne<sup>540</sup>, także z uwagi na trudność w usta-

531 Opinia rzecznika generalnego Macieja Szpunara z dnia 16.07.2015 r. w sprawie C-74/14, Eturas, dalej jako Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Eturas.

532 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Eturas, nb. 37.

533 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Eturas, nb. 49.

534 Zob. rozdz. 3.3.3.

535 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Eturas, nb. 49.

536 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Eturas, nb. 49.

537 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Eturas, nb. 50.

538 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Eturas, nb. 56.

539 Zob. w szczególności sprawy omówione powyżej w tym rozdziale.

540 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Eturas, nb. 86-88.

leniu ich tożsamości. Rzecznik generalny dopuścił więc, by publiczne zdystansowanie ograniczyć do poinformowania administratora systemu oraz uczestników, których tożsamość jest znana<sup>541</sup>. Przedsiębiorca musi w sposób wyraźny i bez nieuzasadnionej zwłoki poinformować ich o swoim sprzeciwie i intencji niestosowania się do uzgodnionej praktyki - samo niestosowanie się do uzgodnień w praktyce byłoby bowiem trudne do odróżnienia od oszukiwania pozostałych uczestników kartelu<sup>542</sup>. W sprawie Eturas publiczne zdystansowanie się wymagało skorzystania ze wszystkich racjonalnie dostępnych środków, a ostatecznie także poinformowania właściwych organów<sup>543</sup>.

### 3.4.5.3. Wyrok prejudycjalny

W wyroku Trybunał zasadniczo zgodził się z kierunkiem wykładni zaproponowanym przez rzecznika generalnego. W pierwszej kolejności TSUE przywołał orzecznictwo dotyczące biernego udziału w naruszeniu. W braku wyraźnego zdystansowania się wobec nielegalnej inicjatywy bądź poinformowania o niej organów obecność na spotkaniu, na którym omawiane są antykonkurencyjne działania, może wskazywać na zмовę, gdyż taka milcząca zgoda zachęca pozostałych do kontynuowania naruszenia i utrudnia jego wykrycie<sup>544</sup>. Co interesujące, Trybunał nie powołał się tu na orzeczenie w sprawie Aalborg Portland, przywołane przez rzecznika generalnego, ale na wyrok w sprawie AC-Treuhand II, choć stan faktyczny tej sprawy różnił się znacznie od tu analizowanej.

Rozważając dopuszczalność przyjęcia domniemania zapoznania się z przesłaną w systemie informacją, Trybunał przypomniał, że zasadniczo, zgodnie z art. 2 Rozporządzenia 1/2003, ciężar wykazania zaistnienia naruszenia spoczywa na organie. Jednocześnie kwestie oceny dowodów, ich standardu oraz stosowania ewentualnych domniemań należą, zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej, do wewnętrznego porządku państw członkowskich. Z zasady skuteczności wynika jednak, że naruszenie prawa konkurencji można wykazać przy wykorzystaniu nie tylko dowodów bezpośrednich, ale także szeregu zbiegów okoliczności i poszlak, które w przypadku braku innego wyjaśnienia mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Przy ich uwzględnieniu nie narusza zasady domniemania niewinności przyjęcie domniemania wzruszalnego zapoznania się z informacją systemową z zastrzeżeniem dowodu przeciwnego<sup>545</sup>. Sąd orzekający w sprawie nie powinien - zdaniem TSUE - stawiać stronom nierealnych i nadmiernych wymagań odnośnie do dowodu obalającego domniemanie zapoznania się z treścią informacji systemowej. Jako przykłady Trybunał wskazał wykazanie, że nie otrzymały one tej wiadomości, nie odczytały jej bądź odczytanie miało miejsce w późniejszym czasie<sup>546</sup>. Zdaniem TSUE w przypadku niewykazania, że przedsiębiorca zapoznał się z informacją systemową, nie można wywodzić uczestnictwa w uzgodnionej praktyce z samego faktu wprowadzenia do systemu ograniczenia technicznego bez wykazania na podstawie obiektywnych i spójnych poszlak, że przedsiębiorca wyraził milcząco zgodę na antykonkurencyjne działania<sup>547</sup>.

541 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Eturas, nb. 89.

542 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Eturas, nb. 90-93.

543 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Eturas, nb. 92.

544 Wyrok TSUE w sprawie Eturas, nb. 28.

545 Wyrok TSUE w sprawie Eturas, nb. 30-40.

546 Wyrok TSUE w sprawie Eturas, nb. 41.

547 Wyrok TSUE w sprawie Eturas, nb. 45.

W następnej kolejności Trybunał przeszedł do kwestii obalenia domniemania udziału w antykonkurencyjnej praktyce uzgodnionej za pomocą narzędzi cyfrowych. Stanowisko TSUE w tym zakresie należy uznać za przychylne przedsiębiorcom, idące nawet dalej niż opinia rzecznika generalnego. Obok znanych z utrwalonego orzecznictwa metod zdystansowania się (wyrażenie sprzeciwu wobec pozostałych uczestników bądź poinformowanie właściwych organów o antykonkurencyjnej praktyce) Trybunał przyjął, że możliwe jest przedstawienie także innych dowodów, w tym dowodu na systematyczne postępowanie wbrew uzgodnieniom<sup>548</sup>. Trybunał podzielił też stanowisko rzecznika generalnego mówiące, że w okolicznościach sprawy nie można było wymagać, by oświadczenie o sprzeciwie wobec proponowanej praktyki skierowane zostało do wszystkich konkurentów, którzy byli adresatami informacji systemowej - wystarczające byłoby skierowanie jasnego i wyraźnego sprzeciwu wobec administratora oprogramowania<sup>549</sup>.

#### 3.4.5.4. Podsumowanie sprawy

Głównym przedmiotem powyżej przeanalizowanej sprawy były zagadnienia dowodowe, obejmujące z jednej strony sposób wykazania przez organy, że przedsiębiorca zapoznał się z informacją o antykonkurencyjnej inicjatywie, z drugiej zaś - sposób obalenia przez przedsiębiorcę domniemania uczestnictwa w uzgodnionej praktyce. Dostrzec należy, że Trybunał wyraźnie rozróżnił te dwie kwestie: uzyskanie wiedzy oraz uczestnictwo w naruszeniu. Drugi przypadek może bowiem - jak wynika z orzeczenia - zachodzić wyłącznie w przypadku, gdy wykazano (także za pomocą domniemania popartego szeregiem spójnych i obiektywnych poszlak), że dany przedsiębiorca wiedział o porozumieniu (otrzymał informację systemową i zapoznał się z nią). Tym samym Trybunał odrzucił możliwość przypisania odpowiedzialności antymonopolowej w sytuacji, gdy przedsiębiorca jedynie „powinien był być świadomy” określonej informacji. Tylko bowiem pozytywna wiedza pozwala przyjąć domniemanie udziału w antykonkurencyjnym porozumieniu. Trybunał nie poszedł więc drogą, którą sugerowało pytanie prejudycjalne i odsyłający sąd, i nie przyjął, by na przedsiębiorcy ciążył szczególny obowiązek staranności, zakładający odpowiedzialność już w sytuacji, gdy można byłoby oczekiwać od danego przedsiębiorcy powzięcia określonej wiedzy.

Drugim ważnym spostrzeżeniem na gruncie analizowanej sprawy jest rozszerzony zakres dowodów, których przedstawienie przez przedsiębiorcę pozwala na obalenie domniemania o uczestnictwie w niedozwolonej praktyce antykonkurencyjnej. Choć orzecznictwo już wcześniej dopuściło przedstawienie innych dowodów na odcięcie się od kartelu niż tylko otwarte zdystansowanie się<sup>550</sup>, to wywodzenie braku zgody na udział w antykonkurencyjnej praktyce z zachowania na rynku było raczej słabo rokującą strategią obrony. Otwarcie takiej możliwości jest więc o tyle rewolucyjne, że dotąd orzecznictwo stało na stanowisku, że następczy brak realizacji uzgodnień bądź postępowanie im wbrew nie pozwala na uniknięcie odpowiedzialności za naruszenie zakazu porozumień. Jest to pozytywny kierunek zmian z punktu widzenia przedsiębiorców, jednak problematyczne pozostaje rozróżnienie takiej sytuacji od

548 Wyrok TSUE w sprawie Eturas, nb. 46, 49 z powołaniem na wyrok TSUE z dnia 17.09.2015 r. w sprawie C-634/13 P, Total Marketing Services, nb. 23-24.

549 Wyrok TSUE w sprawie Eturas, nb. 47-48.

550 Zob. wyrok TSUE z dnia 17.09.2015 r. w sprawie C-634/13 P, Total Marketing Services, nb. 23-24.

skądinąd znanego zjawiska oszukiwania innych uczestników kartelu, na co zwracał uwagę w swojej opinii rzecznik generalny. W tym kontekście entuzjazm praktyków może być jednak przedwczesny - nie można wykluczyć, że rozstrzygnięcie TSUE wynikało z faktu, że przedmiotem postępowania była uzgodniona praktyka a nie klasyczne porozumienie w sensie ścisłym. Elementami konstytutywnymi uzgodnionej praktyki są bowiem: uzgodnienie, zachowanie na rynku odpowiadające treści uzgodnienia i związek przyczynowo-skutkowy między nimi. Możliwe zatem, że Trybunał brak adekwatnego działania rynkowego, a nawet działanie wbrew uzgodnieniu, poczytał za brak realizacji znamion uzgodnionej praktyki.

Należy tu jeszcze wskazać, że zarysowany powyżej stan faktyczny obejmował nie tylko kwestię biernego udziału w wirtualnie uzgodnionej praktyce, ale występował w nim także podmiot - przedsiębiorstwo Eturas - który pełnił wobec pozostałych uczestników funkcji pomocnika. Działał on na innym (choć powiązonym) rynku niż biura podróży, jednak dostarczał im narzędzia służące do uzgodnienia maksymalnych stawek rabatu, a nadto niejako koordynował, bądź może i nawet zainicjował, funkcjonowanie porozumienia. Litewski organ ochrony konkurencji uznał Eturas za uczestnika porozumienia, tak jak poszczególne biura podróży. Ten aspekt sprawy nie umknął uwadze rzecznika generalnego M. Szpunara<sup>551</sup> ani komentatorów<sup>552</sup>. Przedstawione w opinii Szpunara tło sprawy pozwala natomiast dostrzec, że przedsiębiorstwo Eturas było także adresatem decyzji litewskiego organu ochrony konkurencji<sup>553</sup> - brak jest jednak szczegółowych informacji co do prawnej oceny i podstawy jego odpowiedzialności. Trybunał natomiast nie wypowiadał się w tej kwestii, gdyż wykraczała ona poza zakres pytania prejudycjalnego.

Na koniec należy jeszcze zauważyć, że przeanalizowany powyżej przypadek był niezwykle ciekawy z punktu widzenia szerszej tematyki niniejszej rozprawy, gdyż - choć tylko na marginesie - dotyczył on przypadku udzielenia pomocy kartelowi poprzez udostępnienie mu stosownego narzędzia umożliwiającego realizację antykonkurencyjnych uzgodnień. Pokazuje to, że pomocnikiem kartelu może stać się zarówno podmiot, który koordynuje lub optymalizuje funkcjonowanie zмовy poprzez świadczenie usług, jak i podmiot, który dostarcza potrzebne narzędzie. Uwidacznia się tu zatem w sposób wyraźny, że rozwój technologii może stanowić duże wyzwanie dla organów ochrony konkurencji.

#### 3.4.6. Podsumowanie oceny antymonopolowej sytuacji biernego uczestnika

Reasumując powyższe rozważania, należy wskazać, że na gruncie unijnego prawa konkurencji przedsiębiorca, który biernie uczestniczy w spotkaniu, podczas którego omawiane są antykonkurencyjne inicjatywy, bez otwartego zdystansowania się do tych planów lub poinformowania organów, musi liczyć się z odpowiedzialnością za naruszenie zakazu porozumień. Zdaniem organów brak implementacji poczynionych

551 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Eturas, nb. 42; rzecznik generalny wskazał, że w kwestii odpowiedzialności pomocnika kartelu wypowiedział się już inny rzecznik generalny - Nils Wahl - w opinii dotyczącej sprawy AC-Treuhand II (zob. rozdz. 3.2.4.5).

552 Zob. K. Kohutek, *Czy wystanie e-maila o treści antykonkurencyjnej stanowi praktykę uzgodnioną w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE?*, Głosa 3/2017, str. 97; S. Lawrance, M. Linsner, *Eturas - Any conclusions on platform collusion?*, Kluwer Competition Law Blog, dostęp: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/01/19/eturas-conclusions-platform-collusion/>.

553 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie Eturas, nb. 15.

uzgodnień nie stanowi co do zasady wystarczającego dowodu na brak zaangażowania w antykonkurencyjną praktykę. Sama już bowiem bierna postawa może zachęcać pozostałych uczestników do kontynuowania naruszenia. Należy odnotować, że choć część komentatorów to kwestionuje<sup>554</sup>, organy stosują określenia „bierny uczestnik spotkania” oraz „bierny uczestnik porozumienia” zamiennie.

Koncepcja odpowiedzialności biernego uczestnika porozumienia ewoluowała. Na początkowym etapie zdawała się być przede wszystkim odpowiedzią na problem wykazania udziału w zмовie przez danego przedsiębiorcę, gdy KE dysponowała jedynie dowodami obecności na spotkaniu. Rozważania organów oscylowały więc wokół pytania, czy sama obecność bez dowodów na faktyczną realizację uzgodnień w praktyce wystarcza do przypisania odpowiedzialności za naruszenie art. 101 TFUE. Szybko jednak doszło w orzecznictwie do przesunięcia akcentów. KE zdaje się już nie skupiać na brakujących dowodach aktywnego udziału w porozumieniu, ale wskazuje, że już bierna postawa daje podstawy do przypisania odpowiedzialności. Takie zachowanie przedsiębiorcy wobec niedozwolonych inicjatyw także może przynosić negatywne efekty rynkowe, gdyż daje uczestnikom porozumienia sygnał o cichym przyzwoleniu na daną praktykę. Pozwala ono mianowicie innym uczestnikom wierzyć, że dany przedsiębiorca będzie postępował zgodnie z uzgodnieniami i wspierał, jakkolwiek po cichu, ich antykonkurencyjne inicjatywy. Daje im tym samym poczucie bezpieczeństwa, stabilności, które ułatwia funkcjonowanie kartelu. Brak sprzeciwu jest więc przez nich postrzegany jako milcząca zgoda, która zachęca do kontynuowania naruszenia.

Dodać trzeba, że analizowana koncepcja przypisania odpowiedzialności znajduje zastosowanie nie tylko w przypadku spotkań, na których porozumienie jest zawiązywane, ale - jak wskazano w sprawie Aalborg Portland - także przypadków uzgadniania określonych inicjatyw w ramach jednolitego i ciągłego porozumienia. Wówczas bierna postawa przedsiębiorcy wobec antykonkurencyjnych planów innych przedsiębiorców, także takich, w których realizacji dany przedsiębiorca nie będzie partycypował, pozwala na przypisanie mu odpowiedzialności za całe porozumienie, obejmujące także aspekty, w których nie uczestniczył.

Mając na uwadze zarysowaną dynamikę rozwoju koncepcji odpowiedzialności biernego uczestnika porozumienia, można zasygnalizować wątpliwość, na ile uzasadnione jest na gruncie prawa konkurencji podobne wnioskowanie. Zbliża się ono bowiem blisko do nakładania na przedsiębiorców pozytywnych obowiązków zapobiegania antykonkurencyjnym praktykom poprzez dawanie „dobrego przykładu”. Z wywodów organów można bowiem wnosić, że karygodność bierności wobec antykonkurencyjnej inicjatywy wynika z okoliczności, że od danego przedsiębiorcy można było oczekiwać wyraźnego odcięcia się i pozbawienia tym samym pozostałych uczestników spotkania poczucia, że dysponują oni jego poparciem. Podobny pogląd prezentuje M. Król-Bogomińska, wskazując, iż odpowiedzialność za bierny udział można by porównać ze znaną prawu karnemu odpowiedzialnością za pomocnictwo przez zaniechanie, którego jednak zastosowanie uzależnione jest od zidentyfikowania po stronie przedsiębiorcy prawnego obowiązku niedopuszczenia do naruszenia, którego na gruncie unijnego prawa brak<sup>555</sup>.

554 M. Król-Bogomińska, *Zwalczanie karteli...*, str. 118-119.

555 M. Król-Bogomińska, *Zwalczanie karteli...*, str. 119-120.



Pewnym pocieszeniem z punktu widzenia przedsiębiorców jest fakt, że oceniana tu koncepcja zakłada możliwość przedstawienia przez biernego uczestnika dowodu na to, że w rzeczywistości nie uczestniczył on w porozumieniu. Ciężar wykazania takich okoliczności spoczywa na przedsiębiorcy. W teorii może on posłużyć się dowolnym środkiem dowodowym. Niemniej wykazanie braku uczestnictwa w niedozwolonym porozumieniu poprzez wskazanie na systematyczne postępowanie wbrew ustaleniom może nie zostać zaakceptowane przez organy ochrony konkurencji jako wystarczająco przekonujące. Nie byłoby tu też uprawnione wywodzenie zbyt optymistycznych wniosków z tez przedstawionych w orzeczeniu Eturas, gdyż zapadło ono na gruncie specyficznego stanu faktycznego.

Na koniec warto jeszcze poczynić kilka uwag odnośnie do stosowanej przez organy w sprawach biernego udziału terminologii. Podobnie jak w sprawach pomocników kartelu, organy posługiwały się na określenie roli biernego uczestnika określeniem *complicity*, którego zakres znaczeniowy obejmuje różne formy współudziału w czynie zabronionym i trudno jest znaleźć dla niego właściwy odpowiednik w polskim języku prawniczym. Uważam jednak, że ograniczanie go do „pomocnictwa”, jak uczyniono w tłumaczeniach niektórych orzeczeń<sup>556</sup> traktujących o biernym uczestnictwie w porozumieniu, nie jest poprawne i niepotrzebnie sugeruje kwalifikację prawną wkładu danego przedsiębiorcy w naruszenie.

### 3.5. Wnioski

W tej części rozprawy przeanalizowałam dorobek decyzyjny Komisji oraz orzecznicy Trybunału w zakresie przypisywania odpowiedzialności za naruszenie zakazu antykonkurencyjnych porozumień tzw. pomocnikom kartelu. Badanie miało na celu identyfikację spraw, w których ujawniło się to zagadnienie, oraz analizę podejścia organów do oceny działań pomocników w kontekście zakazu porozumień. Unijne organy ochrony konkurencji nie miały dotychczas zbyt wielu okazji, by wypowiedzieć się na ten temat, stąd konieczne było wyszukanie wszystkich przypadków zastosowania nowej koncepcji odpowiedzialności, by szczegółowo przeanalizować jej założenia. Poszukując spraw relewantnych dla niniejszej rozprawy, przyjąłam wstępne założenie, że pomocnik kartelu jest przedsiębiorcą, który samodzielnie nie podejmuje działań rynkowych na rynku, na którym zrealizować się ma ograniczenie konkurencji, ale swoim działaniem wspiera niedozwolone inicjatywy innych przedsiębiorców znajdujących się wobec siebie w stosunku konkurencji, w szczególności poprzez ułatwienie powzięcia i realizacji antykonkurencyjnych zamierzeń. Kwerenda decyzji Komisji Europejskiej ujawniła zaledwie kilka przypadków spraw, w których istotną rolę odgrywałby tak rozumiany pomocnik kartelu. Nadto w dwóch przypadkach KE potraktowała jak pomocnika przedsiębiorcę, którego wkład w antykonkurencyjną praktykę polegał m.in. na pośredniczeniu w przekazywaniu informacji biznesowych między konkurentami. Z tego względu przyjąłam, że analiza powinna obejmować także przypadki tzw. karteli gwiazdzistych. W istocie bowiem pośrednik w wymianie informacji sensytywnych ułatwia funkcjonowanie kartelu, umożliwiając konkurentom komunikację bez pozostawiania obciążających śladów. Jego sytuacja różni się jednak o tyle od pomocnika w sensie ścisłym, że działa na rynku powiązanym i zaistnienie porozumienia może wpływać także na jego sytuację. W toku analizy ww. spraw dostrzegłam, że organy

556 Zob. wyrok TSUE z dnia 6.12.2012 r. w sprawie C441/11 P, Verhuizingen Coppens, nb. 73.

ochrony konkurencji przy uzasadnianiu przypisania odpowiedzialności pomocnikowi kartelu odwołują się do paraleli do sytuacji biernego uczestnika porozumienia. Bierną postawą przedsiębiorca wspiera bowiem antykonkurencyjną praktykę, pomimo że sam faktycznie nie podejmuje działań rynkowych zmierzających do ograniczenia konkurencji. Z tego względu fragment powyższego rozdziału poświęcony został także takim przypadkom wspierania kartelu. Ostatecznie analiza objęła więc: przypadki nazwane przeze mnie pomocnictwem w sensie ścisłym, kartele typu *hub-and-spoke* oraz wyselekcjonowane przypadki biernego udziału w naruszeniu.

Pierwszym spostrzeżeniem, jakie należy poczynić po przeanalizowaniu wskazanych przypadków, jest brak konsekwencji terminologicznej w wypowiedziach organów. W decyzjach i wyrokach pojawia się cały wachlarz określeń dla podmiotów, które ułatwiają działania kartelu, w tym: „pomocnik”, „współsprawca”, „koordynator kartelu”, „wspólnik”. Udział w antykonkurencyjnym porozumieniu w takim charakterze określany jest z kolei jako „pomocnictwo” bądź „współudział”. Dopiero w chronologicznie ostatniej decyzji Komisji (w sprawie ICAP) można zauważyć, że organ z większym przekonaniem i konsekwencją posługuje się terminem „pomocnik”. Przeprowadzona analiza pozwoliła na stwierdzenie, że z doboru przez organy określenia przedsiębiorcy, któremu w takich okolicznościach przypisuje się odpowiedzialność za kartel, nie można wyciągać zbyt daleko idących wniosków. Organy używają określenia pomocnik i pozostałych wymienionych w ich znaczeniu kolokwialnym, bez łączenia zastosowanego określenia z podbudową teoretycznoprawną, w szczególności zaś bez jednoznacznego opowiedzenia się za nomenklaturą kojarzoną z określoną dziedziną prawa. Z tego względu w rozważaniach zawartych w niniejszej rozprawie posługuje się określeniem pomocnik w znaczeniu potocznym, tak jak czynią to organy.

Po drugie, analiza wykazała, że pod pojęciem ułatwiania kartelu (ang. *cartel facilitation*) na gruncie unijnego prawa konkurencji należy rozumieć wszelkie działania, które przyczyniają się do realizacji wspólnych z uczestnikami kartelu antykonkurencyjnych celów, w szczególności przejawiające się w podejmowaniu działań będących aktywnym udziałem i zaangażowaniem sprzyjającym i ułatwiającym naruszenie. W zamyśle unijnych organów ochrony konkurencji termin ten ma obejmować różne formy działania wspierającego kartel. Organy nie przedstawiły naturalnie wyliczenia przykładowych działań tego typu. Nie odpowiadałoby to zresztą praktyce organów w zakresie prawa konkurencji, gdzie unika się wyczerpującej egemplifikacji w uznaniu dla pomysłowości uczestników obrotu. Przeciwnie - organy podkreślały w uzasadnieniach, że udział w antykonkurencyjnym porozumieniu pociągający za sobą odpowiedzialność na gruncie Traktatu może mieć dowolną formę: podrzędną, pomocniczą czy nawet bierną. Bazując na przypadkach będących przedmiotem analizy, można stwierdzić, że przyczynienie się może polegać w szczególności na podejmowaniu działań:

- a. umożliwiających zawiązanie porozumienia, jak na przykład pośredniczenie w wymianie informacji, nawiązaniu kontaktu z konkurentem, zapewnienie obsługi logistycznej i organizacyjnej dla dyskretnych spotkań;
- b. optymalizujących bieżące funkcjonowanie kartelu, jak na przykład pełnienie funkcji moderatora lub doradcy prawnego, zapewnianie narzędzi weryfikacji przestrzegania uzgodnień, audytu danych oraz obiegu poufnych dokumentów;
- c. zapewniających utrzymanie kartelu w czasie, jak pełnienie funkcji mediato-

- ra konfliktów, zapewnianie mechanizmów zapobiegających wykryciu kartelu oraz pouczanie odnośnie do sposobów ukrycia antykonkurencyjnych spotkań;
- d. koordynujących działania kartelu, jak zapewnianie wzajemnej spójności podejmowanych inicjatyw zmierzających do osiągnięcia określonego celu porozumienia;
  - e. wzmacniających wpływ wywierany przez antykonkurencyjne działania pozostałych uczestników kartelu bądź rozszerzenie zakresu ich oddziaływania.

Powyższa lista nie jest oczywiście wyczerpującym wyliczeniem. Obejmuje ujęte w sposób zgeneralizowany działania, które zaistniały w powyżej przeanalizowanych przypadkach. Nie ulega wątpliwości, że termin „przyczynienie się” może jednak obejmować nieograniczony zakres typów zachowań wspierających kartel.

Po trzecie, warte odnotowania jest podejście organów do wykładni przestanki porozumienia na gruncie przeanalizowanych spraw. Organy zdają się rozumieć to pojęcie mniej jako nieformalną, szeroko rozumianą umowę, a bardziej abstrakcyjnie, jako pewną całość, efekt, do którego osiągnięcia poszczególni przedsiębiorcy przyczyniają się poprzez swoje „wkłady”. Konsekwencją takiego podejścia do wykładni terminu „porozumienie” jest przyjmowanie przez organy odpowiedzialności za udział w niedozwolonym porozumieniu także w przypadku, w którym pomocnik nie jest stroną zasadniczego porozumienia o antykonkurencyjnym celu lub skutku (np. umowy między konkurentami), ale łączy go z co najmniej jednym z nich dodatkowe porozumienie, którego treścią jest podejmowanie działań wspierających kartel, nawet jeżeli same w sobie nie mają charakteru bezprawnego. Obydwa te porozumienia są jednak traktowane przez organy razem jako pewna całość, w której udział uzasadnia przypisanie przedsiębiorcy odpowiedzialności antymonopolowej. Należy zasygnalizować, że takie podejście niebezpiecznie zbliża się do przyjmowania, że działanie jest równoznaczne porozumieniu. Choć w praktyce przyjmuje się, że wola udziału w porozumieniu może ujawniać się także w działaniu, to nie byłoby zasadne zrównywanie go z porozumieniem. To ostatnie zakłada bowiem pewien element subiektywny, a mianowicie wolę określonego zachowania się. Zrównywanie działania i porozumienia prowadziłoby do zatarcia tej granicy.

Po czwarte, należy zauważyć, że organy ochrony konkurencji konsekwentnie odwołują się w sprawach pomocników kartelu do przesłanek przypisania odpowiedzialności za całość jednolitego i ciągłego naruszenia, a więc zamiar przyczynienia się własnym działaniem do realizacji wspólnych antykonkurencyjnych celów oraz wiedzę o planowanych bądź podejmowanych działaniach pozostałych uczestników bądź możliwość ich racjonalnego przewidzenia i gotowość przyjęcia związanego z tym ryzyka. Już *prima facie* wydaje się, że koncepcja ta nie jest adekwatnym narzędziem do oceny działania pomocnika kartelu. O ile bowiem w klasycznych przypadkach złożonych naruszeń służyła ona ujęciu w całości kilku powiązanych ze sobą porozumień lub uzgodnionych praktyk, z których poszczególne stanowiły już samodzielnie przypadki antykonkurencyjnej praktyki, o tyle w przypadku pomocników organy ochrony konkurencji łączą w całość wkłady, które samodzielnie ujmowane niekoniecznie muszą już stanowić naruszenie art. 101 TFUE. Rozszerzony został zatem zakres zastosowania pewnej konstrukcji myślowej, ale zagubiono przy tym jedno z jej podstawowych założeń. Można odnieść wrażenie, że organy „przeskoczyły” tu jeden etap analizy. Ujawnia się tu kolejna poważna wątpliwość odnośnie do trafności podejścia organów do oceny odpowiedzialności antymonopolowej pomocników kartelu.

Na marginesie można jeszcze zauważyć, że wspomniane powyżej szerokie rozumienie pojęcia porozumienia, które przyjęły organy ochrony konkurencji na gruncie analizowanych przypadków pomocników w sensie ścisłym, wpasowuje się blisko w zakres znaczeniowy jednolitego i ciągłego naruszenia. Sprawia to wrażenie, jakby organy interpretowały pojęcie porozumienia na gruncie art. 101 TFUE tożsamo z takim całościowym porozumieniem. Takie działanie zasługuje na jednoznaczną krytykę, gdyż stanowi przejaw prawotwórczej działalności organów, które nie dysponują do tego właściwymi kompetencjami.

Po piąte, należy poczynić spostrzeżenie, że dla europejskich organów ochrony konkurencji bez znaczenia zdaje się pozostawać okoliczność, na jakim rynku działa przedsiębiorca, któremu zarzucany jest udział w antykonkurencyjnym porozumieniu w roli pomocnika. Istotne jest wyłącznie, czy jego działania, skoordynowane z zachowaniem innych przedsiębiorców, mają na celu ograniczenie konkurencji na określonym rynku właściwym w ramach rynku wewnętrznego. Takie podejście, odrywające analizę antymonopolową od jej ekonomicznych korzeni, zasługuje na krytykę. Oddzielenie bowiem rozważań o ograniczającym konkurencję porozumieniu od kwestii aktywności na rynku sprowadza działania organów do prostej subsumpcji stanu faktycznego pod powierzchownie rozumiane przesłanki. Nie można natomiast prowadzić racjonalnej analizy z zakresu prawa konkurencji bez oceny wpływu działań rynkowych rzekomych uczestników porozumienia na stan rynku. Wprawdzie lekceważenie znaczenia wyznaczania rynku właściwego w sprawach kartelowych nie jest praktyką zupełnie obcą na gruncie egzekwowania unijnego praw konkurencji, to jednak dalej uznać to należy za trend zasługujący na dezaprobatę, a nie utrwalenie w kolejnym obszarze.

Kontynuując ten wątek, należy, po szóste, zauważyć, że w sprawach pomocników kartelu unijne organy ochrony konkurencji umniejszają konsekwentnie (choć ponownie nietrafnie) znaczenie autonomii działania przedsiębiorców dla oceny zachowania w kontekście naruszenia konkurencji. Zachowanie przez przedsiębiorców autonomii, tj. indywidualnego decydowania o działaniach rynkowych przy panującym stanie niepewności co do zachowań innych, jest istotą konkurencji. Przepisy zakazujące porozumień i uzgodnionych praktyk skierowane są właśnie przeciwko temu, by przedsiębiorcy porzucali tę samodzielność rynkową. Ponownie należy więc wskazać, że organy zdają się być na tyle zdeterminowane, by ukarać pomocników kartelu, że przesłanki deliktu antymonopolowego interpretują powierzchownie, zapominając, jakie wartości leżą u podstaw zakazów. Prawo konkurencji ma wszak zapewniać, by przedsiębiorcy, pomimo związanego z tym ryzyka, wystawiali się na rywalizację rynkową. Z tego natomiast można wnosić, że zakaz sformułowany w art. 101 TFUE skierowany jest właśnie do takich podmiotów, które własnym działaniem mogą wpływać na stan konkurencji na rynku.

Po siódme, z materiału badawczego wynika, że organy ochrony konkurencji swoje stanowisko odnośnie do możliwości objęcia zakresem zastosowania art. 101 TFUE także pomocników opierają na potrzebie zapewnienia pełnej skuteczności prawa konkurencji. Zagrożenie dla efektywności miałyby stanowić sytuacja, w której nie byłoby możliwe przypisanie odpowiedzialności pomocnikom kartelu z uwagi na brak obecności na skartelizowanym rynku bądź brak ograniczenia własnej autonomii. Organów zdają się obawiać, że w takiej sytuacji udaremniona zostałaby skuteczność zakazu porozumień, gdyż przedsiębiorcy mogliby posługiwać się podmiotami trzecimi do realizacji swoich antykonkurencyjnych celów.

Trzeba tu zasygnalizować, że takie podejście jest co najmniej kontrowersyjne, w sytuacji gdy wykorzystywane jest ono jako uzasadnienie dla rozszerzonej interpretacji zakazu porozumień. W taki sposób można by bowiem uzasadniać każdą nieprzewidywalną a ograniczającą zakres dozwolonego działania przedsiębiorców wykładnię prawa. Taka sytuacja nie byłaby naturalnie do pogodzenia z zasadą pewności i określoności prawa, których przestrzeganie na gruncie prawa konkurencji UE jest istotne nie tylko z uwagi na ich fundamentalne znaczenie jako praw podstawowych, ale także z uwagi na potencjalnie negatywne skutki niepewności dla gospodarki. Można też racjonalnie powątpiewać, czy faktycznie brak możliwości ukarania pomocnika kartelu stanowiłby tak silny cios w efektywność prawa konkurencji, skoro przez kilkadziesiąt lat nie istniała taka praktyka, a KE i tak skutecznie walczyła z naruszeniami zasad konkurencji na rynku wspólnym.

Po ósme, wypada odnieść do przesłanek przypisanie odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu, a więc zamiaru przyczynienia się własnym działaniem do osiągnięcia wspólnego celu oraz wiedzy o działaniach innych uczestników porozumienia bądź możliwości przewidzenia tych działań i zgody na związane z tym ryzyko. Przesłanki te przejęte zostały z koncepcji odpowiedzialności za jednolite i ciągłe naruszenie prawa konkurencji, która stanowi dość kontrowersyjny twór orzecznictwa. Jak już powyżej wspomniałam, dyskusyjne jest przy tym to, czy taka adaptacja na potrzeby oceny zachowania pomocników kartelu była właściwa. Szczegółowa analiza ww. przesłanek przedstawiona zostanie w kolejnym rozdziale. Tu jednak wypada zasygnalizować, że pojęcie przyczynienia się do antykonkurencyjnych celów jest nadmiernie szerokie i jego zakres znaczeniowy mógłby potencjalnie obejmować całkowicie marginalne „wkłady” w osiągnięcie wspólnego celu. Brak jest mu zatem wyraźnych granic definicyjnych, co zasługuje na krytykę z punktu widzenia pewności prawa. Niejasności może też budzić pojęcie wspólnego celu, gdyż trudno stwierdzić, kiedy cel staje się wspólny. Nie jest też jasne, czy chodzi tu o cel bezpośredni danego działania, czy też cel ostateczny. Zastrzeżenia można także zgłosić do alternatywnej przesłanki subiektywnej, a więc możliwości przewidzenia działań innych podmiotów. Nakłada ona bowiem na przedsiębiorców pewne obowiązki w zakresie zachowania ostrożności. Co więcej, choć materiał badawczy dostarczył jedynie ograniczonej próby, już na jej gruncie zarysowuje się tendencja organów do swobodnej interpretacji przesłanki wiedzy o działaniach pozostałych uczestników porozumienia. Organy zdają się pochopnie przyjmować, że profesjonalny przedsiębiorca nie może nie wiedzieć, w jakim celu są wykorzystywane jego usługi. Choć organy nie próbują w sposób wyraźny tworzyć tu domniemania wiedzy, to istnieje ryzyko, że przedsiębiorcy będą musieli *de facto* wykazywać istnienie okoliczności negatywnej, a więc braku wiedzy. Nawet jednak jeżeli zdołają udowodnić brak pozytywnej wiedzy, organy zawsze będą mogły powołać się jeszcze na możliwość przewidzenia. Dostrzeżony tu zbyt szeroki zakres swobody interpretacyjnej, który pozostawiły sobie organy, należy postrzegać krytycznie.

W tym kontekście należy jeszcze zauważyć, że wśród wypracowanych przesłanek odpowiedzialności antymonopolowej pomocników kartelu brak jest przesłanki jakościowej, która pozwoliłaby na oddzielenie przypadków działań faktycznie przyczyniających się istotnie do osiągnięcia przez kartel jego antykonkurencyjnych celów od takich, które jedynie odlegle i marginalnie są powiązane z deliktem antymonopolowym. Analiza materiału badawczego nie pozwoliła także na poczynienie jednoznacz-



nych spostrzeżeń odnośnie do praktyki organów w tym zakresie. Choć w uzasadnieniach poszczególnych spraw wskazywano (nie zawsze konsekwentnie) na istotny charakter działań danego pomocnika bądź jego kluczową rolę, to nie można na tej podstawie stwierdzić, by taki kwalifikowany charakter przyczynienia się stanowił przesłankę przypisania odpowiedzialności pomocnikowi. Niewykluczone bowiem, że podkreślanie istotnej roli pomocnika kartelu miało jedynie unaocznnić, jak naganne było działanie pomocnika, i przekonać Sąd oraz TSUE do tego, że przypisanie odpowiedzialności takiemu podmiotowi było uzasadnione.

Po dziewiąte, należy zauważyć, że KE zdaje się traktować przypadki pośredniczenia w wymianie informacji tak samo jak przypadki pomocników w sensie ścisłym. Znamienne jest przy tym, że nie posługuje się pochodzącą z amerykańskiego orzecznictwa metaforą kartelu *hub-and-spoke*. Może to sugerować, że nie chce przejmować wcześniej wypracowanej przez inne organy ochrony konkurencji metodyki oceny tego typu karteli. Co istotne, w tego typu przypadkach pośrednik może mieć żywotny interes w realizacji kartelu, gdyż sam działa na rynku powiązonym (wyższego lub niższego szczebla), co uzasadnia jego odpowiedzialność na gruncie prawa konkurencji, nawet bez odwoływania się do koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu. Nie do końca jest więc zrozumiałe odwoływanie się w tego typu przypadkach do wątpliwej argumentacji odrywającej ocenę antymonopolową działań przedsiębiorcy od kwestii rynku i możliwości wpływania na jego funkcjonowanie.

Na koniec warto jeszcze poświęcić kilka słów paraleli pomiędzy działaniami pomocnika kartelu oraz biernego uczestnika porozumienia. Na gruncie przeanalizowanych spraw można odnieść wrażenie, że KE, opierając się na dotychczasowym dorobku w zakresie oceny biernego uczestnictwa w kartelu, próbuje niejako następczo nadbudować warstwę teoretyczną, która pozwoliłaby jej uzasadnić przypisywanie odpowiedzialności antymonopolowej także pomocnikom kartelu. W sprawach biernego udziału w porozumieniu orzecznictwo wykształciło mianowicie tezę, że bierny uczestnik zasługuje na odpowiedzialność z uwagi na fakt, że swoją postawą daje pozostałym do zrozumienia, że popiera ich inicjatywę, czym zachęca ich do kontynuowania naruszenia i utrudnia jego wykrycie. W takim przypadku bierny przedsiębiorca odpowiada więc za udział w porozumieniu, choć faktycznie nie podejmuje żadnych działań rynkowych. Tu organy dopatrzyły się podobieństwa do sytuacji pomocnika kartelu. Umknęło im jednak, że teoretycznie byłby on w stanie wpływać własnym zachowaniem na sytuację rynkową. Można nawet przyjąć, że jego bierność przy świadomości działań pozostałych uczestników oddziałuje na rynek. W przypadku pomocnika kartelu taka sytuacja byłaby natomiast wykluczona.

## IV. Krytyczna analiza koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu

### 4.1. Słowo wstępne

Analizując materiał badawczy, trudno jest oprzeć się wrażeniu, że działania pomocnika kartelu, a więc koordynacja ewidentnie antykonkurencyjnych praktyk przy pełnej świadomości ich zakazanego charakteru, są tak samo naganne jak działania bezpośrednio uczestniczących w nich przedsiębiorców. Dzięki optymalizacji funkcjonowania kartelu, podejmowaniu środków zapobiegających jego wykryciu i dbaniu o jego stabilność zredukowane są immanentne dla karteli zagrożenia. W efekcie utrwalany jest stan naruszenia konkurencji. Wsparcie pomocnika kartelu może też sprawić, że porozumienie stanie się efektywniej działającą strukturą, jeszcze silniej negatywnie oddziałującą na pozostałych uczestników obrotu i dobrobyt konsumencki. Prawnicza intuicja podsuwa tu naturalnie konstrukcję pomocnictwa jako właściwy instrument prawnej kwalifikacji takiego zachowania. Równocześnie jednak pojawia się pierwsza wątpliwość - czy na gruncie prawa administracyjnego możliwe jest przypisanie odpowiedzialności za inne niż bezpośrednie formy popełnienia deliktu administracyjnego?

Zanim przejdę do krytycznej analizy stosowanej przez organy ochrony konkurencji UE koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu, warto przypomnieć w skrócie jej podstawowe założenia, przedstawione przez organy w przeanalizowanym powyżej materiale badawczym. Według organów ochrony konkurencji przedsiębiorca, który swoim działaniem zamierza przyczynić się do realizacji wspólnych z innymi przedsiębiorcami antykonkurencyjnych celów, a jest świadomy działań podejmowanych lub planowanych przez nich w dążeniu do realizacji tych celów lub mógłby je racjonalnie przewidzieć i godzi się na związane z tym ryzyko, odpowiada za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu. Bez znaczenia pozostaje tu kwestia, na jakim rynku ów pomocnik kartelu działa, czy ogranicza przy tym swoją autonomię działania i czy byłby choćby teoretycznie zdolny do wywierania presji konkurencyjnej na pozostałych uczestników. Odmienna wykładnia art. 101 TFUE - zdaniem organów - zagrażałaby realizacji celów tej regulacji i pełnej skuteczności (efektywności) prawa konkurencji na rynku wspólnym, gdyż m.in. stwarzałaby ryzyko przerzucania przez przedsiębiorców funkcji kartelu na podmioty trzecie w celu uniknięcia odpowiedzialności. Trybunał podnosi nadto, że nic w brzmieniu art. 101 TFUE nie stoi na przeszkodzie pociąganiu na jego podstawie do odpowiedzialności pomocników kartelu. Na gruncie prawa administracyjnego zasada określoności prawa nie wyklucza natomiast - zdaniem TSUE - stopniowego wyjaśniania znaczenia poszczególnych przesłanek deliktu, pod warunkiem że taka interpretacja była dla adresata przewidywalna.

Stanowisko organów ochrony konkurencji UE w sprawie pomocników kartelu budzi w moim przekonaniu wiele wątpliwości. Zasadnicze pytanie badawcze, które należy sobie tu postawić, brzmi: czy pomocnik kartelu może być w ogóle adresatem zakazu zawartego w art. 101 TFUE? Szukając odpowiedzi na pytanie o możliwość oparcia koncepcji odpowiedzialności pomocnika na odpowiedniej wykładni art. 101

TFUE, jak uczyniły to organy ochrony konkurencji UE, przyjrzyć się w tym rozdziale uważnie poszczególnym argumentom podnoszonym w toku przeanalizowanych spraw. Będę przy tym opierała się przede wszystkim na trzech spośród omówionych powyżej przypadkach, a więc sprawom: AC-Treuhand I, AC-Treuhand II oraz ICAP. Wybór ten zdeterminowany jest okolicznością, że pozostałe przypadki nie stanowiły dojrzałej i aktualnej analizy zagadnienia (Italian Cast Glass), zostały zakończone w sposób uniemożliwiający poznanie pełnej argumentacji Komisji (RP Martin, E-Booki) lub nie zawierały argumentacji za przypisaniem odpowiedzialności pomocnikowi (Marine Hose). Przypadki biernego udziału w porozumieniu uwzględniam w zakresie, w jakim zawarta w nich argumentacja posłużyła organom ochrony konkurencji w sprawach pomocników w sensie ścisłym dla uzasadnienia potrzeby pociągnięcia ich do odpowiedzialności antymonopolowej. Poza zakresem dyskusji pozostaje tu nadto kwalifikacja podmiotowa „pomocnika” jako przedsiębiorcy. Art. 101 TFUE w sposób niebudzący żadnych wątpliwości skierowany jest do przedsiębiorców, a zatem podmiotów, które prowadzą na rynku działalność związaną z obrotem towarami lub świadczeniem usług. Tylko zatem w przypadku, gdy pomocnik kartelu jest przedsiębiorcą, można rozsądnie rozważać jego ewentualny status jako adresata zakazu porozumień. We wszystkich przeanalizowanych sprawach kwalifikacja pomocnika kartelu jako przedsiębiorcy nie stanowiła kwestii spornej i nie będzie stąd w dalszej części rozprawy przedmiotem analizy.

Na wstępie należy jeszcze zasygnalizować, że na potrzeby poniższych rozważań przyjmam, że prawo konkurencji Unii Europejskiej należy zakwalifikować do prawa administracyjnego, a jego naruszenie stanowi delikt administracyjny<sup>557</sup>. Założenie to czynię przy pełnej świadomości kontrowersji związanych z charakterem nakładanych na jego gruncie sankcji. Z formalnego i systemowego punktu widzenia prawo konkurencji UE należy jednak do dziedziny prawa administracyjnego. Obecne w nauce rozważania dotyczące ewentualnie karnego charakteru sankcji antymonopolowych czynione są natomiast na potrzeby dyskusji nad zakresem praw proceduralnych uczestników, co pozostaje zasadniczo poza obszarem tematycznym rozprawy.

Ostatnią kwestią wymagającą wyjaśnienia przed przystąpieniem do zasadniczych rozważań jest stosowana w niniejszej analizie nomenklatura. Choć posługuję się w rozprawie określeniami: „sprawca”, „sprawstwo”, czy „pomocnik”, które mają określone znaczenie na gruncie prawa karnego, nie należy wywodzić z tego zbyt daleko idących wniosków. Alternatywnie mogłabym stosować w pracy określenie „naruszyciel pośredni i bezpośredni”, jednak istniałoby wówczas ryzyko konfuzji z uwagi na stanowisko organów ochrony konkurencji, iż pomocnik kartelu odpowiada za bezpośrednie naruszenie zakazu z art. 101 TFUE.

## 4.2. Koncepcja sprawstwa na gruncie art. 101 TFUE

### 4.2.1. Stanowisko organów ochrony konkurencji

Analizę argumentacji organów ochrony konkurencji UE trzeba rozpocząć od kwestii podstawowej, mianowicie pytania o zasady dotyczące sprawstwa, jakie obowiązują na gruncie traktatowego prawa konkurencji. Będę tu szukała odpowiedzi na pytanie,

<sup>557</sup> Taki pogląd podziela M. Król Bogomińska, *Zwalczanie karteli...*, str. 55.

czy adresatem zakazu porozumień może być wyłącznie przedsiębiorca bezpośrednio realizujący znamiona deliktu (sprawca), czy także osoba współdziałająca, która własnym działaniem nie realizuje znamion deliktu, a zatem podmiot jedynie pośrednio przyczyniający się do naruszenia (pomocnik).

Artykuł 101 TFUE, pozostałe przepisy traktatowe ani przepisy prawa wtórnego nie zawierają żadnej wskazówki co do form sprawstwa, w jakich określony w nim delikt administracyjny może zostać popełniony. Prawo UE nie dysponuje także przepisami o charakterze ogólnym - jak część ogólna regulacji kodeksowych, znanych na gruncie m.in. polskiego prawa karnego i cywilnego - które miałyby zastosowanie przekrojowe dla różnego typu postępowań administracyjnych. Wykładnia art. 101 TFUE nie może więc opierać się na odwołaniu do takich przepisów. Unijne organy ochrony konkurencji stoją jednak na stanowisku, że na gruncie art. 101 TFUE obowiązuje tzw. unitarna koncepcja sprawstwa, zgodnie z którą zakresem zastosowania tego przepisu objęte są wszelkie formy uczestnictwa w delikcie. Zgodnie z tym założeniem nie wyróżnia się „sprawców” naruszenia zakazu porozumień od „pomocników”, „wspólników” czy „podlegaczy”, lecz traktuje wszelkie takie formy udziału jako realizację przesłanek naruszenia. Odmienna rola pełniona przez poszczególnych przedsiębiorców w danym porozumieniu uwzględniana jest natomiast przy określaniu wysokości kary nałożonej na podstawie art. 23 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003. Jak wskazał SPI w sprawie AC-Treuhand I, przypisanie odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu jest zasadne, jeżeli jego zachowanie, skoordynowane z zachowaniem innych przedsiębiorców, ma na celu ograniczenie konkurencji na określonym rynku właściwym w ramach rynku wewnętrznego<sup>558</sup>.

Organy bronią tej koncepcji, wskazując na zakres znaczeniowy przesłanki porozumienia, która była tradycyjnie szeroko rozumiana jako wyraz zgodnej woli zachowania się na rynku w określony sposób, a która to wola może być manifestowana w dowolny sposób. Istnienie takiej woli może, zdaniem organów, wyrażać się także w działaniu, realizacji tego, co zostało uzgodnione, oraz przedsięwzięciu środków ułatwiających implementację uzgodnień. Organy przyjmują w efekcie, że działania pomocnika kartelu mieszczą się w tak szeroko rozumianym pojęciu porozumienia. Co więcej, podkreślają przy tym, że pomocnik kartelu jest odpowiedzialny za bezpośrednie naruszenie zakazu. Dla organów okoliczność, że pomocnik kartelu nie jest obecny na rynku dotkniętym naruszeniem, pozostaje irrelevantna. Bez znaczenia zdaje się także pozostawać kwestia, że pomocnik nie jest stroną umowy ograniczającej konkurencję, a jedynie szeroko, abstrakcyjnie rozumianego porozumienia. Równocześnie trzeba zauważyć, że w chronologicznie ostatniej wypowiedzi organów dotyczącej odpowiedzialności pomocnika kartelu, czyli w wyroku Sądu w sprawie ICAP, Sąd wyraźnie wskazał, że w jego rozumieniu pomocnik kartelu nie został ukarany za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu, ale za pomocnictwo (ang. *facilitation*)<sup>559</sup>. Obydwie te formy Sąd potraktował jednak jako przejawy naruszenia zakazu porozumień, choć wydawać się mogło, że zmierzał do rozróżnienia form sprawstwa na gruncie analizowanego przepisu.

<sup>558</sup> Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb.c122.

<sup>559</sup> Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 105.

#### 4.2.2. Koncepcja unitarna i koncepcja bipolarna sprawstwa - przegląd piśmiennictwa

Powyżej zarysowane stanowisko organów odnośnie do zakresu zastosowania art. 101 TFUE może budzić istotne zastrzeżenia. Rozwinięcie tej myśli wymaga najpierw wyjaśnienia, czym są koncepcje unitarna i bipolarna sprawstwa. Odwołam się tu do przykładu prawa niemieckiego, w którym obecne są obydwa te modele: koncepcja unitarna (zwana też koncepcją jednolitości sprawstwa) w prawie wykroczeń<sup>560</sup> oraz koncepcja bipolarna na gruncie prawa karnego. Następnie przedstawię kilka stanowisk prezentowanych w literaturze polskiej i zagranicznej, które w moim przekonaniu najtrafniej odnoszą się do analizowanego tu pytania o obowiązującą na gruncie unijnego prawa konkurencji koncepcję sprawstwa.

Niemiecki kodeks karny (niem. *Strafgesetzbuch*<sup>561</sup>) rozróżnia pojęcie sprawcy (niem. *Täter* -- § 25 StGB) od pojęcia uczestnika (niem. *Teilnehmer*) zgodnie z koncepcją bipolarną sprawstwa, zwaną też dualistyczną<sup>562</sup>. Pod pojęciem uczestnika rozumie się m.in. pomocników (niem. *Gehilfe* - § 27 ust. 1 StGB). Efektem tego rozróżnienia jest możliwość uwzględnienia charakteru i wagi wkładu poszczególnych uczestników w naruszenie prawa<sup>563</sup>. Pomocnik odpowiada przy tym nie za sprawstwo, ale za pomocnictwo (niem. *Beihilfe*), gdy umyślnie udzielił pomocy do realizacji umyślnego czynu zabronionego. Nie musi więc realizować własnym zachowaniem znamion typu czynu zabronionego. Z kolei na gruncie prawa wykroczeń<sup>564</sup> niemiecki ustawodawca zrezygnował z takiego rozróżnienia na rzecz koncepcji jednolitości sprawstwa (niem. *Einheitstäterprinzip*). Przyczyną odmiennego podejścia do kwestii sprawstwa były względy pragmatyczne - rozróżnienie w toku postępowania sprawstwa od udziału wymaga bowiem pogłębionej prawniczej analizy, której ustawodawca chciał oszczędzić organom kompetentnym w zakresie ścigania wykroczeń<sup>565</sup>. W efekcie § 14 OWiG mówi o *Beteiligung*, czyli uczestnictwie w wykroczeniu, które obejmuje wszelkie formy przyczynienia się do realizacji znamion typu czynu<sup>566</sup>. OWiG nie zawiera przy tym przepisów odrębnie regulujących kwestię pomocnictwa lub podżegania. Wszystkie formy przyczynienia się, które pozostają w stosunku kauzalnym do czynu, traktowane są jednakowo, jako sprawstwo<sup>567</sup>. Na gruncie prawa niemieckiego taka koncepcja stosowana jest także w prawie konkurencji<sup>568</sup>, gdyż § 81 GWB wprost kwalifikuje antykonkurencyjne praktyki jako wykroczenia.

Wracając na grunt prawa unijnego, należy zapytać, dlaczego, w braku wyraźnej i jednoznacznej podstawy traktatowej, spośród możliwych koncepcji sprawstwa na

560 W prawie niemieckim naruszenie prawa konkurencji uznawane jest za wykroczenie, zob. § 81 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. I S. 1750, 3245 z późn. zm. dalej jako „GWB”.

561 Strafgesetzbuch, BGBl. I S. 3322 z późn. zm., dalej jako StGB.

562 H. Kudlich, *StGB § 25 Täterschaft* (w:) B. v. Heintschel-Heinegg (red.), *BeckOK StGB*, wyd. 37, Monachium 2018, nb. 1-2.

563 Tamże.

564 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, BGBl. I S. 602 z późn. zm., dalej jako OWiG.

565 R. Rengier, *OWiG § 14 Beteiligung* (w:) L. Senge (red.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, wyd. 4, Monachium 2014, nb. 2.

566 C. Coen, *OWiG § 14 Beteiligung* (w:) J.P. Graf (red.), *BeckOK OWiG*, wyd. 18, Monachium 2018, nb. 23.

567 H. Kudlich, *StGB § 25 Täterschaft* (w:) B. v. Heintschel-Heinegg (red.), *BeckOK StGB*, wyd. 37, Monachium 2018, nb. 1.

568 W literaturze słusznie wskazuje się, że ewentualna kryminalizacja prawa konkurencji w Niemczech paradoksalnie byłaby korzystna dla uczestników (nie sprawców) zakazanej praktyki, gdyż odpowiedzialiby oni tylko za np. pomocnictwo, ale nie za sam czyn zabroniony - zob. R. Rengier, *OWiG § 14 Beteiligung* (w:) L. Senge (red.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, wyd. 4, Monachium 2014, nb. 11.



gruncie prawa konkurencji UE wybrana została właśnie koncepcja unitarna? Czy argumentacja organów ochrony konkurencji w sposób dostateczny wyjaśnia taki wybór? Zagadnienie to jest kluczowe dla oceny poprawności koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu. Celowe jest tu zatem przyjrzenie się, jak na tę kwestię zapatrują się przedstawiciele nauki.

W niemieckiej doktrynie analizowane zagadnienie stało się przedmiotem żywej dyskusji. Wyraźnie krytyczne stanowisko odnośnie do argumentacji organów UE przedstawił w jednej z pierwszych całościowych analiz problemu Jens Koch. Autor trafnie zauważył, że, orzekając w sprawie AC-Treuhand I, SPI próbował uniknąć zarzutu naruszenia zasady określoności prawa, przyjmując, w braku rozróżnienia na gruncie prawa unijnego sprawcy od pomocnika bądź podżegacza, że także działania wspierające kartel stanowią realizację przesłanek deliktu<sup>569</sup>. Zdaniem J. Kocha takie podejście jest jednak nieprzekonujące. Wprawdzie w braku homogeniczności krajowych regulacji nie można by raczej wywodzić, że zasada bipolarna sprawstwa jest na tyle zakorzeniona w prawie państw członkowskich, że powinna przenikać także do prawa unijnego<sup>570</sup>. Równocześnie jednak J. Koch zwraca uwagę na fakt, że nawet w porządkach prawnych, które przyjmują zasadę jednolitości sprawstwa, podrzędnych form uczestnictwa w czynie zabronionym nie obejmuje się opisem znamion typu czynu zabronionego. Rozciągnięcie zakresu odpowiedzialności następuje natomiast na podstawie odrębnego przepisu, a nie poprzez rozszerzającą wykładnię znamion typu czynu<sup>571</sup>. Konkludując, autor wskazał, że argumentacja organów ochrony konkurencji w sprawie AC-Treuhand I budzi zastrzeżenia, gdyż wymagałaby ona przyjęcia, że zamiarem unijnego prawodawcy było objęcie zakresem zakazu porozumień wszelkich form wspierającego współdziałania, pomimo braku wyrażenia tego w treści przepisu lub w normach ogólnych. Rozciągnięcie pojęcia „porozumienia” w taki sposób, by objąć wszelkie formy podrzędnego uczestnictwa, byłoby natomiast nie do pogodzenia z zasadą określoności prawa<sup>572</sup>.

Zbieżne stanowisko odnośnie do braku możliwości przypisania pomocnikowi kartelu odpowiedzialności na gruncie unijnego prawa konkurencji prezentują G. Dannecker oraz J. Biermann. Autorzy wskazali, podobnie jak Jens Koch, iż w braku wyraźnej podstawy prawnej dla rozróżnienia sprawstwa od współdziału (obejmującego pomocnictwo i podżeganie), organy mogą ścigać wyłącznie podmioty, które spełniają przesłanki art. 101 TFUE i podejmują opisane w nim działania<sup>573</sup>. Także ci komentatorzy zwrócili uwagę, że odmienna wykładnia nie byłaby do pogodzenia z zasadą określoności prawa. Dalej autorzy przyznali, że zastosowana przez Komisję zasada jednolitości sprawstwa występuje wprawdzie w niektórych porządkach prawnych państw członkowskich, jednakże każdorazowo opiera się na wyraźnej podstawie prawnej<sup>574</sup>.

W niemieckim piśmiennictwie pojawiają się jednak także głosy mniej krytyczne, próbujące odnaleźć uzasadnienie dla zaproponowanej przez Komisję i TSUE wykładni

569 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, ZWeR 2009, str. 380.

570 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 381.

571 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 381.

572 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 382.

573 G. Dannecker, J. Biermann, *Vorbemerkung zu Art. 23 f. Unionsrechtliche Geldbußen und Zwangsgelder* (w:) E.J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1, wyd. 5, Monachium 2012, nb. 132.

574 Tamże.

art. 101 TFUE. Rebecca Hutt proponuje mianowicie, by, określając przedmiotowy<sup>575</sup> zakres zastosowania zakazu porozumień, wyjść od zdefiniowania przestanki porozumienia i zastanowić się, gdzie leży istota zarzucanego działania pomocnika kartelu<sup>576</sup>. Autorka słusznie zauważa, że w przypadku pomocników kartelu trudno mówić o istnieniu porozumienia między nimi a uczestnikami kartelu, które skierowane byłoby na ograniczenie konkurencji. Ewentualną opcją byłoby tu przyjęcie „nietechnicznego” rozumienia pojęcia porozumienia, które obejmowałoby każde wsparcie cudzego bezprawnego porozumienia<sup>577</sup>. Oznaczałoby to jednak w istocie przyjęcie odpowiedzialności za pomocnictwo do kartelu, którego przepisy unijne nie przewidują w sposób jednoznaczny<sup>578</sup>. Rozwiązania problemu R. Hutt poszukuje w odpowiedniej wykładni art. 101 TFUE, a konkretnie przestanki „porozumienia”. Według autorki należy przyjąć istnienie quasi-oświadczenia woli pomocnika kartelu, które łączy go z faktycznie zawartym porozumieniem. Za takim podejściem ma przemawiać okoliczność, że pomocnik kartelu nie jest dowolnym podmiotem trzecim, ale swoim działaniem oddziałuje *de facto* pośrednio na sytuację rynkową<sup>579</sup>. Równocześnie autorka dystansuje się od obecnej w literaturze tendencji do uzasadniania odpowiedzialności pomocnika kartelu z powołaniem na *effet utile*, wskazując, że nie powinno się tej metody wykładni traktować jako panaceum dla nieuregulowanych kwestii<sup>580</sup>. R. Hutt w konkluzji stwierdza, że podejście organów ochrony konkurencji jest w jej przekonaniu przekonujące z punktu widzenia wykładni systemowej art. 101 TFUE. Nie do końca spójnie z wcześniejszym stanowiskiem wskazuje nadto, że ściganie pomocników kartelu jest potrzebne m.in. z uwagi na potrzebę zapewnienia efektywności egzekwowania reguł konkurencji i - jak się zdaje - uniknięcia ryzyka powstania obszaru działalności gospodarczej zajmującej się naruszaniem prawa konkurencji<sup>581</sup>.

W przeciwnym kierunku zmierza z kolei brytyjskie piśmiennictwo. C. Harding proponuje, aby patrzeć na kartel jako na strukturę organizacyjną podobną do zorganizowanej grupy przestępczej, w której różne podmioty pełnią różne funkcje, niekoniecznie bezpośrednio angażując się w popełnienie przestępstwa. Zdaniem autora pod pojęciem kartelu należy rozumieć nie tylko działania takie jak ustalanie cen czy podział rynków, ale też aktywność polegającą na organizacji i podstępie, które są konieczne do realizacji antykonkurencyjnej strategii<sup>582</sup>. Przestępczy charakter kartelu ma się zdaniem Hardinga ujawniać nie tylko w wyrządzanej szkodzie, ale i w celowym planowaniu czegoś, co jest zakazane i zawiera element wysublimowanego podstępu<sup>583</sup>, oraz w ukrywaniu istnienia kartelu<sup>584</sup>. Komentując sprawę AC-Treuhand I, autor wywodzi, że SPI przyjął właśnie takie podejście do kartelu, defi-

575 Autorka trafnie zauważa, że analizowany tu problem odpowiedzialności pomocnika nie dotyczy zakresu podmiotowego, gdyż ten jest w art. 101 TFUE wyrażony jednoznacznie i nie stanowi przedmiotu sporu - adresatem zakazu są przedsiębiorcy. Kwestia odpowiedzialności pomocnika kartelu dotyczy natomiast pytania o zakres przedmiotowy, tj. jakie działania zakazane są na gruncie art. 101 TFUE.

576 R. Hutt, *Die kartellrechtliche Verantwortung von Dienstleistungsunternehmen - Haftung von „Kartell-Koordinatoren“ als Mittäter einer Kartellvereinbarung (AC-Treuhand/Kommission, EuG (Dritte Kammer), Urteil vom 6 Februar 2014, T-27/10)*, European Law Reporter 1/2014, str. 11.

577 R. Hutt, *Die kartellrechtliche Verantwortung...*, str. 12.

578 R. Hutt, *Die kartellrechtliche Verantwortung...*, str. 12.

579 R. Hutt, *Die kartellrechtliche Verantwortung...*, str. 13.

580 R. Hutt, *Die kartellrechtliche Verantwortung...*, str. 12.

581 R. Hutt, *Die kartellrechtliche Verantwortung...*, str. 15.

582 C. Harding, *Capturing the cartel's friend*, str. 302.

583 C. Harding, *Capturing the cartel's friend*, str. 302.

584 C. Harding, *Capturing the cartel's friend*, str. 305.

niując go jako zabronioną organizację<sup>585</sup>. Równocześnie jednak C. Harding przyznaje, że art. 101 TFUE nie zawiera wystarczająco jasno wyrażonej koncepcji kartelu jako zakazanej organizacji i istniałaby potrzeba jego doprecyzowania<sup>586</sup>.

W nauce polskiej z kolei koncepcja odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika została w sposób szeroki omówiona przez M. Król-Bogomilską w monografii *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*<sup>587</sup>. Wskazano w niej trafnie, że brak wyraźnej podstawy dla odpowiedzialności pomocnika kartelu jest problematyczny i wymagałby ingerencji unijnego prawodawcy<sup>588</sup>. Autorka zwróciła przy tym także uwagę na fakt, że unijne prawo nie wyodrębnia w zasadzie poszczególnych ról, jakie mogą odgrywać przedsiębiorcy uczestniczący w antykonkurencyjnej praktyce, natomiast takie rozróżnienie pojawiło się w art. 2 ust. 1 *Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26 lipca 1995 r.* oraz w projekcie przepisów karnych mających na celu ochronę interesów finansowych UE - konkretnie w art. 11 tzw. *Corpus Iuris*<sup>589</sup>. M. Król-Bogomska wskazała nadto, że w porządkach krajowych, które naruszenie konkurencji uznają za przestępstwo, w sytuacji gdy penalizujący przepis znajduje się w odrębnej ustawie, zawiera ona także podstawę odpowiedzialności za formy zjawiskowe popełnienia czynu zabronionego<sup>590</sup>. Choć autorka nie stwierdza tego wprost, z powyższego można wnosić, że krytycznie zapatruje się ona na praktykę przypisywania na gruncie prawa konkurencji UE odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi w obecnym stanie prawnym.

Krytyczne podejście do kwestii odpowiedzialności pomocnika na gruncie prawa administracyjnego prezentowane jest także przez M. Wincenciaka, który w generalnych rozważaniach nad odpowiedzialnością administracyjną wskazuje, że charakter takich przepisów wyklucza rozszerzającą wykładnię i stosowanie analogii, w szczególności odnośnie do kręgu podmiotów deliktu<sup>591</sup>. Nie ma też, jego zdaniem, podstaw, by przy ustalaniu odpowiedzialności administracyjnej odwoływać się do instytucji znanych prawu karnemu, takim jak m.in. pomocnictwo<sup>592</sup>. Przypisanie odpowiedzialności innemu podmiotowi niż bezpośredni sprawca wymaga bowiem wyraźnej podstawy prawnej<sup>593</sup>.

Zagadnienie odpowiedzialności pomocnika kartelu, choć było sygnalizowane także przez innych przedstawicieli nauki polskiej, ograniczało się raczej do odnotowania faktu tworzenia się nowej linii orzeczniczej na marginesie innych rozważań, bez oceny tej instytucji<sup>594</sup>. Warto odnotowania jest tu zasadniczo aprobujące stanowisko dla możliwości przypisania odpowiedzialności pomocnikom kartelu zaprezentowane przez K. Kohutkę w głosie<sup>595</sup> do orzeczenia TSUE w sprawie VM Remonts i in.<sup>596</sup>. Przed-

585 C. Harding, *Capturing the cartel's friend*, str. 300.

586 C. Harding, *Capturing the cartel's friend*, str. 303.

587 M. Król Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Warszawa 2013.

588 M. Król Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, str. 121-122.

589 M. Król Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, str. 102, 104.

590 M. Król Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, str. 103.

591 M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Oficyna 2008, Lex, rozdz. 4.5.

592 *Ibidem*.

593 *Ibidem*.

594 Zob. G. Materna i in. (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2014, Legalis, art. 4, nb. 552; Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji UE*, rozdział VII, str. 337 i n.

595 K. Kohutek, *Glosa do wyroku TS z dnia 21 lipca 2016 r.*, C-542/14, LEX/el. 2016.

596 Wyrok TSUE z dnia 21.07.2016 r. w sprawie C-542/14, VM Remonts i inni.

miotem postępowania prejudycjalnego było w niej pytanie o możliwość przypisania odpowiedzialności antymonopolowej usługobiorcy w sytuacji, gdy to usługodawca, bez wiedzy usługobiorcy, podjął działania realizujące przesłanki z umowy przetargowej. Miał on mianowicie przygotować na podstawie przekazanego projektu ofertę dla usługobiorcy, a następnie, znając jej treść, sporządzić także oferty dla dwóch innych podmiotów ubiegających się o to samo zamówienie. Sprawa ta o tyle różniła się od przypadków odpowiedzialności pomocnika kartelu, że to właśnie udział bezpośredniego uczestnika (usługobiorcy) w porozumieniu był wątpliwy i kontrowersyjny. Trybunał zajął w sprawie stanowisko mówiące, że art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że co do zasady przedsiębiorstwo nie może być pociągnięte do odpowiedzialności za udział w uzgodnionej praktyce na podstawie działań niezależnego usługodawcy, świadczącego na jego rzecz usługi, chyba że spełniony zostanie jeden z następujących warunków:

- a. usługodawca działał w rzeczywistości pod kierownictwem lub pod kontrolą przedsiębiorstwa, któremu postawiono zarzuty albo
- b. przedsiębiorstwo to miało wiedzę o antykonkurencyjnych celach realizowanych przez swych konkurentów i usługodawcę i zamierzało własnym zachowaniem przyczynić się do ich realizacji, albo też
- c. przedsiębiorstwo to mogło racjonalnie przewidzieć antykonkurencyjne działania swoich konkurentów i usługodawcy i było gotowe zaakceptować wynikające stąd ryzyko.

Wprawdzie w początkowych rozważaniach nad problemem odpowiedzialności K. Kohutek podkreślił, że przepisy publicznoprawne, szczególnie te, które nakładają surowe sankcje, nie powinny być wykładane w sposób rozszerzający<sup>597</sup>. W końcowej części glosy zdawał się jednak prezentować stanowisko aprobujące dla stanowiska TSUE odnośnie do odpowiedzialności pomocników kartelu i jako zastanawiające określił, że postępowaniem krajowym nie został objęty sam usługodawca jako pomocnik kartelu<sup>598</sup>. Można z tego ostrożnie wywodzić, że autor glosy nie postrzegał koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu jako zagadnienia kontrowersyjnego, nawet w świetle konstatacji o penalnym charakterze sankcji antymonopolowych.

Na koniec warto jeszcze przypomnieć, że stanowisko zasadniczo zbieżne z dominującym w literaturze zajął także rzecznik generalny Nils Wahl w swojej opinii w sprawie AC-Treuhand II. Rzecznik wykluczył w niej mianowicie, by pomocnik kartelu mógł odpowiadać za naruszenie zakazu porozumień, wskazując, że adresatem zakazu mogą być wyłącznie przedsiębiorcy, którzy uzgadniają między sobą zaniechanie wywierania wzajemnej presji konkurencyjnej. To właśnie takie działanie stanowi, zdaniem rzecznika, istotę ograniczenia konkurencji. Rzecznik podkreślił nadto silnie, iż art. 101 TFUE zawiera skierowany do przedsiębiorców zakaz podejmowania działań, co do których zostało wykazane lub można na podstawie ekonomicznej analizy zakładać, że będą miały one niekorzystny wpływ na konkurencję<sup>599</sup>. Generalnym celem konkurencji jest z kolei zagwarantowanie, by efekty istnienia wolnej konkurencji nie zostały zakłócone działaniami, które dają korzyści lub przeszkadzają przedsiębiorcom, a któ-

<sup>597</sup> K. Kohutek, *op. cit.* pkt 2.1.

<sup>598</sup> K. Kohutek, *op. cit.* pkt 5.

<sup>599</sup> Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 44.

re ostatecznie szkodzą konsumentom<sup>600</sup>. W efekcie dla przypisania przedsiębiorcy odpowiedzialności za naruszenie art. 101 TFUE wymaga się stwierdzenia uzgodnienia między przedsiębiorcami zaniechania wywierania przez nich presji konkurencyjnej<sup>601</sup>. Nils Wahl odwołał się przy tym do ekonomicznych podstaw prawa konkurencji, przypominając o istotnym znaczeniu ekonomicznej analizy przy identyfikacji antykonkurencyjnych praktyk, która uwzględniać powinna także pozycję stron na rynku. Z tych względów konkluzja opinii zawierała zalecenie, by uchylić wyrok Sądu i stwierdzić nieważność decyzji w sprawie AC-Treuhand II. Rozważając z kolei pośrednią odpowiedzialność pomocnika kartelu, Nils Wahl wskazał, odwołując się do argumentacji prawno-porównawczej, że prawo administracyjne państw członkowskich, w przeciwieństwie do prawa karnego, nie zna rozróżnienia roli sprawcy od pomocnika. W braku w prawie konkurencji UE podstawy dla pociągnięcia do odpowiedzialności pomocnika ewentualne rozciągnięcie zakresu odpowiedzialności antymonopolowej na pomocników pozostaje wyłącznie w gestii prawodawcy unijnego<sup>602</sup>. Podobnie zatem jak większość przedstawicieli nauki niemieckiej Nils Wahl uznał, iż obowiązujące prawo nie daje podstawy do rozciągnięcia zakresu odpowiedzialności antymonopolowej na pomocnika kartelu.

#### 4.2.3. Naruszenie zakazu porozumień jako szczególny delikt prawa administracyjnego

W kontekście analizowanego tu zagadnienia konieczne jest wspomnienie o wypracowanej w niemieckiej doktrynie koncepcji, zgodnie z którą delikty antymonopolowe stanowią tzw. *Sonderdelikt*<sup>603</sup>, czyli szczególne delikty prawa konkurencji. Taki delikt może być popełniony tylko przez podmiot mający określoną cechę, zwykle powiązaną ze szczególnymi obowiązkami, jakie ciążyą na danym podmiocie<sup>604</sup>. Kwalifikacja naruszenia zakazu porozumień jako *Sonderdelikt* oznaczałaby, iż tylko przedsiębiorcy charakteryzujący się określoną cechą bądź obciążeni określonymi obowiązkami mogliby odpowiadać za naruszenie art. 101 TFUE. W przypadku prawa konkurencji szczególnym obowiązkiem wynikającym z celu i treści regulacji jest wystawienie się na rywalizację rynkową i podejmowanie działań konkurencyjnych<sup>605</sup>. Taki obowiązek - zdaniem przedstawicieli niemieckiej nauki - nie dotyczy jednak każdego przedsiębiorcy, ale tylko takiego, który pozostaje w stosunku konkurencji do pozostałych uczestników obrotu<sup>606</sup>. Z tego względu G. Dannecker i J. Biermann odrzucili możliwość przypisania pomocnikowi kartelu odpowiedzialności antymonopolowej<sup>607</sup>. Preferowana przez nich koncepcja spotkała się jednak z krytyką ze strony części niemieckiej nauki. A. Weitbrecht i L. M. Baudenbacher stoją mianowicie na stanowi-

600 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 45.

601 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 47.

602 Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie AC-Treuhand II, nb. 87.

603 G. Dannecker, J. Biermann, *Vorbemerkung ...* (w:) E. J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), *Wettbewerbsrecht*, nb. 133.

604 B. v. Heintschel-Heinegg, *StGB Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten* (w:) B. v. Heintschel-Heinegg (red.), *BeckOK StGB*, wyd. 37, Monachium 2018, nb. 36.

605 G. Dannecker, J. Biermann, *Vorbemerkung ...* (w:) E. J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), *Wettbewerbsrecht*, nb. 133, 135.

606 G. Dannecker, J. Biermann, *Vorbemerkung...* (w:) E. J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), *Wettbewerbsrecht*, nb. 135.

607 G. Dannecker, J. Biermann, *Vorbemerkung...* (w:) E. J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), *Wettbewerbsrecht*, nb. 137.



sku, że brak jest w istocie podstawy dla kwalifikacji deliktu antymonopolowego jako *Sonderdelikt*<sup>608</sup>. Z kolei J. Koch, dostrzegając pewne braki takiego zawężenia zakresu zastosowania art. 101 TFUE, zaproponował, by rozgraniczenia sprawców deliktu od uczestników niepodlegających karze dokonywać w oparciu o kryterium udziału w wydarzeniach rynkowych (niem. *Marktgeschehen*), rozumianego jako pozostawanie w obszarze rynku relewantnego poprzez powiązania umowne lub faktyczne<sup>609</sup>. W niemieckiej literaturze zaproponowano także inne kryteria rozstrzygania o udziale w antykonkurencyjnej praktyce, a mianowicie: okoliczność osiągania z niej korzyści gospodarczej, korzystny wpływ działań podmiotu na jego pozycję rynkową bądź powiązanie danej praktyki z obszarem działalności danego przedsiębiorcy<sup>610</sup>. Ostatnia opcja wydaje się korespondować ze stanowiskiem J. Kocha. Tego typu rozumowanie obecne było także we wspomnianej powyżej opinii rzecznika generalnego Nilsa Wahla. Koncepcja ta, choć przekonująca, nie została jednak przyjęta przez unijne organy ochrony konkurencji.

#### 4.2.4. Wnioski

Powyższe rozważania skłaniają mnie do zajęcia krytycznego stanowiska odnośnie do przyjętej przez organy ochrony konkurencji UE koncepcji sprawstwa na gruncie art. 101 TFUE. Zaprezentowana przez nie argumentacja, która ma przemawiać za przyjęciem koncepcji unitarnej, dotknięta jest kilkoma wadami, a nadto w zasadzie nie odnosi się wyraźnie i jednoznacznie do problemu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że z brzmienia art. 101 TFUE ani z innych przepisów dotyczących egzekwowania reguł konkurencji na rynku wspólnym nie wynika wprost, by możliwe było przypisanie odpowiedzialności za określony w Traktacie delikt innemu przedsiębiorcy niż sprawcy, w szczególności zaś pomocnikowi kartelu. Teza przeciwna, forsowana przez TSUE w sprawie AC-Treuhand II na zasadzie argumentu *a contrario*, jest w moim przekonaniu całkowicie nieprzekonująca. Sprzeczne z logiką jest bowiem wnioskowanie pozytywne o zastosowaniu danego przepisu z braku określenia w jego treści, że nie obejmuje on pewnych działań. Wadliwość takiego wnioskowania nie wymaga szerszego wyjaśnienia. Trzeba jednak wskazać, że już z faktu przynależności prawa konkurencji do domeny prawa publicznego wynika potrzeba ścisłej wykładni przepisów, uwzględniającej także surowość sankcji przewidzianych przez prawodawcę za naruszenie reguł konkurencji. Z tych względów organy ochrony konkurencji mają w moim przekonaniu wręcz obowiązek art. 101 TFUE wyklądać możliwie ściśle.

Po drugie, organy ochrony konkurencji zdają się mylnie przyjmować, że pomiędzy formą sprawstwa a formą uczestnictwa w antykonkurencyjnej praktyce można postawić znak równości. Takie założenie jest błędne. Prawdą jest, że w praktyce stosowania prawa konkurencji UE podkreśla się, że forma udziału w naruszeniu zakazu porozumień jest irrelevantna dla przypisania odpowiedzialności, a jej znaczenie uwidacznia się dopiero przy wymierzaniu kary za delikt antymonopolowy. Należy tu

608 A. Weitbrecht, L.M. Baudenbacher, *Bußgeld wegen Beihilfe zu einem Kartell? Zum Urteil des EuG vom 8. Juli 2008 (Rs. T- 99/2004 - AC-Treuhand)*, EuR 2010, 230, str. 235.

609 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 384.

610 G. Dannecker, J. Biermann, *Vorbemerkung ...* (w.): E. J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), *Wettbewerbsrecht*, nb. 134.

jednak zauważyć, że formy sprawstwa są rodzajowo innym zagadnieniem od form udziału w porozumieniu. Te drugie obejmują bardziej lub mniej intensywne, ale zawsze bezpośrednie zaangażowanie w delikt. Co więcej, rozróżnienie form udziału w porozumieniu pojawia się w prawie konkurencji UE wyłącznie w akcie typu *soft law* - Wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) Rozporządzenia 1/2003. Samo rozporządzenie w art. 23 ust. 2 nakazuje jedynie uwzględnić ciężar i czas trwania naruszenia. Uważam, że z faktu rozróżnienia w akcie prawa miękkiego różnych form udziału w porozumieniu nie można wywodzić, że art. 101 TFUE obejmuje w rzeczywistości wszelkie możliwe formy sprawstwa deliktu antymonopolowego. Wspomniane Wytyczne mają bowiem charakter formalnie niewiążący, instrumentalny, a nadto wtórny wobec obowiązujących przepisów. Zauważyć też należy, że wspomniane w Wytycznych formy udziału w porozumieniu można rozsądnie odnosić tylko do „klasycznych” przypadków, tj. bezpośredniego udziału przedsiębiorcy w porozumieniu odnoszącym się do określonego rynku, nie zaś także do przypadków, gdy przedsiębiorca pozostaje poza rynkiem i nie wpływa własnym zachowaniem na stan konkurencji.

Na krytykę zasługuje dalej leżące u podstaw stanowiska organów ochrony konkurencji UE założenie, że ze względu na możliwość szerokiej wykładni przestanki porozumienia zasadne jest przypisanie odpowiedzialności każdemu podmiotowi, który w dowolnej formie bierze w nim udział. Organy zdają się wywodzić obowiązanie na gruncie art. 101 TFUE koncepcji jednolitości sprawstwa z faktu, że jego podstawowa przesłanka bywa szeroko interpretowana. Takie uzasadnienie dla wyboru koncepcji unitarnej wydaje się dotknięte błędem *petitio principii*. Najpierw bowiem należałoby rozstrzygnąć zasadę, tj. czy na gruncie art. 101 TFUE w ogóle możliwe byłoby pociągnięcie do odpowiedzialności przedsiębiorców innych niż bezpośrednio realizujący znamiona deliktu, a dopiero później można by ewentualnie rozważać, czy przyczynienie się do naruszenia zakazu można kwalifikować jako formę popełnienia tego deliktu. SPI w sprawie AC-Treuhand I (a za nim praktyka organów) podszedł natomiast do tej kwestii odmiennie, zasadę sprawstwa wywodząc z dotychczasowej praktyki szerokiej wykładni przedmiotowego przepisu.

Kontynuując powyższe, należy jeszcze dodać, że proponowana przez organy wykładnia art. 101 TFUE jest nadmiernie rozszerzająca, w stopniu niebezpiecznie zbliżającym się do dowolności. Jak już powyżej sygnalizowałam, na gruncie regulacji publicznoprawnej, której naruszenie może pociągać za sobą surowe sankcje finansowe, organy powinny skłaniać się do możliwie ścisłej, a nie rozszerzającej wykładni prawa, szczególnie w sytuacji, gdy dotyczy ona tak istotnych kwestii jak zasada sprawstwa. Postulat ten wynika naturalnie z zasady określoności prawa, która stanowi zasadę ogólną prawa unijnego i podstawę każdego systemu opartego na regule prawa. Wymaga ona, by przepisy statuujące zakazy oraz sankcje były wystarczająco jednoznaczne i zrozumiałe, tak by ich adresaci byli w stanie na ich podstawie właściwie pokierować swoim zachowaniem. Trudno natomiast zaakceptować, mając też na uwadze wcześniejszą praktykę organów, by przedstawiona przez nie wykładnia art. 101 TFUE spełniała ten postulat. Nie można też nie zauważyć, że istnieje zasadnicza różnica pomiędzy sprawcą bezpośrednim naruszenia zakazu porozumień a pomocnikiem. Jasne jest, że sprawca zawiera porozumienie i w ramach własnej działalności gospodarczej następnie je realizuje, podczas gdy pomocnik jedynie wspiera bądź ułatwia te działania, a samodzielnie nie byłby w stanie negatywnie wpływać na kon-

kurencję. W świetle tej oczywistej różnicy można by zasadnie oczekiwać, by organy uwzględniły ją przy tworzeniu nowej koncepcji odpowiedzialności antymonopolowej, miast poprzez ekstensywną wykładnię pojęcia porozumienia obejmować wszystkich uczestniczących w dowolnej formie w naruszeniu zakresem pojęcia sprawcy. Taki wybór unijnych organów ochrony konkurencji zdaje się być podyktowany bardziej względami pragmatycznymi, w tym wolą zapewnienia pełnej skuteczności egzekwowania prawa konkurencji, a nie pogłębioną analizą formalnoprawną. Krytycznie należy nadto ocenić fakt, że w sprawie AC-Treuhand I SPI, mając okazję po raz pierwszy wypowiedzieć się odnośnie do obowiązującej koncepcji sprawstwa, pomimo dostrzeżenia problemu, nie wyjaśnił wyczerpująco, dlaczego zdecydował się na zastosowanie zasady jednolitości sprawstwa, a konkretnie, dlaczego ta zasada miałaby przeważać nad koncepcją rozróżniającą pomocników od sprawców. Sama wola objęcia odpowiedzialnością antymonopolową także tych pierwszych to, w moim przekonaniu, zbyt mało, by rozstrzygnąć tak istotną kwestię.

Odnosząc się do stanowiska organów ochrony konkurencji UE, nie sposób także nie zauważyć, że całkowicie pominęły one ekonomiczne korzenie prawa konkurencji, podchodząc do oceny działań pomocnika nazbyt formalistycznie. Prawo konkurencji ma gwarantować dobrobyt konsumencki poprzez ustanowienie optymalnych zasad gry rynkowej na rynku wewnętrznym oraz stać na straży przestrzegania tych zasad przez obecnych na nim przedsiębiorców. Ta leżąca u podstaw regulacji myśl implikuje adresatów przepisów prawa konkurencji. Są nimi wyłącznie przedsiębiorcy, którzy własnym działaniem byłiby w stanie wpływać na sytuację na danym rynku, i którzy, kształtując własne zachowania rynkowe, byłiby zdolni do negatywnego wpłynięcia na sytuację konkurencyjną. Stąd należy przyjąć, iż postulat rzetelnej rywalizacji, leżący u podstaw zakazu porozumień, nie jest skierowany do pomocników kartelu, a co za tym idzie - art. 101 TFUE nie obejmuje swoim zakresem zastosowania działań pomocnika.

Właśnie ze względu na niedocenioną przez organy ochrony konkurencji UE ekonomiczną podbudowę prawa konkurencji skłaniam się do przyjęcia, że udział w antykonkurencyjnym porozumieniu w rozumieniu art. 101 TFUE można zarzucić jedynie przedsiębiorcy w sytuacji, gdy praktyka powiązana jest z jego obszarem działalności gospodarczej. W konsekwencji należy w moim przekonaniu przyjąć, że na gruncie unijnego prawa antymonopolowego odpowiedzialność za naruszenie zakazu porozumień ponosić mogą wyłącznie bezpośredni sprawcy, a zatem podmioty działające na rynku dotkniętym naruszeniem bądź co najmniej na rynku powiązanym. Zgadzam się więc z G. Danneckerem i J. Biermanem oraz J. Kochem, że brak w prawie konkurencji UE wyraźnej podstawy prawnej dla odpowiedzialności pomocnika wyklucza możliwość zastosowania wobec niego ujętego w art. 101 TFUE zakazu. Nawet bowiem w systemach prawnych hołdujących zasadzie unitarnej sprawstwa jest ona zakotwiczona w przepisach, a nie wynika li tylko z wykładni przesłanek konkretnego deliktu.

### 4.3. Właściwa wykładnia przesłanki porozumienia

#### 4.3.1. Wykładnia przesłanki „porozumienia” w dotychczasowej praktyce orzeczniczej

Ocena koncepcji odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika kartelu wymaga rozważenia dwóch istotnych kwestii, które organy ochrony konkurencji UE zdają się

nieśluszenie łączyć. Chodzi tu z jednej strony o wykładnię przesłanki porozumienia na gruncie art. 101 TFUE, która zdaniem organów pozwala na objęcie swoim zakresem także działań pomocnika, oraz przesłankę przypisania przedsiębiorcy odpowiedzialności za całość złożonego antykonkurencyjnego porozumienia w ramach tzw. koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia (ang. *single and continuous infringement*).

Właściwe rozumienie przesłanki „porozumienia” na gruncie art. 101 TFUE jest kluczowym elementem analizy antymonopolowej. Od zaistnienia tej przesłanki zależy możliwość przypisania przedsiębiorcy odpowiedzialności za niedozwoloną praktykę. Nie pozostaje sporne, że pod pojęciem porozumienia można rozumieć nie tylko formalnie zawarte umowy w sensie cywilnoprawnym. Porozumienie musi natomiast – jak wskazuje się w utrwalonym orzecznictwie – stanowić wyraz zgodnej woli (ang. *concurrency of wills*) określonego zachowania się na rynku. Stwierdzenie takiej zgodnej woli nie wymaga jednak badania subiektywnych przeżyć przedsiębiorców. Jej istnienie odczytywane jest na podstawie obiektywnych okoliczności stanu faktycznego. W niektórych decyzjach KE wskazuje się nadto, że porozumienie zachodzi w sytuacji, gdy strony postępują zgodnie ze wspólnym planem, który ogranicza lub może ograniczać ich działania rynkowe poprzez wyznaczenie zasad ich wzajemnych zachowań bądź zaniechań na rynku<sup>611</sup>.

W praktyce decyzyjnej Komisji zdarza się, że w bardziej skomplikowanych sprawach stwierdzone zostaje zaistnienie równocześnie porozumienia i/lub uzgodnionej praktyki. Taki sposób określenia naruszenia art. 101 TFUE nie stanowi naruszenia ze strony Komisji<sup>612</sup>. Różnica pomiędzy porozumieniem a uzgodnioną praktyką jest bowiem płynna i nie można oczekiwać, by Komisja w każdym przypadku dokładnie wskazywała, która forma koordynacji miała miejsce<sup>613</sup>. Niemniej właśnie w pojęciu uzgodnionej praktyki można poszukiwać granicy zakresu znaczeniowego terminu „porozumienie”. Orzecznictwo definiuje ją bowiem jako rodzaj koordynacji pomiędzy przedsiębiorcami, która wprawdzie nie prowadzi jeszcze do zawarcia porozumienia we właściwym tego słowa znaczeniu, lecz pozwala na świadome zastąpienie ryzyka konkurencyjnego praktyczną współpracą przedsiębiorców<sup>614</sup>. Kiedy zatem jeszcze nie można mówić o porozumieniu, ale zachodzi już koordynacja działań, mamy do czynienia z uzgodnioną praktyką.

Podstawowe rysy koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia zostały już omówione w rozdziale II rozprawy. Przypomnieć tu więc wystarczy, że koncepcja ta pozwala na połączenie na potrzeby postępowania antymonopolowego szeregu powiązanych wspólnym antykonkurencyjnym celem porozumień bądź uzgodnionych praktyk w jedno całościowe porozumienie, co adekwatniej oddaje dynamikę kartelu oraz charakter wzajemnych relacji pomiędzy poszczególnymi elementami większego porozumienia zmierzającego do osiągnięcia jednego celu. W efekcie przedsiębiorcy, który uczestniczy tylko w określonym wycinku jednolitego naruszenia, może zostać przypisana odpowiedzialność za jego całość, o ile zostanie przez Komisję wykazane, że zamierzał on własnym działaniem przyczynić się do osiągnięcia wspólnego z pozostałymi

611 Zob. decyzja KE z dnia 5.12.2012 r. w sprawie AT.39437 – TV and computer monitor tubes, nb. 603; decyzja KE z dnia 21.11.2001 r. w sprawie COMP/E-1/37.512 – Vitamins, nb. 554.

612 R. Whish, *Competition Law*, str. 97-98.

613 Decyzja Komisji z dnia 9.12.2004 r. w sprawie COMP / E-2 / 37.533 – Choline chloride, nb. 144; decyzja Komisji z dnia 19.07.2016 r. w sprawie AT.39824 – Trucks, nb. 67; decyzja Komisji z dnia 21.06.2017 r. w sprawie AT.40013 – Lighting systems, nb. 36.

614 Zob. orzecznictwo wskazane w rozdziale II, pkt. 2.2.4.3.

uczestnikami celu i że był świadomy ich planowanych bądź realizowanych działań lub mógł je racjonalnie przewidzieć i godził się na związane z tym ryzyko.

#### 4.3.2. Stanowisko organów odnośnie do przesłanki „porozumienia” w kontekście odpowiedzialności pomocników kartelu

Artykuł 101 TFUE zakazuje porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Pierwszą czynnością, jaką należy podjąć przy ocenie danego stanu faktycznego w tym kontekście, jest więc identyfikacja porozumienia, które mogłoby zostać jako takie zakwalifikowane. Istotne jest przy tym to, że chodzi nie o każdy wyraz zgodnej woli określonego zachowania się na rynku, ale właśnie taki, który ma antykonkurencyjny charakter. W piśmiennictwie traktującym o odpowiedzialności pomocników kartelu słusznie więc stawia się pytanie, o jakie porozumienie miałyby w ich przypadku chodzić<sup>615</sup>. Możliwe byłoby tu odwołanie się do umowy pomiędzy nim a faktycznymi uczestnikami porozumienia, na podstawie której świadczone są na rzecz kartelu usługi. Wówczas trudno byłoby jednak mówić o antykonkurencyjnym porozumieniu, gdyż przedmiotem (celem) takiej umowy nie byłoby ograniczenie konkurencji. Ewentualnie możliwe byłoby rozważanie jej antykonkurencyjnych skutków, ale w piśmiennictwie także i ta opcja jest kwestionowana<sup>616</sup>. Organy ochrony konkurencji przyjęły natomiast odmienną interpretację, zgodnie z którą przesłanka udziału w porozumieniu może być spełniona także poprzez działania wspierające cudze porozumienie. Najwyraźniej wyrażone zostało to w chronologicznie ostatniej wypowiedzi organów dotyczącej odpowiedzialności pomocnika, czyli w wyroku w sprawie ICAP. Sąd wskazał w nim, że w sprawie nie stwierdzono istnienia porozumienia pomiędzy ICAP a poszczególnymi bankami, ale odpowiedzialność przypisana została przedsiębiorcy za udział w antykonkurencyjnym działaniu sklasyfikowany jako „pomocnictwo”<sup>617</sup>.

Odnosząc się do udziału pomocnika w antykonkurencyjnej praktyce kolektywnej, organy potwierdzają utrwalone w orzecznictwie stanowisko, że porozumienie zakłada wyrażenie przez co najmniej dwa niezależne podmioty zgodnej woli określonego zachowania się na rynku. Z materiału badawczego przedstawionego w rozdziale III wynika jednak równocześnie, że unijne organy ochrony konkurencji przesłankę „porozumienia” interpretują bardzo szeroko i abstrakcyjnie. W ich przekonaniu pojęcie „porozumienie” może się odnosić nie tylko do określonego planu czy warunków, ale także do ich realizacji czy implementacji, w tym także sposobu postępowania<sup>618</sup> oraz środków mających na celu ułatwienie implementacji uzgodnień<sup>619</sup>. Bez znaczenia pozostaje dla organów okoliczność, czy pomocnik kartelu jest stroną umowy bądź porozumienia zawartego między przedsiębiorcami uczestniczącymi w niedozwolonej praktyce, a zatem tego porozumienia w sensie formalnym, które potencjalnie ogranicza konkurencję<sup>620</sup>. Istotne jest natomiast, że jego działania mają charakter

615 R. Hutt, *Die kartellrechtliche Verantwortung...*, str. 11-12; Jens Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 372.

616 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 374.

617 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 105.

618 Zob. decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 305, 306; decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 340.

619 Zob. decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 191.

620 Zob. decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I 339, 340; wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 155.



komplementarny oraz pomocniczy i stanowią istotny element większego kartelu<sup>621</sup>. Wystarczy, by działania pomocnika kartelu, skoordynowane z działaniami innych uczestników porozumienia, miały na celu ograniczenie konkurencji<sup>622</sup>. Uczestnictwo w porozumieniu przyjmowane jest zatem w przypadku stwierdzenia, że pomocnik kartelu miał swój, choćby podrzędny, wkład w naruszenie dokonane przez innych przedsiębiorców.

Uzasadniając przypisanie odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu, organy odnoszą jego wkład do całościowego porozumienia, adaptując dla tego celu koncepcję jednolitego i ciągłego naruszenia. Przyjmowane jest mianowicie, że pomocnikowi należy przypisać odpowiedzialność za całe porozumienie, a zatem także za działania pozostałych uczestników, gdy swoim działaniem zamierza przyczynić się do realizacji wspólnych antykonkurencyjnych celów z pozostałymi przedsiębiorcami i jest świadomy ich istotnych planowanych lub realizowanych działań nastawionych na osiągnięcie tego samego celu, lub mógł je przewidzieć, a gotów był przyjąć to ryzyko<sup>623</sup>. Taka łączna odpowiedzialność za udział w porozumieniu wynika - zdaniem organów - z utrwalonego orzecznictwa, które uznaje, że obiektywna przesłanka odpowiedzialności za jednolite i ciągłe naruszenie jest spełniona, gdy przedsiębiorca przyczynia się do realizacji takiego porozumienia choćby w sposób subsydiarny, pomocniczy lub bierny<sup>624</sup>.

Organy posiłkują się nadto porównaniem działań pomocnika do sytuacji biernego uczestnika spotkania, który, w braku zdystansowania się od uzgadnianej na nim antykonkurencyjnej praktyki, może odpowiadać za udział w porozumieniu, gdyż swoim zachowaniem daje pozostałym przedsiębiorcom do zrozumienia, że będzie stosował się do uzgodnionego planu, czym zachęca ich do kontynuowania naruszenia i utrudnia jego wykrycie<sup>625</sup>. Skoro nawet bierny uczestnik porozumienia może ponosić odpowiedzialność antymonopolową za cichą akceptację danej praktyki, to tym bardziej - zdaniem organów - odpowiadać powinien aktywny pomocnik kartelu. Wszystkie te argumenty przemawiają mają za tezę, iż pojęcie porozumienia należy wyklądać szeroko, czego konsekwencją jest objęcie działań pomocnika kartelu zakresem zastosowania art. 101 TFUE.

#### 4.3.3. Analiza krytyczna szerokiej wykładni przesłanki porozumienia

Zaprezentowane w materiale badawczym podejście organów ochrony konkurencji można rozumieć jako wyraz silnie abstrakcyjnego rozumienia pojęcia „porozumienia” na gruncie art. 101 TFUE, odrywającego je od znaczenia literalnego. Elementem decydującym staje się w nim zaistnienie na rynku określonego stanu zagrożenia dla konkurencji (abstrakcyjnego porozumienia). Przesunięty zostaje tu zatem punkt ciężkości ze zgodnej woli określonego zachowania się na rynku na generalny efekt rynkowy. Organy skłaniają się do traktowania „porozumienia” jako pewnej abstrakcyjnej całości, do osiągnięcia której przyczyniać mogą się przedsiębiorcy w najróż-

621 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 105.

622 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 122.

623 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 130, 136; decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II nb. 382; decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 194, 206.

624 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 133.

625 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 108, 130.

niejszy sposób, nawet oderwany od działań rynkowych. Jak się zdaje, w przekonaniu organów, porozumienie może się przejawiać nie tylko w skoordynowaniu działań, wyłączającym działanie mechanizmów rynkowych lub zafalszowującym ich wyniki, ale także w każdej innej czynności, która wspiera zaistnienie koluzji.

Choć we wcześniejszym orzecznictwie faktycznie podkreślano, że formy udziału w porozumieniu mogą być odmienne w zależności od różnych czynników, jak np. udział w rynku czy potencjał gospodarczy danego uczestnika, to jednak zawsze odnosiło się to do podmiotów działających na rynku, zainteresowanych osiągnięciem we własnym interesie określonej sytuacji rynkowej. Spojrzenie na kartel jako na pewną zorganizowaną całość, w którą poszczególni uczestnicy wnoszą swój wkład, było natomiast obecne w praktyce stosowania wspomnianej powyżej koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia, do której także w sprawach pomocników kartelu organy każdorazowo się odwoływały.

Myśl, która leży o podstaw tej koncepcji, została jednak zaadaptowana w sprawach pomocników do nowych potrzeb. W moim przekonaniu ujawnia się tu w sposób jaszkrawy błąd w rozumowaniu organów. Zastosowana w przypadku pomocników kartelu wykładnia przesłanki „porozumienia” bliższa jest mianowicie zakresowo pojęciu jednolitego i ciągłego naruszenia niż jego klasycznemu rozumieniu jako wyrazu wspólnej woli określonego zachowania się na rynku. W istocie organy przeniosły sposób całościowego postrzegania porozumienia wypracowany przez orzecznictwo na potrzebę oceny długotrwałych i skomplikowanych stanów faktycznych na grunt wykładni art. 101 TFUE. Przesłanka porozumienia została w istocie zastąpiona porozumieniem rozumianym holistycznie jako całościowe porozumienie obejmujące szereg wkładów różnego typu. Pozwoliło to organom na przyjęcie twierdzenia, że także działania pomocnika stanowią wyraz uczestnictwa w porozumieniu. Takie odwrócenie kolejności analizy zasługuje jednak na krytykę. Organy winny mianowicie najpierw ustalić, czy pomocnik uczestniczył w porozumieniu w rozumieniu art. 101 TFUE, a dopiero następnie ewentualnie łączyć ten aspekt z pozostałymi elementami szerszego ciągłego i jednolitego naruszenia.

Efektem takiego podejścia do wykładni przesłanki „porozumienia” jest zatarcie granicy zakresu znaczeniowego tego terminu. Jeżeli uczestnikiem zakazanego porozumienia w rozumieniu art. 101 TFUE może zostać każdy, nawet gdy w sensie literalnym nie jest jego stroną, to w zasadzie każde, dowolnie odległe przyczynienie się do cudzego porozumienia może stać się podstawą odpowiedzialności antymonopolowej. Interpretacja zaproponowana przez organy w istocie rozszerza więc zakres znaczeniowy pojęcia porozumienia, umożliwiając rozciągnięcie go na nieokreślony zasób działań, które - choćby w sposób podrzędny - przyczyniają się do realizacji porozumienia. Porozumienie zastąpiono więc przyczynieniem się. Należy też zauważyć, że organy nie wskazywały przy tym konsekwentnie, na jakąkolwiek przesłankę jakościową, która pozwoliłaby na ograniczenie zakresu działań mogących stanowić przyczynienie się, takich jak np.: odczuwalność, istotność, bezpośrednie powiązanie czy związek rzeczowy. Co więcej - tak szeroka i nieostra wykładnia znamienia deliktu antymonopolowego jest trudna do pogodzenia z zasadą określoności prawa. Przedsiębiorcy mogą w efekcie nie być w stanie określić, nawet sięgając do orzecznictwa lub zasięgając opinii prawnika, jakimi działaniami narażają się na sankcje antymonopolowe.

Przypomnieć trzeba, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem porozumienie ma stanowić wyraz zgodnej woli określonego zachowania się na rynku. W sprawach pomoc-

ników kartelu organy podkreślały pierwszy element tej definicji, tj. zgodną wolę. Okoliczność, że ta wola ma być nakierowana na określone zachowanie na rynku, została natomiast przez organy nie tylko pominięta, ale wprost odrzucona. Na przykład w sprawie AC-Treuhand I Sąd przywołał analizowane tu wyrażenie, by następnie skonstatować, że kładzie ono nacisk na element zgodnego zamiaru, a potrzeba obecności na rynku z niego nie wynika<sup>626</sup>. Takie zawężenie przyjętej definicji pozwoliło organom podciągnąć pod zakres znaczeniowy „porozumienia” także takie działania, które nie stanowią manifestacji zgodnej woli określonego zachowania się na rynku. W sposób dostrzegalny uwidacznia się tu sprzeczność z utrwalonym od dziesiątek lat podejściem. Na marginesie warto wspomnieć, że w literaturze kwestionowane jest, by w przypadku pomocników kartelu spełniona była w ogóle przesłanka zgodnej woli. Pomocnikowi kartelu brak jest bowiem wspólnego z uczestnikami porozumienia punktu odniesienia dla woli, jako że jest ona u pomocnika nastawiona na świadczenie określonych usług, a nie na ograniczenie konkurencji<sup>627</sup>.

Problematyczność przyjętej przez organy nazbyt szerokiej wykładni przesłanki porozumienia została dostrzeżona w niemieckim piśmiennictwie m.in. przez R. Hutt, która całkowicie słusznie wskazuje, że zakwalifikowanie każdego działania jako podpadającego pod zakres zastosowania art. 101 TFUE wykraczałoby poza cel ochrony konkurencji. Jako rozwiązanie autorka proponuje, by poszukiwać swoistego wyrażenia woli przez pomocnika, które wiązałoby go z faktycznie zawartym porozumieniem, i tylko takie zachowania uznawać za ograniczające konkurencję<sup>628</sup>. Zdaniem Jensa Kocha, choć rozszerzenie zakresu zastosowania art. 101 TFUE na działania pomocnika kartelu poprzez zastosowania analogii z powołaniem na względy celowościowe może wydawać się warte rozważenia z punktu widzenia polityki konkurencji, to jednak taki krok nie byłby do pogodzenia z zasadą określoności prawa<sup>629</sup>. Komentator zauważa, że SPI, który wcześniej już szeroko interpretował przesłankę porozumienia, tak że obejmowała ona niewiążące umowy i słabe formy porozumienia, w sprawie AC-Treuhand I nadmiernie szeroką wykładnię wyniósł na nowy poziom<sup>630</sup>. J. Koch wskazuje też całkowicie trafnie, że dopuszczenie tak szerokiej wykładni pojęcia porozumienia, jak postulują organy, uczyniłoby zbędnym pojęcie uzgodnionej praktyki, gdyż tego typu działania i tak podpadałyby pod szeroko rozumiane pojęcie porozumienia<sup>631</sup>.

Zmierzając do podsumowania tego fragmentu, należy wskazać, że w sprawach pomocników kartelu organy ochrony konkurencji w istocie odeszły od utrwalonej wykładni art. 101 TFUE, znacznie poszerzając zakres znaczeniowy przesłanki porozumienia poprzez nieuprawnione wykorzystanie narracji stosowanej dotąd na gruncie koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia. Taką praktykę należy ocenić krytycznie. W moim przekonaniu tak szeroka wykładnia pojęcia porozumienia, jak stosowana przez organy, czyni je dysfunkcyjnym, gdyż nie pozwala na odróżnienie działań mieszczących się w zakresie znaczeniowym tego pojęcia, a zatem stanowiących delikt administracyjny, od działań jedynie odległe z nim powiązanych. Uważam też, że stosowana przez organy rozszerzająca interpretacja przesłanki porozumienia niebezpiecznie zbliża się do aktywności prawotwórczej. Nawet jeżeli zgodzić się z tym,

626 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 122.

627 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 376-377.

628 R. Hutt, *Die kartellrechtliche Verantwortung...*, str. 12-13.

629 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 377 - 378.

630 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 376.

631 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 376.

że istniałoby aksjologiczne uzasadnienie dla karania na gruncie art. 101 TFUE pomocników kartelu, to brak podstawy prawnej powinien skłonić unijnego prawodawcę do podjęcia stosownych kroków w celu uzupełnienia regulacji, a nie organy ochrony konkurencji do twórczej wykładni obowiązującego prawa. Jak trafnie wskazuje się w literaturze, z zasady instytucjonalnej równowagi oraz uczciwej kooperacji wynika, że Trybunał nie powinien wkraczać w prerogatywy unijnego prawodawcy ani też reformować Traktatów przy wykorzystaniu sądowej interpretacji<sup>632</sup>. Brak wyraźnej podstawy prawnej dla przypisania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu nie powinien więc być korygowany przy wykorzystaniu wątpliwej i silnie rozszerzającej wykładni przepisu.

Podsumowując powyższe, stwierdzam, że zastosowaną przez unijne organy ochrony konkurencji w sprawach pomocników kartelu wykładnię art. 101 TFUE należy uznać za wadliwą. Działania wspierające, ale niestanowiące realizacji znamion deliktu antymonopolowego, nie mogą być uznane za przejaw porozumienia ograniczającego konkurencję. Po pierwsze, takie działania nie stanowią wyrazu zgodnej woli określonego zachowania się na rynku, gdyż wola pomocnika nie jest nastawiona na osiągnięcie określonego stanu konkurencji. Po drugie, metodologicznie wadliwe jest przenoszenie rozumienia całościowego porozumienia z koncepcji jednolitego i ciągłego porozumienia na grunt wykładni pojęcia porozumienia w znaczeniu art. 101 TFUE. Po trzecie, proponowana przez unijne organy ochrony konkurencji nazbyt szeroka wykładnia pojęcia porozumienia prowadzi do rozmycia jego zakresu znaczeniowego i uczynienia z niego silnie nieostrego terminu. Z uwagi na surowość sankcji grożących za naruszenie zakazu porozumień oraz publicznoprawnego charakteru prawa konkurencji taka sytuacja jest trudna do przyjęcia.

#### 4.3.4. Krytyka stosowania koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia w sprawach pomocników

Koncepcja jednolitego i ciągłego porozumienia zakłada, że bardziej złożone stany faktyczne odnoszące się do szeregu rozciągniętych w czasie antykonkurencyjnych działań przedsiębiorców, które dzielą wspólny cel, należy postrzegać na potrzeby ich antymonopolowej oceny jako jedno szerokie porozumienie. Może ono mieć charakter jednolitego i ciągłego naruszenia bądź rzadziej - jednolitego i powtarzalnego naruszenia, gdy poszczególne jego przejawy odsunięte są od siebie w czasie bądź ze swej istoty stanowią jednorazowe naruszenia<sup>633</sup>. Takie podejście wynika z konstatacji, iż porozumienie może składać się nie tylko z pojedynczego zachowania, ale także z ich serii lub działania trwającego w czasie, a byłoby sztuczne, by takie zachowanie, charakteryzujące się jednym celem, dzielić na niezależne naruszenia, w sytuacji gdy chodzi o jedno naruszenie, które przejawiało się na przestrzeni czasu w formie porozumień i uzgodnionych praktyk<sup>634</sup>. Z utrwalonego orzecznictwa wynika nadto, że bez znaczenia dla zastosowania wspomnianej koncepcji pozostaje okoliczność, że wybrany element szerszego porozumienia mógłby samodzielnie

632 K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice*, str. 7, dostęp: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/28339>.

633 Zob. wyrok Sądu z dnia 17.05.2013 r. w sprawach połączonych T-147/09 i T-148/09, Trelleborg Industrie, nb. 72 i n.

634 Wyrok Trybunału w sprawie Anic, nb. 81.

stanowiąc naruszenie zakazu porozumień bądź uzgodniona praktykę<sup>635</sup>. Aby przypisać przedsiębiorcy odpowiedzialność za jednolite i ciągłe naruszenie, KE musi wykazać, że zamierzał on własnym działaniem przyczynić się do realizacji wspólnych antykonkurencyjnych celów, a nadto wiedział o działaniach planowanych lub podejmowanych przez pozostałych uczestników w dążeniu do tego samego celu lub mógł je racjonalnie przewidzieć i był gotowy na przyjęcie wynikającego z tego ryzyka. Pozwala to na przypisanie uczestnikom odpowiedzialności za całość antykonkurencyjnej praktyki, nawet jeżeli nie brali oni udziału we wszystkich tworzących ją elementach.

Analizując praktykę decyzyjną KE z ostatnich kilkunastu lat, można dostrzec, że zastosowanie wspomnianej koncepcji w sprawach kartelowych stało się obecnie zasadą<sup>636</sup>. Tendencja ta spotkała się już w pierwszej dekadzie XXI wieku z krytyką związaną z dostrzeżoną naówczas praktyką rozciągania zastosowania tej koncepcji na antykonkurencyjne praktyki ujawniające się na niepowiązanych ze sobą rynkach<sup>637</sup>. Nader częste stwierdzanie zaistnienia jednolitego i ciągłego naruszenia stało się nadto podstawą zarzutów mówiących, że Komisja wykorzystuje tę koncepcję, by przedłużyć okres przedawnienia antykonkurencyjnych praktyk, poprzez łączenie w jednolite i ciągłe porozumienie działań w rzeczywistości niestanowiących emanacji pierwotnego porozumienia, ale jeszcze nieprzedawnionych<sup>638</sup>. W piśmiennictwie zwrócono nadto uwagę na kontrowersyjność stosowanej koncepcji z punktu widzenia zasady indywidualnej odpowiedzialności<sup>639</sup> – Komisja może bowiem przypisać uczestnikowi porozumienia odpowiedzialność także za działania innych przedsiębiorców w ramach tak szeroko rozumianego porozumienia, gdy tylko wiedział lub tylko mógł racjonalnie przewidzieć działania pozostałych uczestników podejmowane w dążeniu do wspólnego antykonkurencyjnego celu. W literaturze zwraca się w tym kontekście uwagę na fakt, że podobną wykształconą w orzecznictwie konstrukcję usunięto z niemieckiego prawa karnego oraz prawa konkurencji z uwagi na trudność jej pogodzenia z zasadą państwa prawa<sup>640</sup>. W praktyce organy ochrony konkurencji UE odrzucają jednak ten zarzut, wskazując, że sam fakt, iż dany przedsiębiorca odgrywa rolę, która odpowiada jego szczególnej sytuacji, nie wyklucza jego odpowiedzialności za całość naruszenia, w tym za naruszenia dokonane przez pozostałych uczestników, które mają wspólny antykonkurencyjny cel oraz efekt<sup>641</sup>. Kartel stanowi bowiem, w przekonaniu organów, wspólne przedsięwzięcie (ang. *joint enterprise* lub *common unlawfull enterprise*)<sup>642</sup>.

Przechodząc do pytania o relację zarysowanej tu koncepcji odpowiedzialności pomocników kartelu, należy stwierdzić, że Komisja poszła w ich przypadku jeszcze krok

635 Wyrok Trybunału z dnia 6.12.2012 r. w sprawie C-441/11 P, Verhuizingen Coppens, nb. 41.

636 M. Dreher, *Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung im Europäischen Kartellrecht*, ZWeR 3/2007, str. 280.

637 M. Dreher, *Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung ...*, str. 277, 280.

638 Polemicznie: J. Joshua, *Single continuous infringement of article 81 EC: has the commission stretched the concept beyond the limit of its logic?*, str. 2.

639 M. Dreher, *Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung...*, str. 281-282.

640 M. Dreher, *Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung...*, str. 289 oraz przypis nr 22.

641 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 310; wyrok Trybunału w sprawie Anic, nb. 80; decyzja KE z dnia 10.12.2014 r. w sprawie Envelopes, AT.39780, nb. 41; decyzja KE z dnia 9.11.2010 r. w sprawie COMP/39258 - Airfreight, nb. 860; decyzja KE z dnia 12.11.2008 r. w sprawie COMP/39.125 - Carglass, nb. 500; wyrok Sądu z dnia 10.10.2014 r. w sprawie T-68/09, Soliver NV, nb. 60.

642 Zob. na przykład: decyzja KE w sprawie AC-Treuhand I, nb. 310; decyzja KE z dnia 21.11.2001 r. w sprawie COMP/E-1/37.512 - Vitamins, nb. 561; decyzja KE z dnia 9.11.2010 r. w sprawie COMP/39258 - Airfreight, nb. 835; decyzja KE w sprawie ICAP, nb. 189.



dalej w preferowaniu podejścia holistycznego do oceny antykonkurencyjnych praktyk, i to pomimo zasygnalizowanych powyżej deficytów przedmiotowej koncepcji. Z materiału badawczego przedstawionego w rozdziale III wynika, że we wszystkich sprawach, w których organy dotychczas zajmowały się odpowiedzialnością pomocnika w sensie ścisłym, u podstaw przypisania mu odpowiedzialności leżało zastosowanie zaadaptowanych przesłanek koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia. Nadto, co zasygnalizowałam już powyżej, szerokie podejście do postrzegania porozumienia jako wspólnego przedsięwzięcia czy też struktury obejmującej różne działania i wkłady przeniesiono także na grunt wykładni pojęcia porozumienia w rozumieniu art. 101 TFUE. W efekcie organy przyjmują odpowiedzialność pomocnika, gdy swoim działaniem zamierza przyczynić się on do realizacji wspólnych antykonkurencyjnych celów i jest świadomy bądź mógłby racjonalnie przewidzieć działania pozostałych uczestników praktyki podejmowane w dążeniu do realizacji wspólnych celów. Te przesłanki traktowane są jak „test” odpowiedzialności pomocnika kartelu. Najwyraźniej widoczne jest to w wyroku w sprawie ICAP, w którym Sąd, badając zarzuty skargi, nie rozważał już samej możliwości przypisania odpowiedzialności pomocnikowi kartelu, ale, przywoławszy orzeczenie w sprawie AC-Treuhand II, przeszedł płynnie do zbadania, czy spełnione są przesłanki wspomnianego testu. Sprawia to wrażenie, jakby przesłankę udziału w antykonkurencyjnym porozumieniu zastąpiono przesłankami odpowiedzialności za jednolite i ciągłe naruszenie.

Takie podejście do kwestii odpowiedzialności pomocnika kartelu zasługuje na krytykę na kilku płaszczyznach. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w wywodach organów gubi się pytanie, czy działanie pomocnika stanowi udział w porozumieniu w klasycznym znaczeniu, tj. na gruncie art. 101 TFUE. W dotychczasowej praktyce stosowania koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia, w tym w najnowszych decyzjach Komisji oraz utrwalonym orzecznictwie, *explicite* stwierdza się, iż koncepcja ta pozwala na połączenie w jedno obszerne porozumienie szeregu działań, które stanowią same w sobie porozumienia lub uzgodnione praktyki. Przywołać można tu przede wszystkim orzeczenie w sprawie Anic Partecipazioni, które stanowi do dzisiaj główny punkt referencyjny w zakresie zastosowania tej koncepcji, a w którym Trybunał stwierdził, iż przedsiębiorca, który uczestniczył w jednolitym porozumieniu poprzez własne działania, które odpowiadają definicji porozumienia lub uzgodnionej praktyki o antykonkurencyjnym celu i który zamierzał przyczynić się do realizacji naruszenia jako całości, może odpowiadać za działania także innych uczestników w odniesieniu do tego naruszenia przez cały okres jego uczestnictwa<sup>643</sup>. Ta teza powtórzona została następnie m.in. w orzeczeniu SPI w sprawie BASF i UCB<sup>644</sup>. SPI, powołując obszerne orzecznictwo, wskazał w nim, że koncepcja jednolitego naruszenia może być stosowana do zachowań obejmujących: porozumienia, uzgodnione praktyki i decyzje związków przedsiębiorców<sup>645</sup>. Zastrzeżenie, że wkład w jednolite porozumienie powinien stanowić sam w sobie porozumienie lub uzgodnioną praktykę, można także odnaleźć w nowszym orzecznictwie<sup>646</sup>.

Takie rozumienie koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia uwidacznia się także w sposób jednoznaczny w sformułowaniu części operacyjnych innych decyzji KE. Na

643 Wyrok Trybunału w sprawie Anic, nb. 203.

644 Wyrok SPI z dnia 12.12.2007 r. w sprawach połączonych T-101/05 i T-111/05, BASF i UCB, nb. 160.

645 Wyrok SPI z dnia 12.12.2007 r. w sprawach połączonych T-101/05 i T-111/05, BASF i UCB, nb. 159.

646 Wyrok Trybunału z dnia 6.12.2012 r. w sprawie C-441/11 P, Verhuizingen Coppens, nb. 42; wyrok Sądu z dnia 10.10.2014 r. w sprawie T-68/09, Soliver NV, nb. 61.

przykład w sprawie TV and computer monitor tubes Komisja w art. 1 decyzji wskazała, że przedsiębiorcy naruszyli zakaz porozumień poprzez udział w jednolitej i ciągłej serii porozumień i uzgodnionych praktyk (ang. *participating (...) in a single and continuous complex of agreements and concerted practices*)<sup>647</sup>. Z kolei w decyzji w sprawie Envelopes Komisja w art. 1 decyzji wskazała, że przedsiębiorcy uczestniczyli w jednolitym i ciągłym naruszeniu, które składało się z: uzgodnienia cen, podziału klientów i wymiany sensytywnych informacji<sup>648</sup>. Wymienione przykłady stanowiły więc same w sobie przykłady zakazanych praktyk kolektywnych. Dalej można wskazać na decyzję Komisji w sprawie porozumienia na rynku transportu lotniczego (sprawa Airfreight), które uznane zostało za jednolite i ciągłe naruszenie. W art. 1 decyzji wskazano, że przedsiębiorcy uczestniczyli w naruszeniu, które składało się zarówno z porozumień, jak i uzgodnionych praktyk<sup>649</sup>. W każdym zatem przypadku odwołanie się do koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia było powiązane z ujęciem w całość serii działań będących już samodzielnie przykładami naruszenia zakazu z art. 101 TFUE. Z powyższego jednoznacznie wynika, że zastosowanie analizowanej koncepcji zakłada, że elementy składowe jednolitego i ciągłego naruszenia stanowią same w sobie naruszenie w formie porozumienia, decyzji związku przedsiębiorców lub uzgodnionej praktyki. Łączenie w szerszą całość ma jedynie umożliwić Komisji uwzględnienie wewnętrznego powiązania poszczególnych zakazanych działań oraz faktu, że w istocie zmierzają one do realizacji jednego wspólnego antykonkurencyjnego celu. Także w literaturze przedmiotu podkreśla się, że koncepcja jednolitego i ciągłego naruszenia nie została wykształcona w tym celu, by uczynić zakazanym działania, które same nie stanowiłyby już naruszenia art. 101 TFUE<sup>650</sup>. A. Weitbrecht i L. Baudenbacher wskazują z kolei, że konstrukcja jednolitego i ciągłego naruszenia pozwala na przypisanie odpowiedzialności podmiotowi, który nie jest obecny na wszystkich dotkniętych rynkach, podczas gdy pomocnik kartelu nie jest obecny na żadnym z nich. W efekcie koncepcja ta, która sama w sobie jest już wątpliwa, okazuje się nieadekwatna dla oceny działań pomocników kartelu<sup>651</sup>.

Z materiału badawczego wynika z kolei, że organy ochrony konkurencji zdają się traktować samo przyczynienie się, tj. wkład w realizację naruszenia przez innych, za wystarczający dla przyjęcia udziału danego pomocnika w jednolitym i ciągłym naruszeniu. W praktyce zaciera się więc granica pomiędzy stwierdzeniem zaistnienia porozumienia na gruncie art. 101 TFUE, a stwierdzeniem udziału w jednolitym i ciągłym naruszeniu. Organy zdają się więc pomijać jeden etap analizy. We wszystkich decyzjach Komisji, które dotyczyły pomocników kartelu, to właśnie kwestia przyczynienia się oraz zaistnienia przesłanki subiektywnej była decydująca dla oceny działań pomocnika. To te przesłanki, określane już nawet w piśmiennictwie jako test AC-Treuhand<sup>652</sup>, decydują więc, zdaniem organów, o przypisaniu odpowiedzialności pomocnikowi kartelu. Należy nadto dostrzec, że koncepcja jednolitego i ciągłego naruszenia nie służyła dotąd jako narzędzie pozwalające na stwierdzenie naruszenia

647 Decyzja KE z dnia 5.12.2012 r. w sprawie AT.39437 - TV and computer monitor tubes.

648 Decyzja KE z dnia 10.12.2014 r. w sprawie AT.39780 - Envelopes.

649 Decyzja KE z dnia 9.11.2010 r. w sprawie COMP/39258 - Airfreight.

650 J. Joshua, *Single continuous infringement...*, str. 2; zob. także M. Dreher, *Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung...*, str. 277.

651 A. Weitbrecht, L.M. Baudenbacher, *Bußgeld wegen Beihilfe zu einem Kartell? Zum Urteil des EuG vom 8. Juli 2008 (Rs. T- 99/2004 - AC-Treuhand)*, EuR 2010, str. 238.

652 G. De Stefano, *AC-Treuhand Judgement: A broader scope of EU competition law infringement?*, JECLP 2015 vol. 6, no. 10, str. 689; B. N. Hartnett, W. Sparks, *The service provider...*, str. 57.

zakazu porozumień, ale jako pewien instrument służący temu, by właściwie przypisać odpowiedzialność uczestnikom szerszego porozumienia nie tylko za własne, ale także za działania innych uczestników. Natomiast w przypadku pomocników kartelu Komisja wykorzystała założenia koncepcji do rozstrzygnięcia w ogóle, czy odpowiada on za naruszenie.

W konsekwencji uznać należy, że organy ochrony konkurencji UE w przypadku pomocników kartelu nie tylko zaadaptowały na potrzeby przypisania im odpowiedzialności mocno kontrowersyjną koncepcję, ale nadto błędnie ją zastosowały. Umknęło ich uwadze, że połączeniu w całościowe porozumienie podlegają tylko działania, które same w sobie stanowią już naruszenie. Z narzędzia wzajemnego przypisania odpowiedzialności antymonopolowej uczyniono nadto podstawę do przypisania odpowiedzialności w ogóle.

Kontynuując krytyczną analizę działań organów, należy dalej wskazać na niespójność testu AC-Treuhand rozumianego jako narzędzie przypisywania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikom kartelu, z generalnymi założeniami odpowiedzialności antymonopolowej na gruncie art. 101 TFUE. W tym kontekście trzeba zauważyć, że art. 101 TFUE jako taki nie zawiera przesłanek subiektywnych odpowiedzialności. Opiera się ona wyłącznie na bezprawności działania. Nie jest więc na jego gruncie istotne, czy uczestniczący w porozumieniu przedsiębiorcy mieli świadomość antykonkurencyjnego charakteru podejmowanych przez nich działań bądź mieli zamiar ograniczenia konkurencji. Jasne jest, że przypisanie pomocnikowi kartelu odpowiedzialności za działania innych uczestników porozumienia, o których nie miał on wiedzy ani nie mógł ich nawet racjonalnie przewidzieć, w sposób rażąco byłoby sprzeczne z zasadami indywidualnej odpowiedzialności, a nadto sprzeczne z założeniem, że dla zaistnienia porozumienia konieczna jest zgodna wola stron<sup>653</sup>. W klasycznym przypadku niedozwolonego porozumienia przesłanka subiektywna nie byłaby jednak relewantna dla stwierdzenia naruszenia, a jedynie zakresu odpowiedzialności. Natomiast w przypadku odpowiedzialności pomocników kartelu w kształcie wypracowanym przez organy ochrony konkurencji UE przesłanka subiektywna stała się w istocie podstawowym elementem rozstrzygającym o ocenie zachowania przedsiębiorcy w świetle prawa konkurencji. Jeżeli więc o odpowiedzialności pomocnika decydować ma fakt zaistnienia przesłanki subiektywnej, oznacza to, że organy ochrony konkurencji UE zastąpiły odpowiedzialność antymonopolową opartą na przesłance bezprawności odpowiedzialnością warunkowaną zaistnieniem elementów subiektywnych. Taka praktyka nie jest spójna z generalną koncepcją odpowiedzialności na gruncie Traktatu, a działania organów ochrony konkurencji balansują na granicy działalności prawotwórczej.

Podsumowując ten fragment rozważań, należy wskazać, że koncepcja jednolitego i ciągłego naruszenia nie jest adekwatnym narzędziem do rozstrzygania o możliwości przypisania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu. Zastosowanie jej zaadaptowanych przesłanek przez organy ochrony konkurencji, choć wpisuje się w tendencję do coraz szerszego zakresowania kręgu działań postrzeganych jako jedno porozumienie, dotknięte jest szeregiem zidentyfikowanych powyżej uchybień. Po pierwsze, organy nazbyt szeroko wykładają przesłankę porozumienia na gruncie 101 TFUE, nadając mu znaczenie tożsame ze stosowanym w praktyce orzeczniczej dla

653 Odnosnie do kwestii wiedzy o działaniach pozostałych uczestników zob. wyrok Sądu z dnia 15.12.2016 r. w sprawie T-762/14, Koninklijke Philips NV, nb. 172.

oceny złożonych i skomplikowanych przypadków długotrwałych naruszeń. Po drugie, wbrew założeniu koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia organy zdają się traktować działania pomocnika kartelu jako wkład w jednolite i ciągłe naruszenie, choć nie stanowią one porozumienia ani uzgodnionej praktyki w rozumieniu art. 101 TFUE, które można by połączyć w całość z działaniami uczestników kartelu. Po trzecie, w sprawach pomocników kartelu dochodzi do zastąpienia przesłanek zakazu porozumień przesłankami zastosowania koncepcji jednolitego i ciągłego porozumienia, co samo w sobie jest już niedopuszczalne. Po czwarte, opieranie koncepcji odpowiedzialności pomocnika na przesłance subiektywnej pozostaje w sprzeczności z założeniem o odpowiedzialności antymonopolowej opartej na bezprawności, co czyni wyłom w systemowej konstrukcji odpowiedzialności antymonopolowej przedsiębiorców.

#### 4.3.5. Analiza krytyczna paraleli do sytuacji biernego uczestnika porozumienia

W celu uzasadnienia koncepcji odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika kartelu organy ochrony konkurencji UE rozwinęły paralelę pomiędzy jego działaniami a sytuacją biernego uczestnika kartelu. Podejście organów do oceny biernej postawy wobec zakazanej praktyki zarysowałam w rozdziale III właśnie z uwagi na jej wykorzystanie do wsparcia argumentacji za możliwością karania pomocników kartelu. Z przeanalizowanego orzecznictwa wynika, że bierne zachowanie wobec niedozwolonego porozumienia jest podstawą przypisania odpowiedzialności antymonopolowej nie z uwagi na trudności z wykazaniem w danym przypadku aktywnego udziału w praktyce, ale z uwagi na fakt, że bierność daje pozostałym przedsiębiorcom uczestniczącym w zakazanej praktyce poczucie pewności, stabilności i bezpieczeństwa przy realizacji ich antykonkurencyjnych planów. Bierna postawa ma stanowić sygnał, że dany przedsiębiorca nie będzie protestował ani sprzeciwiał się określonym działaniom, a taka informacja jest dla kartelu niemalże równie istotna co aktywny wkład. W koncepcji odpowiedzialności biernych uczestników kartelu nie chodzi zatem o bierność w sensie braku działania, ale dorozumiany komunikat - albo o cichej akceptacji, albo o braku sprzeciwu wobec działania innych. W efekcie odpowiedzialność przypisuje się przedsiębiorcy nie za podejmowanie działań bezpośrednio wpływających na stan konkurencji na rynku, ale akceptację i aprobatę dla osiągnięcia takiego stanu przez innych.

Powyższe spostrzeżenie mogłoby stanowić punkt wyjścia dla konstatacji, że budowanie przez organy paraleli pomiędzy biernym udziałem w porozumieniu a pomocnictwem w sensie ścisłym jest do pewnego stopnia uprawnione<sup>654</sup>. Bierność stanowi bowiem formę wsparcia dla kartelu, tak jak w przypadku pomocnika jego aktywne działanie ułatwiające funkcjonowanie porozumienia. W obydwu przypadkach wsparcie dla kartelu nie wyraża się też w podejmowaniu działań na rynku dotkniętym kartelizacją, ale w tworzeniu odpowiedniej sytuacji, sprzyjającej rozwojowi antykonkurencyjnej praktyki. Zagadnienie to wymaga jednak głębszej analizy.

Mając na uwadze fakt, że narracja o paraleli do sytuacji biernego udziału w porozumieniu stanowiła uzupełnienie generalnych spostrzeżeń organów odnośnie do oceny zachowania pomocnika kartelu, trzeba rozważyć cel, dla którego ją przywołano. Jak

<sup>654</sup> Odmienne M. Król Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, str. 111; autorka, komentując wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, wskazała, że uderzający jest brak podobieństwa pomiędzy biernym zachowaniem i aktywnym udzielaniu pomocy przez przedsiębiorcę działającego na innym rynku.

się zdaje, dzięki odwołaniu do tej koncepcji organom udało się – przynajmniej pozornie – uporać z problemem braku aktywności pomocnika kartelu na rynku dotkniętym naruszeniem. Bierny uczestnik porozumienia także przecież nie podejmuje działań stanowiących implementację uzgodnień. Należy jednak podać w wątpliwość, czy aby rzeczywiście sytuacja kształtuje się tu tożsamo. W moim przekonaniu rola biernego uczestnika porozumienia jest o tyle odmienna od roli pomocnika kartelu, że ten ostatni nie byłby nawet teoretycznie w stanie własnym działaniem wpływać na sytuację rynkową, przeciwdziałać implementacji uzgodnień lub niweczyć ich skutki. Cicha akceptacja niedozwolonej praktyki przez konkurenta jest natomiast dla pozostałych uczestników kartelu dużo bardziej wartościowa. Można wręcz zaryzykować tezę, że cała koncepcja odpowiedzialności za bierny udział w porozumieniu opiera się na niewypowiedzianym założeniu, że taki bierny przedsiębiorca w rzeczywistości po cichu wspiera antykonkurencyjną inicjatywę, tylko organy nie były w stanie wykazać jego aktywnego udziału. Już sam jednak sygnał ze strony biernego uczestnika jest dla pozostałych konkurentów niezwykle istotny, gdyż utwierdza ich w poczynionych planach. Z punktu widzenia uczestników kartelu cicha zgoda pomocnika pozostaje natomiast bez znaczenia, gdyż nie jest on ich konkurentem, nie ma wpływu na rynek i jego partycypacja w praktyce, jej brak bądź sprzeciw wobec niej byłyby irrelewantne dla osiągnięcia zamierzonego efektu. Uważam więc, że ze względu na brak powiązania działań pomocnika kartelu z rynkiem, którego dotyczy ten kartel, jego sytuacja nie może być porównywana do wkładu przedsiębiorcy biernie uczestniczącego w porozumieniu.

Nie bez znaczenia dla niniejszej analizy pozostaje nadto okoliczność, że sama koncepcja odpowiedzialności biernego uczestnika spotkania bywa krytycznie oceniana przez przedstawicieli doktryny. Praktyka przypisywania odpowiedzialności rzekomo biernemu uczestnikowi porozumienia, w sytuacji gdy uczestniczy on biernie w spotkaniu, a następnie nie przystępuje do implementacji uzgodnień, krytykowana jest m.in. przez M. Król-Bogomilską, która wskazuje, że brak jest wówczas obiektywnych punktów oparcia dla przypisania odpowiedzialności za kartel. Jak się zdaje, uznaje ona, że w takiej sytuacji wątpliwe jest założeniu o zaistnieniu porozumienia w świetle braku wyrażenia zgodnej woli określonego zachowania się na rynku<sup>655</sup>. To stanowisko zasługuje na aprobatę. Wprawdzie z orzecznictwa wynika, że KE może, oceniając dany stan faktyczny, opierać się na zbiegu szeregu okoliczności i poszlak, które razem ujęte mogą stanowić, wobec braku innego spójnego wytłumaczenia, dowód naruszenia reguł konkurencji<sup>656</sup>, to jednak wywodzenie udziału w porozumieniu z samego faktu obecności na spotkaniu niepopartego dalszymi dowodami udziału w zмовie wydaje się zbyt daleko idącym uproszczeniem.

Podsumowując, należy wskazać, że próba wzmocnienia argumentacji za koncepcją odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika poprzez budowanie paraleli do odpowiedzialności biernego uczestnika porozumienia była krokiem chybionym. Rola pomocnika jest bowiem jedynie pozornie podobna do sytuacji biernego uczestnika. Przywołanie kontrowersyjnej koncepcji odpowiedzialności za bierny udział w porozumieniu na poparcie tezy o możliwości rozciągnięcia zakresu zastosowania art. 101 TFUE także na pomocników kartelu okazało się w efekcie mało przekonujące.

655 M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, str. 119.

656 Tak na przykład: wyrok Sądu z dnia 10.10.2014 r. w sprawie T-68/09, Soliver NV, nb. 59 i wskazane tam wcześniejsze orzecznictwo.



## 4.4. Przyczynienie się pomocnika kartelu

### 4.4.1. Szerokie pojęcie „przyczynienia się”

Zgodnie ze stanowiskiem organów ochrony konkurencji UE KE jest uprawniona do stwierdzenia, że dany przedsiębiorca odpowiada za naruszenie zakazu porozumień jako pomocnik kartelu, jeżeli zostanie wykazane, że zamierzał własnym działaniem przyczynić się do realizacji wspólnych z pozostałymi uczestnikami porozumienia antykonkurencyjnych celów, a nadto był świadomy planowanych bądź podejmowanych przez nich działań w dążeniu do realizacji tego celu bądź mógł je racjonalnie przewidzieć i był gotowy na przyjęcie związanego z tym ryzyka. Należy zauważyć, że sposób sformułowania tego testu odpowiedzialności pomocnika kartelu mógłby sugerować, że dla przypisania odpowiedzialności rozstrzygający jest element subiektywny, czyli „zamiar”. Jasne jest jednak, że istnienie takiego zamiaru oceniane jest w oparciu o obiektywnie zaistniałe działania przedsiębiorcy, będące wyrazem powzięcia takiego zamiaru. Nadto organy, choć nie jest to w sposób jednoznaczny wyrażone, traktują tę przesłankę testu jako obejmującą dwa elementy: subiektywny zamiar przyczynienia się oraz obiektywne przyczynienie się<sup>657</sup>. W niniejszym podrozdziale analizujemy ten drugi element, dostrzegając deficyty wynikające z jego nieostrego charakteru.

Przywołana powyżej a powtarzana konsekwentnie przez organy i TSUE formuła w oderwaniu od konkretnego stanu faktycznego mogłaby być interpretowana bardzo szeroko, tak że pod pojęciem przyczynienia się mieściłby się w zasadzie otwarty zbiór działań powiązanych w dowolny sposób z kartelem. Posłużenie się przez organy takim nieostрым określeniem jest do pewnego stopnia zrozumiałe z punktu widzenia polityki konkurencji - pozwala objąć zakresem zastosowania pełen wachlarz działań pomocników kartelu, wychodząc naprzeciw ich pomysłowości. Nieprecyzyjność terminu „przyczynienie się” niesie jednak ze sobą ryzyko dla obrotu gospodarczego, gdyż może zwiększać stan niepewności prawnej, który na gruncie prawa antymonopolowego jest już aż nazbyt wysoki.

Rozważania nad zakresem znaczeniowym „przyczynienia się” są ściśle powiązane z pytaniem, gdzie leży granica pomiędzy działaniami, które mogą sprowadzić na przedsiębiorcę odpowiedzialność antymonopolową, a takimi, które wprawdzie są powiązane z daną antykonkurencyjną praktyką, ale ich marginalne znaczenie bądź oddalenie od niej w łańcuchu kauzalnym powinno skłonić organy ochrony konkurencji do wykluczenia ich z zakresu oceny antymonopolowej. Ponieważ organy posługują się bardzo obszernym znaczeniowo pojęciem „przyczynienia się”, to zasadne jest postawienie pytania, czy ze względów aksjologicznych i pragmatycznych nie należałoby jednak w analizie przypadków potencjalnych pomocników kartelu uwzględnić przesłanki jakościowej, tj. przesłanki odczuwalności. Rozciąganie odpowiedzialności antymonopolowej na działania niewywołujące wystarczająco antykonkurencyjnych skutków może bowiem negatywnie oddziaływać na gospodarkę, odstraszać przedsiębiorców od podejmowania działań prokonkurencyjnych<sup>658</sup>.

<sup>657</sup> Zob. przede wszystkim wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 107, 165-182, gdzie Sąd badał osobno obydwa elementy testu; zob. także B.N. Hartnett, W. Sparks, *The service provider...*, str. 59.

<sup>658</sup> W podobnym tonie, choć generalnie o porozumieniach: A. Stawicki, *Art. 6 uokik (w:) E. Stawicki, A. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, Lex 2016, pkt. 1.

Drugą kwestią, którą należy rozważyć w kontekście szerokiego pojęcia przyczynienia się, jest charakter powiązania pomiędzy działaniem pomocnika a ograniczeniem konkurencji. Nie ulega wątpliwości, że „przyczynienie się” do realizacji wspólnego celu samo w sobie implikuje istnienie powiązania pomiędzy działaniami pomocnika i uczestników kartelu. Dla prowadzonej tu analizy istotne jest więc określenie, jak organy podchodzą do oceny tego związku oraz kiedy powiązanie pomiędzy działaniami pomocnika a osiągnięciem antykonkurencyjnego celu uzasadnia kwalifikację takich działań jako przyczynienia się.

Mając na uwadze zidentyfikowane tu problemy, przedstawię w niniejszym podrozdziale podejście organów do obydwu kwestii. Poniższa analiza będzie miała następującą strukturę. W pierwszej kolejności prześledzę, jak w omówionym powyżej w rozdziale III materialne źródłowym przedstawiany był „wkład” pomocnika kartelu. Nie chodzi tu jednak o określenie rodzajowo działań, które zdaniem organów mogą stanowić przyczynienie się, ale o pytanie, czy z punktu widzenia organów taki wkład musi mieć charakter kwalifikowany, a jeżeli tak, to w oparciu o jakie kryteria. Pozwoli to na poczynienie spostrzeżeń odnośnie do pytania o uwzględnianie przez organy w ocenie przypadków pomocników kartelu przesłanek kwalifikujących jakościowo przyczynienie się. Prześledzę nadto, czy, a jeśli tak, to w jaki sposób przedstawiane było przez organy zagadnienie związku pomiędzy działaniami pomocnika a ograniczeniem konkurencji. Wnioski z tej analizy posłużą następnie za podstawę rozważań nad prawidłowością praktyki organów oceny antykonkurencyjnego „wkładu” pomocnika w naruszenie reguł konkurencji.

#### 4.4.2. Charakterystyka przyczynienia się w poszczególnych sprawach pomocników

##### 4.4.2.1. AC-Treuhand I

W decyzji Komisji w sprawie AC-Treuhand I działania szwajcarskiej spółki określone zostały jako kluczowe. Komisja zwróciła uwagę na aktywne uczestnictwo w uzgodnieniach<sup>659</sup>, wskazując, iż działania spółki umożliwiły pomyślne funkcjonowanie kartelu na przestrzeni lat<sup>660</sup>. Jej uczestnictwo dodawało porozumieniu element obiektywizmu i transparentności, czym wzmacniało jego stabilność<sup>661</sup>. Nie bez znaczenia dla organu pozostawał także fakt, że AC-Treuhand miała interes finansowy w dalszym istnieniu kartelu<sup>662</sup>. W decyzji podkreślono nadto, że spółka nie tylko dysponowała pewnym zakresem „moralnej i instytucjonalną władzy” (ang. *authority*) oraz zakresem swobody decyzyjnej (ang. *decisional power*) powierzonym jej przez uczestników kartelu, ale nadto przejawiała własną inicjatywę<sup>663</sup>.

W części prawnej uzasadnienia decyzji Komisja wskazała dodatkowo, że działania AC-Treuhand wykraczały poza działania zwykłego sekretariatu, a zakres powierzonej spółce „władzy” wykraczał poza to, na co strony porozumienia zgodziły się wobec siebie nawzajem<sup>664</sup>. Działania pomocnika zostały nadto określone przez Komisję jako

659 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 95, 101.

660 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 102, 104, 335.

661 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 340.

662 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 102, 342.

663 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 105, 333.

664 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 332.

komplementarne wobec działań pozostałych uczestników kartelu<sup>665</sup>. Na marginesie Komisja wskazała jeszcze, że okoliczność, że umowa o świadczenie usług nie zawierała ograniczeń konkurencji pomiędzy AC-Treuhand a uczestnikami kartelu, a jedynie między tymi ostatnimi, pozostaje bez wpływu na możliwość zastosowania zakazu porozumień<sup>666</sup>.

W odpowiedzi na skargę do SPI Komisja podniosła, że AC-Treuhand uczestniczyła w porozumieniu aktywnie jako organizator i strażnik właściwej implementacji kartelu, znacznie przyczyniając się do jego utrzymania w mocy i zachowania w tajemnicy. Zwrócono także uwagę na interes szwajcarskiej spółki w prawidłowym funkcjonowaniu kartelu<sup>667</sup>. Orzekając w sprawie odwołania AC-Treuhand, SPI wskazał, że obiektywna przesłanka odpowiedzialności za jednolite i ciągłe naruszenie jest spełniona, gdy przedsiębiorca przyczynił się do implementacji kartelu chociażby w sposób podrzędny, pomocniczy lub bierny - potencjalnie ograniczone znaczenie takiego przyczynienia się może natomiast być brane pod uwagę przy określaniu wysokości kary<sup>668</sup>. W dalszej części uzasadnienia wyroku SPI wskazał też, że AC-Treuhand aktywnie przyczyniła się do wprowadzenia w życie kartelu, a nadto istniał wystarczająco konkretny związek przyczynowy między jej działaniami a ograniczeniem konkurencji<sup>669</sup>.

Na podstawie powyższego można przyjąć, że unijne organy ochrony konkurencji, choć nie podkreślają tego jako generalnej zasady, dostrzegają, że przy zastosowaniu koncepcji odpowiedzialności pomocnika jakościowa ocena jego zachowania nie pozostaje bez znaczenia. Nie chodzi tu o rodzaj podejmowanych przez pomocnika działań, ale o funkcję, jaką spełniają one dla kartelu, w szczególności zaś funkcję stabilizacyjną. Wymieniane przez Komisję działania, jak dysponowanie swoistą władzą czy przejawianie własnej inicjatywy, należy traktować jako przykłady aktywnego udziału oraz dowód na zaangażowanie pomocnika w realizację wspólnego planu. Ze względu jednak na umieszczenie powyższych rozważań zarówno w części opisowej decyzji, gdzie przedstawiany był stan faktyczny, jak i w części zawierającej rozważania prawne, trudno rozstrzygnąć, na ile Komisja traktowała je jako przesłanki odpowiedzialności, a na ile jako opis rzeczywistości, wypuklający karygodny charakter działań pomocnika.

Wyjaśnienia wymaga też fakt, że na pierwszy rzut oka podejście zaprezentowane przez SPI wydaje się nie do końca spójne z wyobrażeniami Komisji, która podkreślała istotność antykonkurencyjnego wkładu pomocnika. Można jednak podejrzewać, że SPI dążył do wykazania tezy o objęciu zakresem zastosowania art. 101 TFUE także działań pomocnika obok działań „sprawców” - stąd konieczne było podkreślenie, że także działania jedynie marginalnie ułatwiające porozumienie należy traktować jak pełnoprawny udział w kartelu.

Należy też zauważyć, że Komisja nie rozwinęła tezy o komplementarnym charakterze działań pomocnika dla osiągnięcia antykonkurencyjnego celu praktyki. Wskazała jedynie na marginesie, że brak ograniczeń konkurencji w umowie o świadczenie usług pomiędzy AC-Treuhand a uczestnikami kartelu nie wyklucza odpowiedzialności szwajcarskiej spółki. Z drugiej jednak strony prezentowała działania pomocnika w taki

665 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 333, 345.

666 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 340.

667 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 109, 110.

668 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 133.

669 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 154.

sposób, jakby bez jego wsparcia w ogóle nie doszło do zawarcia porozumienia. Dużo wyraźniej wypowiedział się natomiast w tym temacie SPI, podkreślając wprost wystarczająco konkretny związek przyczynowy między działaniami pomocnika a ograniczeniem konkurencji w analizowanej sprawie. Niestety w uzasadnieniu zabrakło wyjaśnienia, jak należy rozumieć taki związek i kiedy staje się on „wystarczająco konkretny”.

#### 4.4.2.2. AC-Treuhand II

Działania pomocnika kartelu w sprawie AC-Treuhand II były w zasadzie tożsame z będącymi przedmiotem decyzji w pierwszej sprawie dotyczącej szwajcarskiej spółki. Komisja działania AC-Treuhand, odnoszące się tak do kartelu stabilizatorów cynowych, jak i ESBO/estrów, określiła ponownie jako aktywne uczestnictwo, a funkcję pełnioną przez pomocnika - jako centralną<sup>670</sup>. Przejawiało się to w szczególności w pełnieniu aktywnej i przewodniej roli podczas spotkań uczestników kartelu oraz w dysponowaniu pewnym zakresem „władzy” w stosunku do nich. Komisja zwróciła też uwagę na finansowy interes AC-Treuhand w realizacji powierzonych jej zadań. W dalszej części uzasadnienia Komisja wskazała nadto, że AC-Treuhand aktywnie uczestniczyła w obydwu kartelach, pełniąc istotną funkcję. W efekcie zdaniem Komisji działania szwajcarskiej spółki należało określić jako sprzyjające antykonkurencyjnemu porozumieniu i jego implementacji oraz ułatwiające je, które w żadnym wypadku nie mogłyby zostać określone jako administracyjne i statystyczne działania sekretariatu<sup>671</sup>. Przeciwnie, zdaniem Komisji AC-Treuhand przyczyniła się istotnie do realizacji wspólnych celów<sup>672</sup>.

Na etapie odwołania do Sądu zagadnienie przyczynienia się nie było szerszej analizowane, ale już TSUE powrócił do tej kwestii, wskazując, że wykładnia art. 101 TFUE wyłączająca pomocników kartelu spod zakresu jego zastosowania mogłaby udaremnić pełną skuteczność zakazu porozumień, jeżeli nie pozwalałaby na powstrzymanie aktywnego wkładu w ograniczenie konkurencji<sup>673</sup>. Nadto, jak wskazał Trybunał, działania AC-Treuhand były bezpośrednio powiązane z wysiłkami uczestników kartelu. Trybunał uzasadnił to, wskazując, że celem usług świadczonych przez AC-Treuhand była realizacja, w sposób w pełni świadomy, antykonkurencyjnych celów<sup>674</sup>. Dalej w uzasadnieniu wskazano natomiast, że działania spółki nie sprowadzały się do prostych usług pomocniczych, niemających związku ze zobowiązaniami uczestników kartelu ani z wynikającymi z nich ograniczeniami konkurencji<sup>675</sup>. Choć TSUE nie rozpatrywał tu głębiej kwestii związku przyczynowo-skutkowego, to jednak wskazał na rzeczowe powiązanie pomiędzy działaniami pomocnika i pozostałych uczestników antykonkurencyjnej praktyki.

O ile w pierwszej decyzji dotyczącej AC-Treuhand podkreślana była niezbędność jej działań dla funkcjonowania i dalszego istnienia kartelu, o tyle w drugiej decyzji Komisja zaniechała wyciągania tak daleko idącego wniosku z okoliczności stanu fak-

670 Decyzja KE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 356, 358.

671 Decyzja KE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 381.

672 Decyzja KE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 383.

673 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand, nb. 36.

674 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand, nb. 38.

675 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand, nb. 39.

tycznego, pomimo że były one bardzo zbliżone. Z uzasadnienia wyłania się natomiast obraz firmy doradczej bardziej jako pomocnika, który ułatwia działania kartelu i koordynuje jego prace, niż przedsiębiorcy, którego udział umożliwił w ogóle funkcjonowanie porozumienia. Różnica ta jest subtelna, ale skłania do zastanowienia się nad przyczynami takiego przesunięcia akcentów. Można w tym kontekście zastanawiać się, na ile był to zabieg celowy. Nieznaczne przesunięcie nacisku z nieodzowności dla kartelu w stronę roli pomocniczej, acz dalej kluczowej, mogło być wyrazem woli stopniowego rozszerzenia zakresu nowo wypracowanej koncepcji odpowiedzialności pomocnika. Alternatywnie można to także interpretować, wskazując, że przy wydawaniu pierwszej decyzji w sprawie AC-Treuhand Komisja nie była jeszcze pewna, czy zastosowana wykładnia prawa konkurencji zostanie zaakceptowana przez SPI, stąd starała się uwypuklić wkład spółki, podkreślając jej szczególną rolę dla samego zaistnienia niedozwolonego porozumienia. W sprawie AC-Treuhand II potrzeba takiej narracji zniknęła.

Wracając do głównego przedmiotu prowadzonych tu rozważań, należy zauważyć, że także w sprawie AC-Treuhand II Komisja zwracała uwagę na doniosłość wkładu pomocnika oraz kluczowość pełnionej przez niego funkcji. Ponownie podkreślone zostało, że działania szwajcarskiej spółki wykraczały poza działania zwykłego sekretariatu. To stwierdzenie jest o tyle istotne, że sugeruje, iż pewne działania, które w literalnym brzmieniu można by uznać za przyczynienie się, nie są jednak przez Komisję uznawane za zasługujące na uwagę organów ochrony konkurencji. Najwyraźniej więc Komisja zastosowała tu pewne kryterium jakościowe, przyjmując, że odczuwalność takiego wkładu nie byłaby wystarczająco istotna, by uznać go za naruszenie. Dostrzec należy nadto, że TSUE, mówiąc o przyczynieniu się pomocnika, wskazał, że przedstawiona w uzasadnieniu szeroka wykładnia art. 101 TFUE ma umożliwić powstrzymanie „aktywnego wkładu w ograniczenie konkurencji”. Także to można odczytywać jako przejaw przekonania, że to właśnie aktywne działania pomocnika zasługują na właściwą reakcję organów ochrony konkurencji.

#### 4.4.2.3. RP Martin

Sprawa brokera bankowego ułatwiającego funkcjonowanie kartelu na rynku instrumentów pochodnych stopy procentowej jena japońskiego została zakończona w postępowaniu ugodowym i nie oferuje nazbyt obszernego opisu działań pomocnika oraz ich prawnej oceny. Przypadek ten był jednak o tyle ciekawy, że podejmowane przez adresata decyzji Komisji działania różniły się znacznie od tych, które stanowiły o odpowiedzialności pomocnika w sprawach AC-Treuhand. Na ile można wnosić z krótkiego uzasadnienia, RP Martin, działając na polecenie jednego z banków uczestniczących w antykonkurencyjnym porozumieniu, kontaktował się z nieuczestniczącymi w nim podmiotami w celu dezinformacji oraz wpłynięcia na ich zachowania rynkowe, czym wzmacniał efekt osiągnięty przez banki pozostające w zмовie.

Należy dostrzec, że Komisja w szcątkowym uzasadnieniu decyzji podkreśliła interes finansowy RP Martin w świadczeniu usług na rzecz kartelu<sup>676</sup>. Co istotne dla niniejszej analizy, kwestia istotności działań RP Martin, ich doniosłości dla kartelu ani też związku przyczynowego pomiędzy działaniami brokera a ograniczeniem konkurencji

---

676 Decyzja KE w sprawie RP Martin, nb. 48.



w ogóle nie została w decyzji poruszona. Przywołana została natomiast tylko generalna formuła mówiąca, że Komisja może uznać przedsiębiorcę za współodpowiedzialnego za naruszenie, jeżeli wykaże, że zamierzał on swoim działaniem przyczynić się do realizacji wspólnych z innymi przedsiębiorcami antykonkurencyjnych celów, pod warunkiem że przedsiębiorca wiedział o istotnych planowanych lub realizowanych przez pozostałych działaniach w dążeniu do tych samych celów lub mógł je racjonalnie przewidzieć i był gotowy przyjąć związane z tym ryzyko. Dalej w uzasadnieniu wskazano natomiast jedynie, że RP Martin swoimi działaniami ułatwiającymi porozumienie przyczynił się do ograniczenia konkurencji na rynku, którego ono dotyczyło<sup>677</sup>. Taką postawę KE można próbować wyjaśnić, wskazując, że w sprawie zakończonej w postępowaniu ugodowym nie było potrzeby dokładnego opisywania sytuacji faktycznej i prezentowania pełnej argumentacji prawnej. Przedsiębiorca z dużym prawdopodobieństwem nie złożyłby bowiem skargi na nieważność takiej decyzji. Z drugiej strony dziwi fakt, że w tym przypadku Komisja nie wskazała choć punktowo, że wkład RP Martin w antykonkurencyjną praktykę banków był istotny bądź kluczowy dla osiągnięcia antykonkurencyjnego celu. Może to bowiem sugerować, że koncepcja odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika kartelu w kształcie, jaki nadano jej w praktyce orzeczniczej, nie uwzględnia jednak przestanki odczuwalności przyczynienia się przez pomocnika.

#### 4.4.2.4. ICAP

Decyzja Komisji w sprawie ICAP jest ostatnia w sensie chronologicznym, a zawarte w niej rozważania zdają się być najbardziej dojrzałe. Z tych względów ma ona szczególną wartość także przy analizie charakterystyki „przyczynienia się”.

Komisja zarzuciła ICAP dwa typy działań, które zakwalifikowała jako udział w porozumieniu w roli pomocnika. Po pierwsze, ICAP w jednym przypadku służyła jako pośrednik w wymianie informacji, co Komisja określiła jako kluczowe i niezbędne dla zawarcia porozumienia lub uzgodnionych praktyk. W uzasadnieniu wskazano przy tym, że nie można wykluczyć, że w przypadku braku pomocy ICAP w ogóle nie doszłoby do zawarcia porozumienia, a przynajmniej nie w formie, w jakiej zostało ono zawarte<sup>678</sup>. Po drugie zaś, w pozostałych porozumieniach działania ICAP istotnie przyczyniły się do osiągnięcia antykonkurencyjnych celów, do których dążyły banki. Zdaniem Komisji ICAP nie tylko ułatwiła kartel, ale wzmocniła wywołany nim wpływ na rynek. Komisja podkreśliła, że działania ICAP należało uznać za szczególnie poważne, gdyż oddziaływanie praktyki było dzięki nim istotnie większe niż byłoby w przypadku działania samych banków<sup>679</sup>. Komisja wskazała nadto, że działania ICAP oraz banków w poszczególnych naruszeniach miały charakter komplementarny<sup>680</sup>. Obydwa typy działań podsumowała natomiast, wskazując, że można je określić jako aktywny udział i zaangażowanie sprzyjające oraz ułatwiające antykonkurencyjne porozumienie i jego implementację<sup>681</sup>. Powtórzona została zatem formuła, która wcześniej pojawiła się w sprawie AC-Treuhand II.

677 Decyzja KE w sprawie RP Martin, nb. 78.

678 Decyzja KE w sprawie ICAP, nb. 207.

679 Decyzja KE w sprawie ICAP, nb. 208.

680 Decyzja KE w sprawie ICAP, nb. 234 a).

681 Decyzja KE w sprawie ICAP, nb. 207, 208.

Odnosząc się do sformułowanego w skardze zarzutu, że działania ICAP nie stanowiły jednego naruszenia z działaniami banków, Sąd stwierdził, że istniała pomiędzy nimi więź komplementarności. Gdyby bowiem manipulacja stawkami JPY Libor opierała się tylko na działaniu banków, wpłynięcie na wysokość stawek byłoby mniej prawdopodobne. Działania ICAP wpływały bowiem na wysokość stawek zgłaszanych przez inne banki<sup>682</sup>. Nadto, odwołując się do wyroku TSUE w sprawie AC-Treuhand II, Sąd wskazał, że aktywny wkład (ang. *active contribution*) w ograniczenie konkurencji może stanowić podstawę przypisania odpowiedzialności także w sytuacji, gdy nie odnosi się on do działalności gospodarczej wykonywanej na rynku relevantnym, na którym realizuje się bądź ma zrealizować ograniczenie konkurencji<sup>683</sup>.

Stanowisko organów w sprawie ICAP było o tyle istotne dla prowadzonej tu analizy, że można z niego wyczytać, że nie tylko działania niezbędne dla funkcjonowania kartelu (jak prezentowano działania AC-Treuhand w precedensowej sprawie), ale też inne działania (wzmacniające negatywny efekt oddziaływania praktyki) mogą być podstawą przypisania odpowiedzialności za naruszenie zakazu porozumień w formie „pomocnictwa”. Może to być odczytywane jako sygnał, że Komisja jest gotowa rozszerzyć zakres zastosowania nowej koncepcji odpowiedzialności pomocnika także na takie przypadki, w których jego rola bynajmniej nie jest niezbędna do zaistnienia i funkcjonowania kartelu, ale obejmuje działania flankujące lub wspierające. Jasne jest, że ICAP nie pełniła funkcji koordynatora kartelu ani nawet funkcji organizacyjnych, jak było w przypadku AC-Treuhand, lecz wykonywała czynności wspomagające inicjatywy uczestników kartelu. Niemniej jednak należy się zgodzić z Komisją i Sądem, że dzięki podejmowanym przez ICAP działaniom banki uczestniczące w porozumieniu uzyskiwały wzmocnienie antykonkurencyjnego wpływu podejmowanych przez siebie inicjatyw.

#### 4.4.3. Odczuwalność przyczynienia się pomocnika kartelu

Analiza materiału źródłowego prowadzi do wniosku, że w oparciu o dotychczasowe rozstrzygnięcia nie jest możliwe jednoznaczne stwierdzenie, czy unijne organy ochrony konkurencji przy ocenie przesłanki przyczynienia się pomocnika kartelu biorą pod uwagę jakościową kwalifikację podejmowanych przez niego działań, tj. odczuwalność przyczynienia się. Z jednej strony Komisja podkreśla niemal każdorazowo kluczowość funkcji pełnionej przez pomocnika kartelu oraz szczególne znaczenie jego wkładu w zaistnienie i funkcjonowanie kartelu (w sprawie AC-Treuhand I) lub zakres jego negatywnego oddziaływania na stan konkurencji (w sprawie ICAP). Z drugiej strony powtarzana przez organy formuła testu odpowiedzialności pomocnika nie zawiera wyraźnego zastrzeżenia, że przyczynienie się pomocnika miałoby być istotne, odczuwalne bądź w inny sposób kwalifikowane. Najwyraźniej uwidocznili się to w sprawie RP Martin, w której Komisja w ogóle nie wspomniała o kwestii odczuwalności ani też nawet nie wskazywała w formie opisowej na szczególną charakterystykę działań przedsiębiorcy, która uzasadniałaby przypisanie mu odpowiedzialności jako pomocnikowi kartelu. Stąd nie można wykluczyć, że pojawiająca się zarówno w części opisowej, jak i prawnej przeanalizowanych decyzji charakterystyka wkładu pomocnika, wskazująca na jego kluczową rolę czy aktywny wkład, ma na celu raczej

682 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 165-171; zob. także wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 198.

683 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 104.

podkreślenie karygodności podejmowanych przez pomocnika działań mimo braku realizacji przez niego uzgodnień tworzących istotną treść porozumienia. Komisja mogła w ten sposób dążyć do uwypuklenia negatywnego charakteru działań pomocnika. Nie można też nie zauważyć, że SPI w sprawie AC-Treuhand I za wystarczające dla przypisania pomocnikowi udziału w antykonkurencyjnym porozumieniu uznał przyczynienie się chociażby w sposób „podrzędny, pomocniczy lub bierny”. Takie odmienne od prezentowanego przez Komisję podejście można uzasadnić kontekstem wypowiedzi SPI, niemniej stanowi ono kolejny sygnał, że organy ochrony konkurencji nie mają spójnej wizji odnośnie do odczuwalności przyczynienia się.

Niejasności co do stanowiska organów w sprawie oceny, kiedy można mówić o odczuwalnym przyczynieniu się, dodatkowo nastrocza fakt, że w materiale źródłowym dostrzegalne jest zmieniające się podejście do znaczenia wkładu pomocnika dla kartelu. O ile w sprawie AC-Treuhand I jawił się on jako niezbędny do zaistnienia porozumienia i jego funkcjonowania, to już w sprawie AC-Treuhand II Komisja niejako obniżyła standard, wskazując tylko, że działania pomocnika sprzyjały porozumieniu i je ułatwiały. Z kolei w sprawie ICAP wskazano ponownie, że nie można wykluczyć, iż w przypadku braku pomocy brokera w ogóle nie doszłoby do zawarcia porozumienia. Dotyczyło to jednak porozumienia, w którym działał on w roli pośrednika w wymianie informacji. W pozostałych objętych decyzją porozumieniami wystarczające było już, zdaniem Komisji, że działania ICAP ułatwiły zawarcie porozumienia i wzmacniały jego negatywny efekt. Komisja powtórzyła też, że działania ICAP sprzyjały porozumieniu i je ułatwiały. Także w tym zakresie trudno jest więc dopatrzeć się zasady postępowania organów ochrony konkurencji UE. Nie jest też jasne, czy stanowisko organów w przeanalizowanych sprawach miało wyznaczać minimalny standard, który musiałby być spełniony dla zastosowania koncepcji odpowiedzialności pomocnika, czy raczej stanowiło tylko opis działań spełniających przesłanki wypracowanego testu.

Całokształt działań organów ochrony konkurencji UE skłania mnie do przyjęcia, że w istocie organy dążyły do zarysowania granic znaczeniowych pojęcia „przyczynienia się” przy wykorzystaniu kryterium jakościowego, jednakże nie czyniąc z tego zasady generalnej, a jedynie narzędzie pozwalające w razie potrzeby na racjonalizację koncepcji i jej uelastycznienie. Co więcej, sprawy, którymi dotąd zajmowały się organy, nie pozwalały na przedstawienie i rozwinięcie pełnej argumentacji odnośnie do odczuwalności przyczynienia się – tak w sprawach AC-Treuhand, jak i ICAP działania pomocnika były na tyle powiązane z kartelem i tak istotne dla jego funkcjonowania, że ich szczególne znaczenie dla osiągnięcia antykonkurencyjnego celu nie budziło poważnych wątpliwości. Kolejnym argumentem przemawiającym za moją tezą jest zastrzeżenie przez KE w obydwu sprawach AC-Treuhand, że działania spółki wykraczały poza funkcję sekretariatu. Można to odczytywać jako wskazówkę, iż działania mieszczące się w zakresie takiej funkcji, choć związane z działaniem kartelu, nie zostałyby uznane przez Komisję za przyczynienie się z uwagi na ich mało istotny charakter.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że unijne organy ochrony konkurencji zdają się dostrzegać, że nie każde działanie dowolnie powiązane z kartelem będzie stanowiło już przyczynienie się i zasadne jest dokonanie pewnego ograniczenia zakresu tego pojęcia przy wykorzystaniu przesłanek jakościowych. Wymagając odczuwalności przyczynienia się, można by bowiem odseparować przypadki rzeczywiście istotnego pomocnictwa dla kartelu od sytuacji jedynie formalnie stanowiących przyczynienie się, lecz w istocie będące drugorzędnymi działaniami bez realnego wpływu

na funkcjonowanie kartelu. Jednak jedynie z wielką ostrożnością można twierdzić, że Komisja odczuwalność przyczynienia się będzie traktować w kolejnych sprawach jako dodatkową przesłankę odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika, której spełnienie warunkowałoby przypisanie mu odpowiedzialności. Materiał źródłowy nie pozwala bowiem na jednoznaczne wskazanie, jakie znaczenie dla kartelu winien mieć wkład pomocnika, by możliwe było przypisanie mu odpowiedzialności za przyczynienie się. W argumentacji organów stosowana jest nadto niekonsekwentna nomenklatura. Należałoby więc postulować, by organy usystematyzowały swoje podejście do zagadnienia i rozbudowały argumentację w tym zakresie, by zaoferować przedsiębiorcom wskazówki odnośnie do dozwolonych działań rynkowych.

#### 4.4.4. Związek przyczynowy a wspólny antykonkurencyjny cel

W dotychczasowej praktyce organów ochrony konkurencji UE zagadnienie związku pomiędzy działaniami pomocnika kartelu a ograniczeniem konkurencji bądź antykonkurencyjnym celem nie było głębiej rozważane. Jest to o tyle zaskakujące, że brak takiego związku został zarzucony w skargach na nieważność we wszystkich trzech dotychczasowych przypadkach zakończonych wydaniem decyzji zakazowej wobec pomocnika kartelu<sup>684</sup>. W sprawie AC-Treuhand I Sąd Pierwszej Instancji odniósł się do tego zarzutu, wskazując jedynie, że między działaniami skarżącej a ograniczeniem konkurencji istniał wystarczająco konkretny związek przyczynowy<sup>685</sup>, ale nie wskazał, jak ów związek rozumie. W szczególności nie wyjaśnił, kiedy związek przyczynowy staje się „wystarczająco konkretny”, a kiedy pozostaje nazbyt odległy. SPI dodał przy tym, że podczas rozprawy skarżąca nie zaprzeczyła istnieniu takiego związku. Z kolei w sprawie AC-Treuhand II skarżąca podniosła w odwołaniu, że jej intencją było jedynie świadczenie usług na podstawie umowy, która nie była bezpośrednio powiązana z ograniczeniem konkurencji na rynku. Trybunał odrzucił ten zarzut, wskazując, iż z działań skarżącej, a więc negocjowania i monitorowania realizacji zobowiązań przez uczestników kartelu, należy wywieść, iż były one bezpośrednio powiązane z działaniami uczestników kartelu, jako że ich głównym celem było osiągnięcie antykonkurencyjnych celów. TSUE nie posłużył się w tym przypadku nawet terminem „związek przyczynowy” lub „kauzalny”, ale poprzestał na generalnym stwierdzeniu o istnieniu powiązań. Po raz trzeci zarzut braku związku przyczynowego pomiędzy działaniami pomocnika a ograniczeniem konkurencji został podniesiony przez ICAP w skardze na decyzję Komisji, gdzie zarzucono jej objęcie zakresem zastosowania art. 101 TFUE nazbyt szerokiego wachlarza działań, niedostatecznie ściśle powiązanych z działaniem stanowiącym naruszenie. Sąd odrzucił ten zarzut, wskazując na komplementarny charakter działań ICAP oraz banków w poszczególnych naruszeniach.

Analiza materiału źródłowego prowadzi do wniosku, że organy ochrony konkurencji nie wypracowały jasnego i konsekwentnego stanowiska w odniesieniu do kwestii relacji pomiędzy działaniami pomocnika a ograniczeniem konkurencji, która to relacja uzasadniałaby przyjęcie twierdzenia, że dany przedsiębiorca winien odpowiadać za ułatwienie antykonkurencyjnego porozumienia. Sposób sformułowania analizowanej

684 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 95; wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 20; skarga wniesiona w dniu 14.04.2015 r., ICAP a.o./Komisja, Dz.U.UE z dnia 27.07.2015 r., C-245/30.

685 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 154.

przesłanki implikuje jednak, że takie powiązanie musi istnieć. Nie jest natomiast jasne i nie wynika też jasno z przeanalizowanych decyzji i wyroków, czy dla spełnienia przesłanki testu powinien zaistnieć związek pomiędzy działaniami pomocnika a ograniczeniem konkurencji czy też może wystarczające byłoby istnienie związku z funkcjonowaniem bądź utworzeniem kartelu, a może z kolei związek z działaniami pozostałych uczestników. Nie jest też jasne, jaki charakter musiałby przejawiać ów związek. Czy chodzi o związek przyczynowy, czy też może wystarczające byłoby stwierdzenie związku rzeczowego? W niektórych decyzjach KE oraz wyroku w sprawie ICAP mowa była z kolei w tym kontekście o komplementarności, co sugerowałoby wzajemne uzupełnianie się działań. Na tym tle pojawia się nadto pytanie o bliskość powiązania pomiędzy działaniami pomocnika a ograniczeniem konkurencji, na które próżno szukać jednoznacznej odpowiedzi w materiale badawczym.

Takie pełne niejasności podejście organów do bezsprzecznie istotnej kwestii jest co najmniej zastanawiające. W zależności bowiem od przyjętej odpowiedzi na powyżej sformułowane pytania koncepcja odpowiedzialności pomocnika kartelu będzie miała szerszy bądź węższy zakres zastosowania. Jeżeli przyjmiemy, że konieczne jest wykazanie bliskiego związku działań pomocnika z ograniczeniem konkurencji, wówczas poza zakresem działań naruszających zakaz porozumień pozostaną np. starania zmierzające do optymalizowania kartelu jako pewnej struktury, które nie są wprost powiązane z antykonkurencyjną inicjatywą przezeń realizowaną. Jeżeli natomiast wystarczające miałoby być zaistnienie związku z działaniem lub funkcjonowaniem kartelu, wówczas odpowiedzialność antymonopolową pomocnika uzasadniałoby podejmowanie szerszego zakresu działań na rzecz kartelu. W moim przekonaniu zagadnienie związku pomiędzy działaniami pomocnika a naruszeniem reguł konkurencji powinno być analizowane w kontekście przesłanki wspólnych celów, do których realizacji dążyć ma pomocnik kartelu wraz z jego uczestnikami. Skoro cała koncepcja odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika opiera się na zaadaptowanej koncepcji odpowiedzialności za jednolite i ciągłe naruszenie, to celowe wydaje się także zastosowanie wypracowanej na jej gruncie metodyki oceny poszczególnych przypadków i badanie nie związku przyczynowego pomiędzy działaniami pomocnika kartelu a ograniczeniem konkurencji, co właśnie istnienia wspólnego celu. Rozważania o związku kauzalnym przedstawiane przez organy ochrony konkurencji powodują natomiast, że analiza zbacza z właściwych torów.

W sprawie AC-Treuhand I jako wspólny cel porozumienia zidentyfikowano zakłócenie kształtowania się cen na europejskim rynku tlenków organicznych poprzez ustalanie limitów produkcji i cen<sup>686</sup>. W sprawie AC-Treuhand II Komisja wskazała, że pomocnik zamierzał przyczynić się do wspólnych celów, do których dążyli uczestnicy kartelu, a te stanowiło podniesienie i utrzymanie cen na rynku powyżej poziomu konkurencyjnego poprzez podział klientów i limity sprzedaży<sup>687</sup>. Z kolei w sprawie ICAP Komisja wskazała ogólnikowo, że wspólny cel polegał na ograniczeniu i zakłóceniu konkurencji na rynku instrumentów pochodnych stopy procentowej jena japońskiego<sup>688</sup>. W ten sam sposób wspólny cel został określony w sprawie RP Martin<sup>689</sup>. Takie podejście do badania przesłanki wspólnego celu pomija jednak wypracowaną

686 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 315.

687 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 382, 402.

688 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 213.

689 Decyzja Komisji w sprawie RP Martin, nb. 75.



na gruncie koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia metodykę identyfikacji wspólnego celu, gdyż zakłada jego istnienie na podstawie tylko generalnego spojrzenia. Skoro odpowiedzialność antymonopolowa pomocnika kartelu opiera się na zaadaptowanych przesłankach tej koncepcji, to także znaczenia wspólnego celu należałoby poszukiwać na gruncie orzecznictwa dotyczącego przypadków jednolitych i ciągłych naruszeń. Zgodnie z tym orzecznictwem przesłanka wspólnego antykonkurencyjnego celu wymaga przeprowadzenia bardziej wysublimowanej oceny. Po pierwsze, wspólny antykonkurencyjny cel nie może być identyfikowany na podstawie prostego odwołania do ograniczenia konkurencji na określonym rynku, gdyż wpływ na konkurencję jest cechą konstytutywną każdego działania zakazanego na gruncie art. 101 TFUE<sup>690</sup>. Nadto działania, które miałyby dzielić wspólny cel, powinny mieć komplementarny charakter. Taka sytuacja zachodzi, gdy każde z nich zmierza do wpłynięcia na jedną lub większą liczbę konsekwencji wzorca normalnej konkurencji oraz, poprzez interakcje, przyczyniają się one do osiągnięcia pożądanego antykonkurencyjnego efektu w ramach planu osiągnięcia jednego celu<sup>691</sup>. W nowszym orzecznictwie, które zdystansowało się wprawdzie od tak wąskiej wykładni przesłanki wspólnego celu, wyjaśniono natomiast, że do oceny spełnienia tej przesłanki konieczne jest zbadanie, czy istnieją takie elementy charakterystyczne różnych przejawów naruszenia, które wskazywałyby, że działanie innego przedsiębiorcy nie ma identycznego celu bądź identycznego antykonkurencyjnego skutku, a w efekcie nie stanowi części „szerszego planu” w kontekście wspólnego celu zakłócenia normalnego wzorca konkurencji na rynku wewnętrznym<sup>692</sup>. TSUE wyjaśnił przy tym, że konieczne jest zbadanie okoliczności, które pozwalają na ustalenie bądź zakwestionowanie powiązania, takie jak na przykład: czas trwania naruszenia, jego treść, w tym stosowane metody, oraz łącznie oceniane cele poszczególnych wkładów<sup>693</sup>.

Mając na uwadze te generalne spostrzeżenia, można przystąpić do oceny zaistnienia przesłanki wspólnego celu w przypadku pomocników kartelu. W pierwszej kolejności wypada zauważyć, że gdy weźmie się pod uwagę te kryteria, na które zwracało uwagę wcześniejsze orzecznictwo, ujawnia się fakt, że kwalifikowanie działań pomocnika i uczestników porozumienia jako dążących do wspólnego celu budzi wątpliwości. W szczególności można podać w wątpliwość istnienie wspólnych cech charakterystycznych odnośnie do treści porozumienia oraz stosowanych mechanizmów jego implementacji. Działania pomocnika nie są też nastawione na wpływanie na wzorzec normalnej konkurencji. Ewentualnie można by przyjąć, że działania pomocnika pośrednio wpływają na osiąganie antykonkurencyjnego celu. Takie podejście do pytania o wspólny cel odbiega jednak od wzorca wyznaczonego w przywołanym powyżej orzecznictwie. Mając na uwadze przedstawione tu rozważania, należy konsekwentnie przyjąć, że zamiar przyczynienia się do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu powinien manifestować się w podejmowaniu działań wpływających na wzór normalnej konkurencji, które to działania wraz z innymi działaniami o tożsamej charakterystyce zmierzałyby do osiągnięcia jednego an-

690 Wyrok SPI z dnia 12.12.2007 r. w sprawach połączonych T-101/05 i T-111/05, BASF i UCB, nb. 180.

691 Wyrok SPI z dnia 12.12.2007 r. w sprawach połączonych T-101/05 i T-111/05, BASF i UCB, nb. 179; wyrok Sądu z dnia 24.03.2011 r. w sprawie T-385/06, Aalberts, nb. 88.

692 Wyrok TSUE z dnia 19.12.2013 r. w sprawach połączonych C-239/11 P, C-489/11 P i C-498/11 P, Siemens, nb. 248.

693 Wyrok TSUE z dnia 19.12.2013 r. w sprawach połączonych C-239/11 P, C-489/11 P i C-498/11 P, Siemens, nb. 247; zob. także wyrok Sądu z dnia 15.12.2016 r. w sprawie T-762/14, Koninklijke Philips NV, nb. 169; wyrok Sądu z dnia 28.04.2010 r. w sprawie T-446/05, Amann & Söhne GmbH & Co. KG, nb. 92.

tykonkurencyjnego celu. Z taką sytuacją w przypadku pomocników kartelu nie mamy jednak co do zasady do czynienia. Pomocnik może optymalizować działania innych, może wspierać te działania, jednak jego działania same w sobie nie będą wpływać na wzorzec konkurencji. Co więcej, jak się zdaje, o wspólnym celu można mówić, gdy działania przedsiębiorców, niezależnie od siebie, zmierzają różnymi ścieżkami do osiągnięcia tego samego celu. W przypadku pomocnika kartelu taka sytuacja jednak nie zachodzi - jego działania jedynie wspierają dążenia do osiągnięcia celu przez inny podmiot. Nie można więc w efekcie przyjąć, że działania pomocnika są komplementarne w znaczeniu nadanym tej przesłance w ww. orzecznictwie, a co za tym idzie - nie można też uznać, że pomocnik swoim działaniem zmierza do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu wraz z pozostałymi uczestnikami kartelu. Jedynie gdyby przyjąć potoczne rozumienie „wspólnego celu”, tj. jako generalnego efektu, do którego dążyliby uczestnicy porozumienia przy wsparciu pomocnika, można by ewentualnie mówić o wspólnym celu działań uczestników kartelu i pomocnika. Takie swobodne podejście do wykładni przesłanki obiektywnej odpowiedzialności antymonopolowej jest jednak trudne do zaakceptowania. Niemniej, takie właśnie rozumienie wspólnego celu zdają się przyjmować unijne organy ochrony konkurencji.

#### 4.4.5. Postulaty korekty testu odpowiedzialności pomocnika kartelu

Choć istnienie podstawy prawnej dla przypisania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu może być kwestionowane, to konsekwencja, z jaką Komisja stosuje nową metodę wykładni art. 101 TFUE, sugeruje, że takie podejście utrwaliło się już w jej praktyce i będzie wykorzystywane w przyszłości<sup>694</sup>. Odnosi się to zarówno do przypadków pomocnictwa w sensie ścisłym, jak i przypadków określanych jako kartel typu *hub-and-spoke*. Zdecydowane stanowisko Komisji w tej kwestii znajduje szczególnie silny wyraz w chronologicznie ostatniej z omówionych zakazowych decyzji kartelowych, tj. decyzji KE w sprawie ICAP. Uwidocznia się ono także w oficjalnych wypowiedziach komisarz Margrethe Vestager, która zapowiada bezwzględną walkę z podmiotami wspierającymi uczestników niedozwolonych porozumień<sup>695</sup>.

Na chwilę obecną generalna zasada odpowiedzialności pomocników kartelu wydaje się przesądzona. Rozważania o odmiennych metodach przeciwstawienia się działaniom pomocników kartelu, np. poprzez odpowiednie dostosowanie przepisów przez kompetentne organy, należy uznać już za spóźnione. Po wyroku TSUE w sprawie AC-Treuhand II tzw. test odpowiedzialności pomocnika kartelu wszedł do instrumentarium unijnych organów ochrony konkurencji i - jak dowodzi wyrok w sprawie ICAP - stosowany jest już bez każdorazowej analizy pytania, czy w ogóle możliwe jest przypisanie odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu. Choć można podejrzewać, że w kręgach akademickich zagadnienie to będzie dalej przedmiotem żywej dyskusji, to z punktu widzenia praktyki donioślejszym problemem jest obecnie

<sup>694</sup> Zgodnie z oficjalnym komunikatem prasowym 22.11.2017 r. KE wydała kolejną decyzję, w której - jak się zdaje - ukarany został przedsiębiorca ułatwiający funkcjonowanie kartelu. Decyzja nie została jednak jeszcze opublikowana, stąd nie są znane jej szczegóły; European Commission Press Release, Antitrust: Commission fines five car safety equipment suppliers € 34 million in cartel settlement, IP/17/4844, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-4844\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-4844_en.htm).

<sup>695</sup> European Commission Press Release, Antitrust: Commission fines broker ICAP € 14.9 million for participation in several cartels in Yen interest rate derivatives sector, IP/15/4104, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4104\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4104_en.htm).

ewentualne skorygowanie przynajmniej niektórych ze zidentyfikowanych powyżej słabych punktów tej koncepcji. W przeprowadzonej powyżej analizie zidentyfikowałam dwa obszary praktyki stosowania testu odpowiedzialności pomocnika kartelu, które wymagałyby pilnej korekty.

Po pierwsze, praktyka przypisywania pomocnikom kartelu odpowiedzialności za ich przyczynienie się do realizacji wspólnych z innymi przedsiębiorcami antykonkurencyjnych celów wymaga w moim przekonaniu jednoznacznego uwzględnienia przesłanki odczuwalności. Analiza materiału badawczego nie przyniosła rozstrzygających spostrzeżeń odnośnie do stanowiska organów w tej kwestii. Wprawdzie Komisja zdaje się dostrzegać, że nie każde przyczynienie się daje wystarczające podstawy do odpowiedzialności za kartel, nie jest jednak konsekwentna w uzasadnianiu swoich decyzji ani stosowanej nomenklaturze. Uniemożliwia to w efekcie przedsiębiorcom ocenę, gdzie leży granica działań dozwolonych.

Drugą kwestią, która w moim przekonaniu wymaga rozwinięcia i głębszej analizy ze strony organów ochrony konkurencji UE, jest podejście do wykazywania zaistnienia przesłanki wspólnego celu. Powyżej przeprowadzona analiza wykazała, iż organy dość powierzchownie oceniają tę kwestię. Odeszły one w przypadku pomocników kartelu od wypracowanej na gruncie koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia metodyki oceny tej przesłanki, która zakłada, że do stwierdzenia zaistnienia wspólnego celu konieczne jest wykazanie, że działania przedsiębiorców stanowią część „szerszego planu” w kontekście wspólnego celu zakłócenia normalnego wzorca konkurencji na rynku wewnętrznym. W sprawach pomocników wspólny cel zdaje się być natomiast rozumiany bardzo szeroko i potocznie. Wspólność celu sprowadzana jest w zasadzie do kauzalnego powiązania, bez pogłębionej analizy rzeczowego związku działań pomocnika i działań uczestników porozumienia.

Obydwa zidentyfikowane tu problemy wymagają w moim przekonaniu korekty poprzez odpowiednie dostosowanie praktyki organów ochrony konkurencji UE. Wprowadzenie do analizy spraw pomocników kartelu przesłanki jakościowej jest uzasadnione okolicznością, że pojęcie przyczynienia się do realizacji wspólnego celu jest zbyt szerokie. W konsekwencji w zasadzie każde działanie może znaleźć się w zakresie znaczeniowym tego terminu. Ryzyko jest tym większe, że orzecznictwo nie doprecyzowało także, w jakiej relacji do działania bezpośrednich uczestników porozumienia miałyby pozostawać działania stanowiące przyczynienie się. Można sobie natomiast łatwo wyobrazić sytuacje, w których działania pomocnika kartelu, choć formalnie stanowiące przyczynienie się do antykonkurencyjnego celu, nie byłyby na tyle istotne, by faktycznie uzasadniać odpowiedzialność za całość naruszenia. W literaturze podaje się nawet dość absurdalne przykłady, jak przyczynienie się taksówkarza wiozącego przedsiębiorców na spotkanie kartelu<sup>696</sup> oraz - mniej jednoznaczne - przyczynienie się prawnika prowadzącego szkolenie z zakresu compliance'u, którego efektem jest lepsze zabezpieczenie kartelu przed wykryciem<sup>697</sup>. Można powątpiewać, czy w takich sytuacjach stosowanie przewidzianych przez Rozporządzenie 1/2003 kar byłoby proporcjonalne do znikomego stopnia przyczynienia się przez rzekomego pomocnika do ograniczenia konkurencji. Uważam też, że nawet przy pełnej wiedzy np. zarządcy hotelu, dla jakich celów wykorzystywane są jego sale konferencyjne, dalej

---

696 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 374.

697 R. Busscher, M. Herz, H. Vedder, *The shortest competition judgement ever: AC-Treuhand II*.

należałoby powątpiewać, czy tego typu usługę uznać za odczuwalne przyczynienie się do realizacji antykonkurencyjnych celów.

Z tych względów należy postulować, by Komisja, stosując test odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika kartelu, brała pod uwagę, czy dane „przyczynienie się” jest na tyle odczuwalne, by zasadne było uwzględnianie jego wagi w danym postępowaniu. W odmiennym wypadku istnieje ryzyko, że, konsekwentnie stosując wypracowaną na gruncie zaledwie kilku spraw metodykę, organy ochrony konkurencji będą przypisywać odpowiedzialność antymonopolową przedsiębiorcom, którzy wprowadzili w dosłownym rozumieniu przyczyniali się do realizacji zakazanej praktyki, ale ich działania w istocie miały marginalne znaczenie dla funkcjonowania kartelu.

O ile potrzeba odróżnienia przypadków odczuwalnego przyczynienia się pomocnika od zachowań mniej istotnych dla kartelu wydaje się racjonalnie uzasadniona, to trudniej już uchwycić odpowiednie kryterium takiego podziału. Kryterium odczuwalności nie jest obce prawu konkurencji – jest ono wszak uwzględniane tak przy badaniu przesłanki wpływu na handel między państwami członkowskimi, jak i ograniczenia konkurencji w kontekście badania bagatelności porozumień. Odwołanie się do stosowanej w tych przypadkach metodyki oceny odczuwalności okazuje się jednak nieadekwatne. Opiera się ona co do zasady na określeniu udziału w rynku. W przypadku pomocników kartelu, którzy właśnie nie są obecni na rynku właściwym, informacja ta byłaby irrelevantna. Z udziału w rynku, na którym rzekomy pomocnik kartelu faktycznie działa, trudno byłoby przecież wywodzić jakiegokolwiek istotne wnioski dla analizy antykonkurencyjnej praktyki realizującej się na innym, niepowiązanym nawet rynku.

W moim przekonaniu odczuwalność powinna być stąd wiązana z istotą antykonkurencyjnej praktyki. To nie wsparcie techniczne czy organizacyjne, które mogłoby być równie dobrze zaoferowane dla całkowicie legalnego przedsięwzięcia, ale takie działanie, które odnosi się do ściśle rozumianego kartelu, jego sedna, zasługuje na ukaranie. Uważam, że o odczuwalności przyczynienia się do wspólnego celu można więc mówić wtedy, gdy działania pomocnika same w sobie niosą taki pierwiastek, który uzasadniałby ich negatywną ocenę aksjologiczną w kontekście prawa konkurencji. Odczuwalność przyczynienia się powinna być zatem rozpatrywana w oparciu o ocenę wkładu pomocnika w powodzenie kartelu jako antykonkurencyjnej praktyki. Kauzalne powiązanie działań pomocnika z działaniami pozostałych uczestników porozumienia to moim zdaniem zbyt mało, by mówić o odczuwalnym przyczynieniu się, szczególnie gdy nie jest jasno określone, jak daleko w łańcuchu kauzalnym poszukiwać można działań stanowiących wkład pomocnika. Konieczne jest zatem dokonywanie oceny treści działań pomocnika. Co istotne, takie podejście należałoby postulować także dla oceny zaistnienia przesłanki wspólnego celu. Aby zasadnie mówić o komplementarności działań, muszą one faktycznie i ze swej istoty być nastawione na osiągnięcie antykonkurencyjnego celu, a nie jedynie technicznie ułatwiać jego osiągnięcie.

Równocześnie należy przyznać, że przy zastosowaniu proponowanego tu kryterium mogą zdarzyć się sytuacje graniczne, trudne do jednoznacznej oceny. Mając na uwadze te trudności, proponuję odwrócić punkt widzenia i rozważyć, dlaczego właściwie przedsiębiorcy przy realizacji swoich antykonkurencyjnych zamierzeń uciekają się do pomocy podmiotu trzeciego? Szukając odpowiedzi na to pytanie, należy odwołać się do teorii ekonomii i spojrzeć na sytuację z perspektywy uczestników obrotu. Zgodnie

z założeniami ekonomii neoklasycznej, dominującej na gruncie prawa konkurencji, przedsiębiorcy podejmują w swojej działalności racjonalne decyzje, dążąc do maksymalizacji zysków<sup>698</sup>. Nawiązanie relacji kartelowych i ich pielęgnowanie jest dla przedsiębiorcy kolejnym wyzwaniem biznesowym, różniącym się od jego głównego obszaru aktywności tylko bezprawnym charakterem<sup>699</sup>. Przedsiębiorca, przystępując do antykonkurencyjnej praktyki, kieruje się zatem takimi samymi pobudkami jak w przypadku legalnej działalności gospodarczej, tj. rachunkiem ekonomicznym, opłacalnością. Będzie więc skłonny działać w ramach kartelu dopóty, dopóki zyski z udziału w nielegalnym przedsięwzięciu będą wyższe niż te, które osiągnąłby, działając samodzielnie, przy uwzględnieniu ryzyka sankcji antymonopolowych.

Funkcjonowanie kartelu wiąże się z określonymi specyficznymi problemami. Wynikają one, po pierwsze, z ciągłego ścierania się interesów ekonomicznych uczestników, po drugie zaś - z bezprawnego charakteru porozumienia. W literaturze prawnej i ekonomicznoprawnej charakterystyka kartelu była wielokrotnie przedmiotem rozważań<sup>700</sup>. Celowe jest tu bliższe przyjrzenie się tej charakterystyce, gdyż pozwoli to na identyfikację głównych problemów dotyczących kartele i zbadanie możliwych przyczyn poszukiwania przez uczestników niedozwolonych porozumień wsparcia pomocnika.

Główną cechą charakterystyczną kartelu jest jego niestabilność, wynikająca ze współdziałania kilku destabilizujących sił. Po pierwsze, uczestnicy niedozwolonego porozumienia wystawieni są na silną pokusę, by postępować wbrew poczynionym uzgodnieniom. Choć już samo zawiązanie kartelu nastawione jest na podniesienie zysków, to „oszukanie” współuczestników może w określonej sytuacji przynieść jeszcze większe korzyści - dany przedsiębiorca, obniżając cenę poniżej uzgodnionego poziomu, zyskuje bowiem nie tylko dodatkowych klientów, których wcześniej nie byłoby stać na dany towar, ale może także przejąć klientów pozostałych graczy rynkowych, skuszonych niższą ceną<sup>701</sup>. Pomimo iż niektórzy badacze wskazują na inne przyczyny niepowodzenia kartelu<sup>702</sup>, generalnie przyjmuje się, że oszukiwanie po-

---

698 W ostatnich latach coraz większą popularnością w środowiskach akademickich, szczególnie amerykańskich, znajduje teoria behawioralna prawa konkurencji, która nie podziela założenia o racjonalności decyzji przedsiębiorców. Nowe podejście opiera się na badaniach empirycznych, także odnoszących się do zjawisk znanych z psychologii społecznej, które mają wykazywać, że na proces decyzyjny wpływ mają liczne inne czynniki niż racjonalne rozumowanie. Ciekawe omówienie zagadnienia przedstawia: M.R. Stucke, *Am I a price-fixer? A behavioral economics analysis of cartels*, January 2010, dostęp: Researchgate: [https://www.researchgate.net/publication/228134556\\_Am\\_I\\_a\\_Price-Fixer\\_A\\_Behavioral\\_Economics\\_Analysis\\_of\\_Cartels](https://www.researchgate.net/publication/228134556_Am_I_a_Price-Fixer_A_Behavioral_Economics_Analysis_of_Cartels) oraz A. Tor, *Understanding behavioral antitrust* (July 13, 2013). Texas Law Review, Vol. 92, 2013; Notre Dame Legal Studies Paper No. 1446, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2293508>.

699 Zob. C.R. Leslie, *Trust, Distrust, and Antitrust*. Texas Law Review, Vol. 82, No. 3, February 2004, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=703202>, str. 547.

700 Zob. w szczególności: H. Hovenkamp, C.R. Leslie, *The firm as cartel manager* (May 12, 2011), Vanderbilt Law Review, Vol. 64, No. 3, p. 813, 2011, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1628175>; W.P.J. Wils, *The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years* (June 10, 2016). World Competition: Law and Economics Review, Vol. 39, No. 3, 2016; King's College London Law School Research Paper No. 2016-29, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2793717>; J.D. Jaspers, *Managing cartels: how cartel participants create stability in the absence of law*, European Journal of Criminal Policy and Research, September 2016, Springerlink.com, dostęp: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10610-016-9329-7>; C.R. Leslie, *Trust, Distrust, and Antitrust*. Texas Law Review, Vol. 82, No. 3, February 2004, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=703202>; M. C. Levenstein, V. Y. Suslow, *What determines cartel's success?*, Journal of Economic Literature, Vol. 44, No. 1, 2006, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=299415>.

701 H. Hovenkamp, C.R. Leslie, *The firm as cartel manager*, str. 834-835.

702 M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, *What determines cartel's success?*, str. 16 oraz tabela 11 na str. 45.



zostałych uczestników zmowy jest jedną z podstawowych przyczyn ich rozpadu<sup>703</sup>. Nawet w najbardziej znanym kartelu świata, OPEC, dochodzi czasem do oszukiwania, co jednak nie wpływa na jego dalsze funkcjonowanie<sup>704</sup>. Mając świadomość, że każdy uczestnik kartelu podobnie kalkuluje swój interes, działają oni w sytuacji deficytu wzajemnego zaufania. Sytuacji tej nie sprzyja okoliczność, iż uczestnicy kartelu z oczywistych względów nie mogą posłużyć się prawnymi narzędziami egzekwowania przestrzegania uzgodnień i muszą opierać się na wzajemnym zaufaniu. Ewentualne zastosowanie wspólnie wypracowanych mechanizmów wykrywania odstępstw i karanie bądź kompensacji opiera się na założeniu, że dany przedsiębiorca, pomimo zastosowania wobec niego środków dyscyplinujących, zgodzi się na ich wdrożenie i pozostanie członkiem porozumienia. Brak oparcia w ramach prawnych czyni zatem kartel podatnym na destabilizację.

Drugim czynnikiem destabilizującym jest obawa przed wykryciem. Kartele podejmują zazwyczaj wszelkie możliwe działania, by ukryć swoje istnienie, dokładając starań, by nie pozostawić śladów wzajemnych kontaktów ani poczynionych uzgodnień. Świadomość ryzyka związanego z powzięciem przez organy ochrony konkurencji wiedzy o niedozwolonym porozumieniu powoduje, że przedsiębiorcy, a konkretnie ich przedstawiciele, pozostają w ciągłym napięciu. Efekt ten jest silniejszy w jurysdykcjach, w których prawo konkurencji jest dziedziną prawa karnego, a udział w kartelu zagrożony jest sankcją wolnościową. Rozwój programów Leniency w państwach członkowskich UE oraz dopracowanie tego programu na poziomie unijnym także destabilizują kartele, dając przedsiębiorcom kolejny bodziec do opuszczenia porozumienia i ujawnienia go wobec właściwych organów. Samo istnienie takiej opcji negatywnie wpływa na wzajemne zaufanie uczestników kartelu, dodatkowo destabilizując jego funkcjonowanie. Przedsiębiorcy mają bowiem dobre powody, by podejrzliwie spoglądać na współuczestników porozumienia. Każdy z nich może wszak dojść do wniosku, że opuszczenie kartelu i poinformowanie o nim organów byłoby najkorzystniejszym wyjściem. Ponownie problemem okazuje się więc brak wzajemnego zaufania. Choć w literaturze sporadycznie pojawiają się głosy podkreślające istotne znaczenie wzajemnych relacji towarzyskich uczestników porozumienia dla jego trwałości i stabilności<sup>705</sup>, to w moim przekonaniu mają one znaczenie do chwili, w której interesy ekonomiczne przedsiębiorców zaczynają się rozchodzić.

Trzecim czynnikiem destabilizującym kartel są wewnętrzne spory. Mogą one wynikać tak na gruncie wykrytego odstępstwa od uzgodnień, jak i w efekcie ścierania się sprzecznych interesów uczestników. Dla właściwego funkcjonowania kartelu jego uczestnicy muszą dojść do zgody odnośnie do szerokiego zakresu zagadnień<sup>706</sup>. W zależności od charakteru porozumienia będą to kwestie: cen, wielkości produkcji, podziałów rynków, kolejności składania i treści ofert, ale także mechanizmów monitorowania przestrzegania uzgodnień, ewentualnych sankcji bądź systemów kompensacji, raportowania i audytu danych, wymiany informacji, mechanizmów renegocjacji warunków porozumienia itp. W opisanej powyżej sytuacji braku zaufania osiągnięcie konsensu w odniesieniu do tak licznych kwestii może być utrudnione, tym bardziej że żaden z przedsiębiorców nie chciałby być postrzegany jako lider.

703 Zob. C.R. Leslie, *Trust, Distrust, and Antitrust*, str. 558; zob. także M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, *What determines cartel's success?*, str. 3-11, gdzie przedstawiono m.in. wyniki wcześniejszych badań.

704 C.R. Leslie, *Trust, Distrust, and Antitrust*, str. 561.

705 J.D. Jaspers, *Managing cartels: how cartel participants...*, str. 4-5.

706 Zob. H. Hovenkamp, C.R. Leslie, *The firm as cartel manager*, str. 825-836.

Mając świadomość powyższych trudności w funkcjonowaniu kartelu, przedsiębiorcy uczestniczący w takich praktykach kolektywnych starają się tworzyć mechanizmy zabezpieczające przed rozpadem porozumienia, przed zjawiskiem oszukiwania lub przed wykryciem. Jak wskazuje się w literaturze, popularną strategią stabilizującą kartel jest właśnie posługiwanie się niezależnym podmiotem trzecim. Może on działać jako swoisty powiernik, pozwalając stronom przezwyciężyć brak zaufania<sup>707</sup>, pełnić funkcję sekretariatu kartelu jako podmiot świetnie znający rynek<sup>708</sup> bądź też administrować i zarządzać kartelem w charakterze menedżera<sup>709</sup>. Jak się zatem okazuje, literatura już dawno dostrzegła potencjał, jaki może stanowić wykorzystanie pomocnika kartelu dla stabilizacji jego funkcjonowania. Nie rozważano tylko dotąd w sposób pogłębiony pytania, na ile takie podmioty są współodpowiedzialne za naruszenie zakazu porozumień.

Wracając do pytania o motywację przedsiębiorców wykorzystujących pomocników do optymalizowania ich antykonkurencyjnych praktyk, należy stwierdzić, że taka strategia stanowi adekwatną odpowiedź na najbardziej podstawowe i immanentne problemy, na jakie natrafiają antykonkurencyjne porozumienia. Wykorzystanie pomocnika pozwala uczestnikom porozumienia przede wszystkim na zbudowanie systemu współpracy opierającego się na niezależnej weryfikacji przestrzegania uzgodnień. Pomocnikowi kartelu można bowiem powierzyć agregację, weryfikację i audyt danych sprzedażowych. Z takim właśnie działaniem mieliśmy do czynienia w sprawach AC-Treuhand. Komisja trafnie wówczas zauważyła, że uczestnicy kartelu pozwalali szwajcarskiej spółce na więcej, niżby zgodzili się we wzajemnych stosunkach. Jej udział dawał też porozumieniu niezbędny element obiektywizmu i transparentności. Osoba pomocnika może też spełniać funkcję mechanizmu kontrolnego, dając uczestnikom porozumienia poczucie pewności odnośnie do zachowania pozostałych członków kartelu. Pozwala to w efekcie na zredukowanie ryzyka destabilizacji, gdyż brak wzajemnego zaufania kompensowany jest „zewnętrzną” kontrolą. Podmiot trzeci, w przeciwieństwie do uczestników kartelu, nie ma jednak interesu gospodarczego w ich oszukiwaniu, co czyni go w oczach przedsiębiorców wiarygodnym gwarantem „sprawiedliwego” funkcjonowania kartelu. Nie bez znaczenia pozostaje też przydatność pomocnika jako mediatora w razie wyniknięcia sporów. Nie jest dyskusyjne to, że łagodzenie sporu za pośrednictwem podmiotu trzeciego ma większe szanse powodzenia niż w przypadku samodzielnej próby znalezienia kompromisu przez skonfliktowanych przedsiębiorców. Posłużenie się obiektywnym podmiotem trzecim stanowi więc alternatywę dla prawnych mechanizmów dochodzenia roszczeń lub przestrzegania uzgodnień. Zaangażowanie pomocnika pozwala także na redukcję ryzyka wykrycia kartelu przez organy ochrony konkurencji. Przesunięcie funkcji organizacyjnych na profesjonalny podmiot trzeci może bowiem umożliwić ukrycie wielostronnych kontaktów. Świetnym przykładem takiej sytuacji były obydwie sprawy AC-Treuhand, w których pomocnik nie tylko dbał o trywialne kwestie organizacyjne, takie jak rezerwacja biletów czy sali konferencyjnej (by nie pozostawiać śladów spotkań w dokumentach finansowych przedsiębiorców), ale nadto wdrożył i administrował systemem zabezpieczenia dokumentów przed nieuprawnionym wyniesieniem ze spotkania i przechowywał oryginalny dokument porozumienia.

---

707 C.R. Leslie, *Trust, Distrust, and Antitrust*, str. 614-615.

708 J.D. Jaspers, *Managing cartels: how cartel participants...*, str. 10.

709 H. Hovenkamp, C.R. Leslie, *The firm as cartel manager*, str. 842-844.

Podsumowując, można stwierdzić, że posłużenie się przez kartel pomocnikiem jest całkowicie racjonalnym krokiem biznesowym, redukującym ryzyko destabilizacji i rozpadu kartelu, czy to w wyniku wewnętrznych sporów, czy to oszukiwania, oraz ryzyko jego wykrycia. Uwidacznia się tu w sposób wyraźny negatywny pierwiastek, jaki niosą ze sobą takie działania pomocnika. Oferują one kartelowi możliwość ograniczenia podstawowych problemów zagrażających optymalnemu jego funkcjonowaniu, a nadto mogą wpływać na utrwalenie bądź wzmocnienie negatywnego efektu rynkowego wywołowanego przez antykonkurencyjną praktykę przedsiębiorców.

Mając na uwadze poczynione tu spostrzeżenia, stwierdzam, że przy ocenie odczuwalności przyczynienia się do realizacji wspólnych antykonkurencyjnych celów organy ochrony konkurencji UE powinny brać pod uwagę okoliczność, czy dane działania pomocnika rozwiązują istotny, immanentny dla struktur kartelowych problem związany z jego zawiązaniem bądź funkcjonowaniem lub też pomagają przezwyciężyć problem, którego uczestnicy kartelu sami nie byłoby w stanie usunąć, a w każdym razie nie równie efektywnie. W przypadku takich działań można bowiem racjonalnie przyjąć, że same w sobie mają one wystarczająco negatywny pierwiastek, który uzasadniałby pociągnięcie pomocnika kartelu do odpowiedzialności antymonopolowej. Taki charakter tych działań pozwala nadto na przyjęcie, że pomocnik wraz z uczestnikami kartelu rzeczywiście zmierzają do realizacji wspólnego celu. W przypadku działań jedynie odległe powiązanych z antykonkurencyjną praktyką trudno jest natomiast zakładać, że zmierzają one faktycznie do realizacji takiego celu. Ocena zaistnienia tej przesłanki powinna się zatem w moim przekonaniu opierać nie na szukaniu prostej kauzalności, ale także na ocenie znaczenia danych działań dla osiągnięcia celu kartelu.

## 4.5. Subiektywna przesłanka odpowiedzialności

### 4.5.1. Zasada odpowiedzialności - bezprawność

W literaturze wskazuje się, że odpowiedzialność antymonopolowa ma charakter odpowiedzialności obiektywnej, opartej na przesłance bezprawności<sup>710</sup>. W celu stwierdzenia naruszenia zakazu porozumień nie jest więc istotne, czy jego uczestnicy mieli zamiar bądź świadomość faktu, że podejmowane przez nich działania stanowią naruszenie reguł konkurencji. Powyższe zachowuje aktualność bez względu na okoliczność, czy oceniana praktyka jest porozumieniem o antykonkurencyjnym celu, czy też skutku. Bez znaczenia dla stwierdzenia naruszenia zakazu porozumień pozostają także takie okoliczności jak błąd przedsiębiorcy co do bezprawności określonego działania.

Odrębną kwestię stanowią z kolei przesłanki nałożenia kary antymonopolowej. Artykuł 23 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003 stanowi, że Komisja może, w drodze decyzji,

<sup>710</sup> K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, rozdział II, pkt. 2.2.5, LEX 2012; też, *O słuchaniu złych rad - nulla poena sine culpa w unijnym prawie konkurencji*, EPS listopad 2014, str. 43; K. Kohutek, *Wina przedsiębiorstwa jako przesłanka naruszenia zakazu karteli - glosa do wyroku TS z dnia 18 czerwca 2013 r., C-681/11*, LEX/el. 2013, pkt. 2.1; M. Krasnodębska-Tomkiel, *Perspektywy polityki konkurencji w Polsce - w 20. rocznicę powstania UOKiK* (w:) M. Krasnodębska-Tomkiel (red.) *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, UOKiK, Warszawa 2010, str. 528, dostęp: <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=11123>.

nałożyć grzywny na przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw, jeżeli umyślnie lub w wyniku zaniedbania dopuściły się one praktyk ograniczających konkurencję. Na jego podstawie KE może nałożyć na przedsiębiorcę karę, jeżeli umyślnie lub nieumyślnie (zapewne tak należy rozumieć angielskie określenie *negligently*) dopuści się zakazanej praktyki. Może się zatem zdarzyć, że zostanie stwierdzone naruszenie, jednak w braku winy nie zostanie nałożona na przedsiębiorcę kara<sup>711</sup>. Jak trafnie wskazuje się w literaturze, taka sytuacja będzie jednak miała miejsce bardzo rzadko z uwagi na szerokie rozumienie ww. przesłanek<sup>712</sup>. Sankcja finansowa pozostaje przy tym fakultatywna - przywołany przepis daje bowiem KE możliwość, a nie statuuje obowiązku nałożenia na przedsiębiorcę kary<sup>713</sup>. Zgodnie z Wytycznymi w sprawie metody ustalania grzywien przy określaniu wysokości kary pieniężnej uwzględniany jest stopień zawinienia. Powtórzyć jednak należy, że samo stwierdzenie naruszenia art. 101 TFUE jest niezależne od kwestii subiektywnych. Z orzecznictwa wynika też wyraźnie, że przesłanka działania umyślnego lub w wyniku niedbalstwa jest spełniona, gdy dane przedsiębiorstwo nie może nie wiedzieć, że jego działanie ma charakter antykonkurencyjny, niezależnie od tego, czy ma świadomość naruszania reguł konkurencji<sup>714</sup>. Należy też zauważyć, że błąd co do prawa nie wyłącza winy. Dobrym przykładem jest tu rozstrzygnięta w trybie prejudycjalnym sprawa Schenker & Co. i in. dotycząca kartelu na austriackim rynku transportu kolejowego<sup>715</sup>. Działający w ramach porozumienia przedsiębiorcy jeszcze w latach 90. XX w. zasięgnęli opinii prawnej wyspecjalizowanej kancelarii prawnej, a nadto uzyskali od kompetentnego organu (krajowego sądu antymonopolowego) zapewnienie o zgodności z prawem swojej praktyki, będącej rzekomo „kartelem nieznaczącym”<sup>716</sup>. W pierwszej dekadzie XXI w. austriacki organ ochrony konkurencji uznał jednak, że porozumienie narusza unijne prawo konkurencji<sup>717</sup>. W odpowiedzi na zarzuty przedsiębiorcy podnieśli m.in., że nie ponosili winy za naruszenie, gdyż działali w zaufaniu do fachowej porady udzielonej przez godną zaufania kancelarię<sup>718</sup>. Choć jeszcze rzecznik generalny J. Kokott zdawała się w swojej opinii skłaniać do szerszego uwzględnienia oczekiwań przedsiębiorców odnośnie do uzyskanej oceny prawnej i dopuszczać usprawiedliwienie dla błędu, którego nie można by przedsiębiorcy zarzucić<sup>719</sup>, to TSUE w zasadzie wykluczył możliwość powołania się na takie okoliczności<sup>720</sup>. Trybunał podkreślił nadto, że przedsiębiorca nie mógł nie wiedzieć o bezprawności podejmowanych przez niego działań<sup>721</sup>.

711 Tak też K. Kowalik-Bańczyk, *O słuchaniu złych rad...*, str. 44.

712 K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu*, LEX/el. 2006, art. 23, pkt 9.

713 Tak też K. Kohutek, *op. cit.*, art. 23, pkt 4.

714 Wyrok TSUE z dnia 18.06.2013 r. w sprawie C-681/11, Schenker & Co. i in. nb. 37 i wskazane tam orzecznictwo.

715 Wyrok TSUE w sprawie Schenker & Co. i in.; zob. także K. Kohutek, *Wina przedsiębiorstwa jako przesłanka naruszenia zakazu karteli - glosa do wyroku TS z dnia 18 czerwca 2013 r.*, C-681/11, LEX/el. 2013.

716 Wyrok TSUE w sprawie Schenker & Co. i in., nb. 18-19.

717 Wyrok TSUE w sprawie Schenker & Co. i in., nb. 24.

718 Wyrok TSUE w sprawie Schenker & Co. i in., nb. 25.

719 Opinia rzecznika generalnego J. Kokott z dnia 28.02.2013 r. w sprawie C-681/11, Schenker i in., nb. 115; zob. także K. Kowalik-Bańczyk, *O słuchaniu złych rad...*, str. 43; A. Ankersmit, *The principle of fault in EU competition law: C-681/11, Schenker & co. and others*, European Law Blog; dostęp: <http://europeanlawblog.eu/2013/06/25/the-principle-of-fault-in-eu-competition-law-c-68111-schenker-co-and-others/>.

720 Wyrok TSUE w sprawie Schenker & Co. i in., nb. 41-43.

721 Wyrok TSUE w sprawie Schenker & Co. i in., nb. 37-39.

Mając na uwadze powyższy zarys, należy przeanalizować relację pomiędzy obiektywną odpowiedzialnością antymonopolową a wpracowanymi w praktyce przesłankami testu odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika kartelu. Test ten, który warunkuje przypisanie odpowiedzialności pomocnikowi kartelu, obejmuje element subiektywny, a więc zamiar przyczynienia się własnymi działaniami do realizacji wspólnego celu oraz świadomość działań podejmowanych bądź planowanych przez pozostałych uczestników kartelu w dążeniu do tego samego wspólnego celu bądź możliwość racjonalnego przewidzenia tych działań i gotowość przyjęcia związanego z tym ryzyka. Powyżej już wyjaśniłam, że zaistnienie zamiaru przyczynienia się do realizacji wspólnego celu oceniane jest przez organy ochrony konkurencji na podstawie okoliczności obiektywnych sprawy. W niniejszym podrozdziale postaram się zbadać kwestię wiedzy względnie możliwości przewidzenia działania pozostałych uczestników porozumienia w dążeniu do realizacji wspólnego celu. Będę się tu starała ocenić, na ile koncepcja odpowiedzialności pomocnika jest spójna z generalnymi założeniami o odpowiedzialności antymonopolowej, oraz przedstawić, w jaki sposób organy ochrony konkurencji badają spełnienie tej przesłanki.

#### 4.5.2. Ocena stanowiska organów w kwestii subiektywnej przesłanki odpowiedzialności

Z materiału badawczego wynika niedwuznacznie, że spełnienie przesłanki subiektywnej jest elementem koniecznym do pociągnięcia pomocnika kartelu do odpowiedzialności antymonopolowej. Jak zostało już powyżej wyjaśnione, analizowana koncepcja w istocie opiera się na tożsamyh przesłankach do tych, które są wykorzystywane przez organy ochrony konkurencji dla przypisania przedsiębiorcy uczestniczącemu w złożonym kartelu działań pozostałych uczestników jednolitego i ciągłego naruszenia. Negatywny wynik badania tej przesłanki prowadzi jednak w przypadku pomocnika kartelu do odmiennych skutków niż w przypadku bezpośrednich uczestników porozumienia. Jeżeli w ich przypadku KE nie zdołałaby wykazać, że dany przedsiębiorca wiedział o działaniach innych uczestników porozumienia w dążeniu do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu, wówczas taki przedsiębiorca dalej mógłby odpowiadać za ten aspekt zakazanej praktyki, w którym osobiście uczestniczył. Wykluczone byłoby natomiast przypisanie mu cudzych działań, o których nie miał wiedzy ani nie mógł ich racjonalnie przewidzieć<sup>722</sup>. Brak spełnienia przesłanki subiektywnej wykluczałby więc przypisanie mu odpowiedzialności za działania innych uczestników szerszego porozumienia, ale nie stałby na przeszkodzie przypisaniu mu odpowiedzialności za ten aspekt, w którym faktycznie uczestniczył. Z kolei w przypadku pomocnika kartelu brak wiedzy o działaniach innych uczestników zakazanej praktyki będzie oznaczał, że pomocnik w ogóle nie zostanie pociągnięty do odpowiedzialności. Nie będzie bowiem spełniona jedna z przesłanek testu. W celu uniknięcia nieporozu-

<sup>722</sup> Sporne pozostaje, w jaki sposób winien postępować Sąd w razie stwierdzenia, że w przypadku danego przedsiębiorcy nie zostało wykazane spełnienie przesłanki subiektywnej: czy należy stwierdzić nieważność całej decyzji, czy należy stwierdzić nieważność tylko części decyzji dotyczącej tego przedsiębiorcy, czy też należy w takim przypadku przyjąć, że przedsiębiorca uczestniczył częściowo w danym jednolitym i ciągłym naruszeniu - zob. P.A. Biolan, *Limited awareness of cartel participants: any consequences for the single infringement in EU competition law?*, JECLP 2015, vol. 6, no. 6, str. 383 i n.; zob. także wyrok Sądu z dnia 10.10.2014 r. w sprawie T-68/09, Soliver NV, nb. 62-63; wyrok Trybunału z dnia 6.12.2012 r. w sprawie C-441/11 P, Verhuizingen Coppens, nb. 42-45; wyrok Trybunału z dnia 4.07.2013 r. w sprawie C-287/11 P, Aalberts, nb. 60-67.



mienia trzeba tu wyjaśnić, że trudne do zaakceptowania byłoby rozciąganie odpowiedzialności antymonopolowej na pomocników kartelu zupełnie nieświadomych, w jakim celu wykorzystywane są świadczone przez nich usługi. Taka interpretacja, w sytuacji gdy już przesłanka „przyczynienia się” czyni zakres potencjalnie ryzykownych działań nadmiernie szerokim, byłaby nie do przyjęcia ze względów systemowych oraz aksjologicznych. Podejście do działań pomocników kartelu, które wyklucza przypisanie im odpowiedzialności w razie braku po ich stronie wiedzy bądź co najmniej możliwości przewidzenia, że uczestniczą oni w szerszej koluzywnej praktyce, jest naturalnie korzystne dla przedsiębiorców. Dążę tu jednak do unaocznienia faktu, że wykształcona przez organy ochrony konkurencji UE koncepcja odpowiedzialności pomocnika powoduje, że obiektywna odpowiedzialność antymonopolowa zmienia się w przypadku pomocnika kartelu w odpowiedzialność opierającą się na przesłance subiektywnej. Kształtując tę koncepcję, Komisja przeoczyła fakt, że element subiektywny w koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia służył nie stwierdzeniu faktu naruszenia, ale przypisaniu odpowiedzialności za działania innych przedsiębiorców. Cała koncepcja odpowiedzialności pomocnika kartelu okazuje się przez to stanowić wyłom w systemie odpowiedzialności antymonopolowej bazującym na przesłance bezprawności, a zatem na założeniu, że o naruszeniu przesądza obiektywnie oceniane działanie sprzeczne z prawem. W moim przekonaniu tak istotna zmiana nie powinna być wprowadzana do systemu prawa konkurencji poprzez precedensy. Prawotwórcza działalność TSUE nie jest bowiem do pogodzenia z zasadami podziału kompetencji pomiędzy instytucjami unijnymi.

#### 4.5.3. Praktyka wykazywania zaistnienia przesłanki subiektywnej

Obok rozważań teoretycznych, konieczne jest w moim przekonaniu przeanalizowanie także praktyki badania przez organy zaistnienia przesłanki subiektywnej odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika kartelu. Także tu ujawniają się bowiem pewne niejasności oraz obszary, które wymagałyby co najmniej korekty.

W precedensowej sprawie AC-Treuhand I pytanie o świadomość pomocnika uczestniczenia w antykonkurencyjnej praktyce nie wymagało od Komisji pogłębionej analizy. Słusznie przyjęła ona, że szwajcarska spółka musiała wiedzieć o kartelu, skoro przechowywała oryginalny egzemplarz pierwotnego porozumienia<sup>723</sup>. Dodatkowo Komisja wskazała, że AC-Treuhand nie tylko wiedziała o bezprawnych działaniach pozostałych uczestników, ale miała decydującą rolę w zapewnieniu powodzenia działania kartelu przez wiele lat<sup>724</sup>. Orzekający w sprawie SPI całkowicie podzielił stanowisko Komisji, wskazując, że w świetle obiektywnych okoliczności sprawy skarżąca nie mogła być nieświadoma, a właściwie wiedziała, że cele kartelu, do którego się przyczyniła, miały antykonkurencyjny i bezprawny charakter<sup>725</sup>. SPI podkreślił przy tym, że wykonywana przez AC-Treuhand działalność gospodarcza i jej profesjonalne doświadczenie pozwalały przyjąć, że nie mogła nie wiedzieć o charakterze podejmowanych działań<sup>726</sup>.

723 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 96.

724 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand I, nb. 335.

725 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 156.

726 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 136.

W sprawie AC-Treuhand II Komisja dość lapidarnie stwierdziła, że spółka istotnie przyczyniła się do wspólnych celów, do których dążyli uczestnicy porozumienia i nie mogła być nieświadoma antykonkurencyjnej natury tych działań. Odwołując się generalnie do ustalonego w decyzji stanu faktycznego i roli, jaką w nim odgrywała szwajcarska spółka, Komisja skonstruowała, że AC-Treuhand była świadoma działań podejmowanych lub planowanych przez innych przedsiębiorców lub mogła je racjonalnie przewidzieć i była gotowa przyjąć związane z tym ryzyko<sup>727</sup>. Z kolei w sprawie manipulacji stawkami JPY Libor przez ICAP zagadnienie wiedzy o uczestnictwie w szerszej antykonkurencyjnej praktyce zdecydowanie zyskało na znaczeniu. Komisja obszernie przeanalizowała poszczególne porozumienia objęte decyzją, podkreślając w odniesieniu do każdego z nich okoliczności faktyczne, które miały dowodzić wiedzy ICAP o uczestnictwie w szerszej antykonkurencyjnej praktyce i działaniach innych uczestników w dążeniu do realizacji tego samego celu<sup>728</sup>. Waga tego zagadnienia uwidoczniła się także w wyroku Sądu w sprawie skargi na nieważność tej decyzji, w którym istotną część poświęcono badaniu, czy Komisja rzeczywiście wykazała wiedzę po stronie brokera o uczestnictwie w antykonkurencyjnej praktyce. Co szczególnie ważne, Sąd przyjął w tej sprawie, że w odniesieniu do jednego z porozumień dowody przedstawione przez Komisję nie były wystarczające, by wykazać, że ICAP wiedziała, że uczestniczy w praktyce kolektywnej<sup>729</sup>. W efekcie stwierdzona została nieważność decyzji Komisji w zakresie odnoszącym się do tego porozumienia.

Na podstawie tak małej próby trudno jest dokonywać relewantnych spostrzeżeń. Niemniej można tu zauważyć, że o ile w sprawach AC-Treuhand Komisja dość powierzchownie oceniała kwestię wiedzy przedsiębiorcy o antykonkurencyjnej praktyce i działaniach na nią się składających, to już w sprawie ICAP zagadnienie to nabrało kluczowego znaczenia. Nie potwierdziły się w efekcie wyrażane w literaturze obawy, że Komisja stosowała będzie w zasadzie domniemanie wiedzy<sup>730</sup>, przyjmując, że podmioty prowadzące działalność gospodarczą, z uwagi na ich profesjonalizm, musiały wiedzieć o antykonkurencyjnym charakterze praktyki, w której uczestniczą. Należy tu jednak dodać, że Komisja nie jest obowiązana do wykazania w każdym przypadku pozytywnej wiedzy pomocnika kartelu. Test AC-Treuhand dopuszcza bowiem także alternatywnie przypisanie odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi w sytuacji, gdy przedsiębiorca ten mógł racjonalnie przewidzieć działania pozostałych uczestników danej praktyki i gotów był przyjąć związane z tym ryzyko. Oznacza to, że analizowana przesłanka może być spełniona nawet, jeżeli dany przedsiębiorca faktycznie nie będzie świadomy działań innych przedsiębiorców zmierzających do osiągnięcia tożsamego celu, ale przewidzenie ich było racjonalnie możliwe.

#### 4.6. Ekonomiczne podłoże prawa konkurencji w kontekście odpowiedzialności pomocnika kartelu

##### 4.6.1. Rola rynku w analizie spraw antymonopolowych

Artykuł 101 TFUE zakazuje porozumień między przedsiębiorcami jako sprzecznych z rynkiem wewnętrznym Unii Europejskiej. Szczególne znaczenie wyznaczenia rynku

727 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 383, 383.

728 Decyzja Komisji w sprawie ICAP, nb. 106-170.

729 Wyrok Sądu w sprawie ICAP, nb. 133-145.

730 B.N. Hartnett, W. Sparks, *The service provider...*, str. 59.

relewantnego dla przeprowadzenia analizy antymonopolowej jest podkreślane w Obwieszczeniu Komisji w sprawie definicji rynku relewantnego. Wskazuje się w nim, że wyznaczenie rynku służy ustanowieniu ram, w których Komisja stosuje prawo konkurencji<sup>731</sup>. Jest ono nadto konieczne, by możliwa była ocena, czy dane porozumienie nie ma charakteru bagatelnego<sup>732</sup>. Udział w rynku relewantnym jest też jedną z przesłanek branych pod uwagę przy ocenie, czy dana praktyka ma wpływ na handel między państwami członkowskimi. Bez wyznaczenia rynku nie jest więc możliwe rozstrzygnięcie w przypadkach wątpliwych, czy dana praktyka oceniana winna być na podstawie unijnego prawa konkurencji. Udział w rynku relewantnym jest nadto istotny w przypadku wyłączeń grupowych. Ich stosowanie jest ograniczone do przypadków praktyk, w których uczestnicy nie przekraczają określonego progu udziału w rynku właściwym. Także Wytyczne Komisji w sprawie porozumień horyzontalnych i wertykalnych odwołują się do udziału w rynku jako kryterium, które pomaga przy ocenie ewentualnego antykonkurencyjnego charakteru określonych typów porozumień.

Pomimo zarysowanych tu okoliczności w praktyce podejście do wyznaczania rynku relewantnego przez organy ochrony konkurencji nie jest jednolite<sup>733</sup>. Trybunał przyjmuje w swoim utrwalonym orzecznictwie, że podejście do wyznaczania rynku jest odmienne w przypadku praktyk kolektywnych i praktyk jednostronnych<sup>734</sup>. W tym pierwszym przypadku wyznaczenie rynku służy stwierdzeniu, czy spełnione są przesłanki wpływu na handel między państwami członkowskimi, oraz określeniu, czy porozumienie ma za przedmiot lub skutkuje ograniczeniem konkurencji<sup>735</sup>. Choć można by z tego wnosić, że dokładne wyznaczenie rynku właściwego jest krokiem niezbędnym do stwierdzenia naruszenia, to Trybunał wywodzi z tego, że obowiązek zdefiniowania rynku relewantnego powstaje, gdy nie jest bez tego możliwe stwierdzenie powyższych okoliczności<sup>736</sup>. Taki przypadek nie zachodzi natomiast w sytuacji, gdy dana praktyka już ze swej natury może ograniczać konkurencję oraz wpływać na handel między państwami członkowskimi. Takie uproszczenie postępowania Komisji może w moim przekonaniu budzić zastrzeżenia, gdyż odsuwa na dalszy plan kwestię, która stanowi punkt wyjścia dla każdej rzetelnie prowadzonej analizy antymonopolowej. Bez wyznaczenia rynku relewantnego trudno jest też sobie wyobrazić zadośćuczynienie postulatowi bardziej ekonomicznego, a mniej formalistycznego, podejścia do spraw antymonopolowych. Praktyka ostatnich lat wskazuje jednak na dokładnie odwrotną tendencję - dokładne wyznaczanie rynku relewantnego schodzi na drugi plan<sup>737</sup>.

731 Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, OJ C 372, 9.12.1997 r., str. 5-13, pkt. 2.

732 Komunikat Komisji - Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*), OJ z dnia 30.08.2014 r. C 291.

733 A. Jurkowska-Gomułka, G. Materna, D. Miąsik, Art. 101 TFUE (w:) K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II (art. 90-222)*, Warszawa 2012, pkt. 15.1.

734 Wyrok SPI z dnia 6.07.2000 r. w sprawie T-62/98, Volkswagen, nb, 230.

735 Wyrok SPI z dnia 6.07.2000 r. w sprawie T-62/98, Volkswagen, nb, 230.

736 Wyrok SPI z dnia 6.07.2000 r. w sprawie T-62/98, Volkswagen, nb, 230.

737 Można podejrzewać, że taka tendencja związana jest ze skłonnością Komisji do rozszerzania zakresu tzw. *object box*, czyli porozumień uznanych za posiadające antykonkurencyjny cel. Coraz częściej w taki właśnie sposób kwalifikowane są porozumienia, które przynajmniej *prima facie* nie wydają się z samej swej natury tak szkodliwe dla konkurencji, iż ocena ich ewentualnych skutków rynkowych staje się zbędna. Problem ten dyskutowany jest w kontekście najnowszych decyzji KE - zob. P. Ibañez Colomo, *About the ISU decision: a policy perspective*, dostęp: <https://chillingcompetition.com/2018/01/11/about-the-isu-decision-a-policy-perspective/>.

Należy tu jeszcze zauważyć, że rozważania o zakresie rynku relewantnego czynione są w toku oceny danej praktyki w odniesieniu do porozumienia i jego oddziaływania na rynek, a nie jego poszczególnych uczestników. Z orzecznictwa wynika natomiast w sposób wyraźny, że zakazane na gruncie art. 101 TFUE porozumienia mogą być zawierane pomiędzy przedsiębiorcami znajdującymi się na różnych szczeblach obrotu gospodarczego (porozumienia wertykalne). Mogą one też wywoływać efekty antykonkurencyjne na rynkach sąsiadujących lub powiązanych. Zgodnie z utrwaloną definicją porozumienie stanowi jednak wyraz zgodnej woli określonego zachowania się na rynku, z czego już można wnosić, że zdolność do oddziaływania własnym zachowaniem na ten rynek jest kwestią kluczową.

#### 4.6.2. Ograniczenie własnej autonomii jako przejaw ograniczenia konkurencji

W analizie antymonopolowej kwestia ograniczenia przez przedsiębiorców własnej autonomii działania jest powszechnie wiązana z szerszym pytaniem o to, czym jest ograniczenie konkurencji. Z braku powszechnie akceptowanej definicji konkurencji trudno jest jednak stwierdzić, czym jest jej ograniczenie<sup>738</sup>. Jak wskazuje się w literaturze, zgodnie z podstawową koncepcją, aprobowaną przez część doktryny oraz organy ochrony konkurencji, ograniczenie konkurencji zachodzi, gdy ograniczona zostaje autonomia działania przedsiębiorców uczestniczących w danej praktyce<sup>739</sup>. Koncepcja ta bazuje na fundamentalnym założeniu prawa konkurencji, które leży u podstaw traktatowej regulacji i jest także obecne w orzecznictwie<sup>740</sup>, że każdy przedsiębiorca winien samodzielnie kształtować swoje działania rynkowe<sup>741</sup>. To założenie, w niemieckiej nauce określane jako tzw. *Selbständigkeitspostulat*, winno zdaniem komentatorów stanowić punkt wyjścia dla każdego przypadku analizy stanu faktycznego w kontekście art. 101 TFUE<sup>742</sup>.

W dyskusji nad istotą ograniczenia konkurencji alternatywnie wskazuje się na koncepcję odwołującą się do celu prawa konkurencji, zgodnie z którą ograniczenie konkurencji zakłada, obok ograniczenia autonomii, także bądź nawet wyłącznie ograniczenie możliwości wyboru czy działania podmiotów trzecich<sup>743</sup>. Decydujący jest w tym ujęciu wpływ podejmowanych środków na sytuację innych uczestników rynku. Pozostaje sporne, czy te dwa podejścia należy traktować jako przesłanki kumulatywne, czy też wystarczające jest zaistnienie jednej z nich<sup>744</sup>. Choć w praktyce decyzyjnej organów ochrony konkurencji UE uwidacznia się preferencja dla stanowiska zakładającego łączne badanie ograniczenia autonomii przedsiębiorcy oraz wpływu

738 V. Emmerich, Art. 101 Abs. 1 AEUV (w:) E. J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), *Wettbewerbsrecht*, nb. 107; W. Weiß, Art. 101 AEUV (w:) C. Calliess, M. Ruffert (red.), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta*, wyd. 5, Monachium 2016, nb. 83.

739 W. Weiß, Art. 101 AEUV (w:) C. Calliess, M. Ruffert (red.), *EUV/AEUV...*, nb. 96 i wskazane tam orzecznictwo oraz nb. 101; zob. także V. Emmerich, Art. 101 Abs. 1 AEUV (w:) E. J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), *Wettbewerbsrecht*, nb. 107 i wskazane tam orzecznictwo.

740 Wyrok Trybunału z dnia 16.12.1975 r. w sprawach połączonych 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 oraz 114/73, Suiker Unie i in., nb. 173.

741 C. Grave, J. Nyberg, Art. 101 Abs. 1 AEUV (w:) U. Loewenheim, K. M. Meessen, A. Riesenkampff, C. Kersting, H. J. Meyer-Lindemann (red.), *Kartellrecht*, nb. 217.

742 Tamże.

743 V. Emmerich, Art. 101 Abs. 1 AEUV (w:) E. J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), *Wettbewerbsrecht*, nb. 107.

744 V. Emmerich, Art. 101 Abs. 1 AEUV (w:) E. J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), *Wettbewerbsrecht*, nb. 107-108; W. Weiß, Art. 101 AEUV (w:) C. Calliess, M. Ruffert (red.), *EUV/AEUV...*, nb. 97-98.

danej praktyki na podmioty trzecie, to orzecznictwo TSUE i stanowisko KE trudno uznać za konsekwentne<sup>745</sup>.

W analizie antymonopolowej pytanie o ograniczenie własnej autonomii działania przez przedsiębiorców wykorzystywane jest w szczególności przy ocenie potencjalnie antykonkurencyjnych praktyk, w których brak jest wyraźnego porozumienia, ale zachodzi paralela pomiędzy działaniami przedsiębiorców, która może wskazywać na koluzję. Aby w takim przypadku rozstrzygnąć, czy zachodzi przypadek uzgodnionej praktyki, czy też jedynie samodzielne działania paralelne, organy odwołują się do koncepcji autonomii działania przedsiębiorców. Z utrwalonego orzecznictwa wynika bowiem, że choć każdy przedsiębiorca winien samodzielnie kształtować swoje działania rynkowe, to zasada ta nie stoi na przeszkodzie inteligentnemu dopasowywaniu się do istniejących bądź przewidywanych działań innych uczestników obrotu. Zakazane są natomiast wszelkie pośrednie lub bezpośrednie kontakty pomiędzy przedsiębiorcami, których celem lub skutkiem jest wpływanie na zachowania rynkowego aktualnego bądź potencjalnego konkurenta lub ujawnienie mu własnych podejmowanych lub planowanych działań<sup>746</sup>.

#### 4.6.3. Stanowisko organów w sprawach pomocników kartelu

Z materiału badawczego wynika, że zdaniem organów art. 101 TFUE odnosi się do wszystkich porozumień, które w stosunkach horyzontalnych lub wertykalnych zakłócają konkurencję na rynku wspólnym, niezależnie od rynku, na którym działają ich strony i bez względu na okoliczność, że tylko działania jednego z uczestników są objęte treścią porozumienia<sup>747</sup>. Na poparcie takiego stanowiska organy przywołują szerokie orzecznictwo dotyczące porozumień wertykalnych oraz porozumień ograniczających konkurencję na rynkach sąsiadujących lub powstających<sup>748</sup>. W wyroku w sprawie AC-Treuhand II Trybunał podkreślił nadto, że z brzmienia art. 101 TFUE nie wynika, by wyrażony w nim zakaz miał dotyczyć jedynie takich stron porozumienia, które prowadzą działalność na rynkach dotkniętych naruszeniem, bądź na rynkach wyższego lub niższego szczebla lub na rynkach z nim sąsiadujących<sup>749</sup>. TSUE odwołał się jeszcze do argumentu celowościowego, wskazując, że odmienna wykładnia mogłaby udaremnić pełną efektywność zakazu, gdyż nie pozwalałaby powstrzymać aktywnego uczestnictwa w porozumieniu przedsiębiorcy działającego na innym rynku niż ten, na którym materializuje się ograniczenie konkurencji, co byłoby sprzeczne z celem art. 101 TFUE, a więc z zapewnieniem niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym<sup>750</sup>.

Z kolei SPI wyjaśnił w sprawie AC-Treuhand I, że z definicji porozumienia, zgodnej woli określonego zachowania się na rynku, nie można wywodzić konieczności pokrywania się rynku objętego naruszeniem i rynku, na którym „sprawca” jest obec-

745 W. Weiß, *Art. 101 AEUV* (w:) C. Calliess, M. Ruffert (red.), *EU/VEU...*, nb. 96, 98; V. Emmerich, *Art. 101 Abs. 1 AEUV* (w:) E. J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), *Wettbewerbsrecht*, nb. 108-110, 114.

746 Wyrok Trybunału z dnia 16.12.1975 r. w sprawach połączonych 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 oraz 114/73, *Suiker Unie i in.*, nb. 174; wyrok Trybunału z dnia 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*, nb. 33.

747 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 35; podobnie wyrok w sprawie AC-Treuhand I, nb. 120.

748 Wyrok w sprawie AC-Treuhand I, nb. 120; wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 35.

749 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 27, 34.

750 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 36.



ny, gdyż wspomniana definicja ma na celu jedynie podkreślenie elementu wspólnej woli<sup>751</sup>. W uzasadnieniu wyroku SPI wskazał nadto, że przedsiębiorstwo może naruszyć zakaz porozumień, jeżeli jego zachowanie skoordynowane z działaniami innych przedsiębiorców ma na celu ograniczenie konkurencji na rynku właściwym wewnątrz rynku wspólnego<sup>752</sup>. To ostatnie zdanie jest szczególnie istotne, gdyż dowodzi w sposób wyraźny, że SPI dopuścił przypisanie odpowiedzialności antymonopolowej podmiotowi bez względu na jego obecność na rynku relevantnym. W efekcie udział w niedozwolonym porozumieniu może zachodzić - zdaniem organów ochrony konkurencji - także w sytuacji, gdy działania danego podmiotu (pomocnika) nie oddziałują na rynek bezpośrednio, a jedynie w powiązaniu z działaniami innych przedsiębiorców.

Odnosząc się z kolei do kwestii ograniczenia autonomii przedsiębiorcy, SPI wskazał, że stanowi ona element analizy wykorzystywany w sprawach uzgodnionych praktyk, gdy konieczne staje się ich odróżnienie od działań paralelnych. Zdaniem SPI ograniczenie konkurencji musi wynikać z manifestacji zgodnej woli określonego zachowania się na rynku przez uczestniczących przedsiębiorców. W efekcie SPI przyjął, że kwestia ograniczenia autonomii działania nie jest powiązana z obecnością na rynku, ale z pojęciami „uzgodniona praktyka” oraz „porozumienie”, które wymagają dowodu manifestacji zgodnej woli uczestniczących w nich przedsiębiorców<sup>753</sup>. W dalszym toku argumentacji wskazano, że z orzecznictwa nie wynika, by każde ograniczenie autonomii stanowiło od razu ograniczenie konkurencji, gdyż konieczne jest jeszcze zbadanie porozumienia w całościowym kontekście prawnym i gospodarczym<sup>754</sup>. SPI wskazał też, że ze względu na potrzebę ochrony skuteczności prawa konkurencji i ryzyko obchodzenia zakazu należy przyjąć, że uczestnictwo w porozumieniu może być przypisane także przedsiębiorcy, który nie ogranicza swojej swobody działania na rynku, na którym jest aktywny<sup>755</sup>. Z kolei TSUE w sprawie AC-Treuhand II, odnosząc się do pytania o znaczenie ograniczenia autonomii dla oceny antymonopolowej, przywołał najpierw utrwalone orzecznictwo, z którego wynika, że każdy przedsiębiorca winien samodzielnie określać swoje działania rynkowe, ale równocześnie stwierdził, że z orzecznictwa nie wynika, by pojęcia porozumienia lub uzgodnionej praktyki zakładały wzajemne ograniczenie swobody działania na tym samym rynku, na którym obecne są wszystkie strony<sup>756</sup>.

Stanowisko zgola odmienne prezentuje natomiast rzecznik generalny Nils Wahl w opinii w sprawie AC-Treuhand II, którą szczegółowo przedstawiłam w rozdziale III. W tym miejscu wystarczy przypomnieć, że zdaniem rzecznika, aby być stroną niedozwolonego porozumienia, konieczne jest, by dany przedsiębiorca w normalnych warunkach konkurencji wywierał na pozostałych presję konkurencyjną. Ograniczenie konkurencji zachodzi natomiast - zdaniem Nilsa Wahla - gdy owa presja konkurencyjna wywierana na innych uczestnikach rynku zostaje usunięta lub ograniczona w wyniku uzgodnionych działań<sup>757</sup>. Z braku rzeczywistej możliwości ograniczenia konkurencji sam

751 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 122.

752 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 122.

753 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 125.

754 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 126.

755 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 127.

756 Wyrok TSUE w sprawie AC-Treuhand II, nb. 32-34.

757 Opinia Rzecznika Generalnego Nilsa Wahla, nb. 47.

zamiar jego wywołania nie jest zdaniem rzecznika wystarczający<sup>758</sup>. Można z tego wnosić, że zdaniem rzecznika generalnego istotne jest nie tyle, czy dany podmiot jest obecny na rynku, którego dotyczy naruszenie, ale czy pozostaje on w takiej relacji do pozostałych uczestników obrotu, że jego obecność stanowi istotny czynnik determinujący stan rywalizacji rynkowej.

#### 4.6.4. Krytyka stanowiska organów odnośnie do obecności na rynku relewantnym

Rozważając problem funkcji, jaką pełni aktywność na rynku w analizie antymonopolowej, należy się zastanowić, dlaczego umiejscowienie ocenianych zachowań przedsiębiorców na konkretnym rynku jest tak istotne. Przypomnieć trzeba, że konkurencja jako zjawisko gospodarcze występuje zawsze na określonym rynku. Determinuje to potrzebę wyznaczenia granic rynku, ponieważ bez ich określenia nie byłoby możliwe m.in. czynienie spostrzeżeń o wpływie danego działania na stan konkurencji. Otwartą kwestią pozostaje natomiast pytanie, czy wszyscy przedsiębiorcy uczestniczący w praktyce ograniczającej konkurencję muszą działać na rynku, którego ta praktyka dotyczy. Aby znaleźć odpowiedź na to pytanie, konieczne jest rozważenie, czy pod pojęciem udziału w porozumieniu należy rozumieć wyłącznie takie działania, które są sprzeczne z wzorcem właściwej konkurencji, a których dokonanie logicznie zależne jest od obecności na rynku dotkniętym naruszeniem bądź rynku z nim powiązanim, czy też także działania wspomagające, wspierające tego typu inicjatywy, ale samodzielnie niestanowiące działań rynkowych oddziałujących bezpośrednio na stan konkurencji. Organy ochrony konkurencji UE zdają się przyjmować tę drugą opcję. Stanowisko ich jest jednak mało przekonujące, gdyż odrywa prowadzoną przez organy analizę antymonopolową od celu, jakiemu ma służyć prawo konkurencji (nie tylko unijne) i pomija ekonomiczne podstawy prawa konkurencji, koncentrując się na formalistycznie rozumianych podstawach normatywnych.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że już z samej definicji „porozumienia”, jako zgodnej woli określonego zachowania się na rynku, wynika wyraźnie, że pojęcie rynku nie może zostać oddzielone od analizy antymonopolowej<sup>759</sup>. Definicja ta implikuje, że zgodna wola ma się odnosić do działań rynkowych. Brak jest przy tym podstawy do dokonanego przez organy zawężenia znaczenia ww. definicji do zaistnienia zgodnej woli.

Dalej należy zauważyć, że choć do pewnego stopnia można się zgodzić z TSUE, że z brzmienia art. 101 TFUE nie można wyczytać, by miał on zastosowanie wyłącznie wobec przedsiębiorców działających na rynku dotkniętym naruszeniem, to jednak wywodzenie relewantnych wniosków w drodze tak specyficznego wnioskowania *a contrario* zasługuje na krytykę. Równie uprawnione byłoby bowiem twierdzenie, że z literalnego brzmienia art. 101 TFUE nie wynika, by miał on zastosowanie także do pomocników kartelu.

Dalej należy zauważyć, że w sprawach AC-Treuhand I i AC-Treuhand II organy zdawały się opacznie interpretować zarzuty podnoszone przez skarżącą. Organy odnosiły się do nich w taki sposób, jakby skarżąca podnosiła w istocie, że tylko przedsiębiorcy obecni na rynku dotkniętym naruszeniem mogą za nie odpowiadać. W rzeczywistości

758 Opinia Rzecznika Generalnego Nilsa Wahla, nb. 70.

759 Podobnie M. Król Bogomińska, *Zwalczanie karteli...*, str. 110-111.

natomiast skarżąca nie forsowała takiej generalnej zasady, ale dążyła do wykazania braku powiązania pomiędzy jej działaniami a naruszeniem, co wynikało z nieobecności na rynku dotkniętym naruszeniem bądź z nim powiązaniem. W następstwie tego nieporozumienia miast rozważyć możliwość wpływania na sytuację rynkową podmiotu działającego na zupełnie innym rynku, organy sprowadziły zarzut skarżącej do twierdzenia, że do zaistnienia porozumienia konieczna jest obecność przedsiębiorcy na rynku dotkniętym naruszeniem. Organy przedstawiły przy tym argumentację, w której wykazywały, że także podmioty niedziałające na rynku dotkniętym naruszeniem, ale na rynkach powiązanych, np. wertykalnie, bądź na rynku sąsiadującym, mogą odpowiadać za naruszenie zakazu porozumień. Ta teza, choć całkowicie trafna, nie była jednak właściwą odpowiedzią na postawiony zarzut. Okoliczność, że przedsiębiorcy działający na rynkach powiązanych z rynkiem, na którym realizuje się dana antykonkurencyjna praktyka, mogą ponosić odpowiedzialność antymonopolową, nie jest bowiem sporna. Nie stanowiło to też odpowiedzi na pytanie, czy przedsiębiorca, który działa na rynku całkowicie niepowiązanym z rynkiem dotkniętym naruszeniem, może także taką odpowiedzialność ponosić. Przywołane przez organy obszernie orzecznictwo było zatem w istocie nieadekwatne, jako że odnosiło się do nieporównywalnej sytuacji z sytuacją pomocników kartelu. Takie krytyczne stanowisko prezentowane jest także w polskim piśmiennictwie<sup>760</sup>.

W moim przekonaniu organy ochrony konkurencji pominęły w swojej analizie okoliczność, iż pomocnik kartelu swoim działaniem nie byłby nawet teoretycznie w stanie wpłynąć na stan konkurencji na rynku, na którym nie jest w żaden sposób aktywny. W klasycznym przypadku niedozwolonego porozumienia jego uczestnicy podejmują skoordynowane działania rynkowe, których efektem jest - przynajmniej potencjalnie - ograniczenie konkurencji na rynku relevantnym. Aby działania przedsiębiorców mogły oddziaływać w taki sposób na dany rynek, musi być to ten rynek, na którym oni działają, bądź musi co najmniej istnieć powiązanie pomiędzy rynkiem, na którym są oni aktywni, a rynkiem dotkniętym daną praktyką. Trudno jest sobie wyobrazić odmienną sytuację. Organy zakładają jednak - jak się zdaje - że w przypadku pomocnika wpływ na konkurencję mają już działania „sprawców”, które to pomocnik wspiera, i z tego wywodzą, że irrelevantne jest jego powiązanie z rynkiem. Umyka im tu fakt, że to działania przedsiębiorców obecnych na rynku są decydujące dla zaistnienia ograniczenia konkurencji. To one są bowiem kauzalnie powiązane z ewentualnym ograniczeniem konkurencji. Takie podejście uważam za błędne.

Aby rozstrzygnąć zarysowujący się tu problem, celowe jest odwołanie się do celu prawa konkurencji. Wbrew jednak założeniom KE i TSUE celu należy upatrywać nie w zapewnieniu pełnej skuteczności bądź efektywności prawa konkurencji. Tak zdefiniowany cel jest celem polityki prawa konkurencji, celem operacyjnym organów, ale nie jest celem ostatecznym prawa konkurencji. Art. 101 TFUE ma bowiem przede wszystkim zapewnić, by przedsiębiorcy postępowali na rynku zgodnie z pewnym wzorcem konkurencji, co ma zapewnić efektywność rynkową. Ten cel determinuje w moim przekonaniu krąg adresatów zakazu porozumień, ograniczając go do przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w antykonkurencyjnej praktyce. Rozumiem przez to podmioty działające na rynku co najmniej powiązanym z rynkiem dotkniętym ograniczeniem konkurencji. Gdy sięgnie się do korzeni prawa konkurencji i rozważy, z jakich przyczyn regulacja rywalizacji rynkowej została w ogóle stwo-

760 M. Król Bogomińska, *Zwalczanie karteli...*, str. 110-111.

rzona, staje się jasne, że reguły konkurencji są skierowane do podmiotów aktywnych na rynku, który ustawodawca chce przed nimi chronić. To bowiem działania takich przedsiębiorców mogą prowadzić do zapobiegania, ograniczania lub zaktócania konkurencji. Norma wynikająca z art. 101 TFUE mogłaby być stąd ujęta jako postulat, by przedsiębiorcy w swojej działalności respektowali mechanizmy wolnorynkowe i prowadzili swoją działalność w sposób determinowany ich zasadami, bez uciekania się do metod zafalszowujących konkurencję. Nie można jej natomiast generalizować i rozszerzać jej zakresu zastosowania także na podmioty niezdolne do wpływania własnym działaniem na stan konkurencji na danym rynku. Z tych względów uważam, że stanowisko organów ochrony konkurencji UE w zakresie znaczenia, jakie należy przypisać analizowanej tu kwestii, jest błędne. Trzeba tu jednocześnie przyznać, że analizowane zagadnienie pozostaje sporne w doktrynie.

M. Król-Bogomilska jednoznacznie krytycznie odnosi się do stanowiska organów ochrony konkurencji UE w kwestii znaczenia obecności na rynku danego przedsiębiorcy dla przypisania mu odpowiedzialności antymonopolowej, wskazując, że rynkowy aspekt definicji porozumienia ulega w nim zagubieniu<sup>761</sup>.

Z kolei Z. Jurczyk zdaje się podzielać w całej rozciągłości argumentację organów ochrony konkurencji tak w odniesieniu do pytania o konieczność obecności pomocnika kartelu na rynku dotkniętym kartelizacją, jak i kwestii ograniczenia autonomii. Przywołując orzeczenie w sprawie AC-Treuhand I, autor wskazał, że koncepcja ograniczenia konkurencji nabrała dzięki niemu nowej treści, tak iż naruszenie stanowi już działanie, które skoordynowane z działaniami innych przedsiębiorców ogranicza konkurencję na danym rynku właściwym w ramach rynku wewnętrznego, bez potrzeby obecności danego przedsiębiorcy na tym samym rynku<sup>762</sup>. Jak się zdaje, autor nie dostrzegł, że nadawanie „nowej treści” przepisom niekoniecznie stanowi prerogatywę judykatury, szczególnie w przypadku przepisów, których naruszenie może pociągać za sobą surowe sankcje.

Analizowane zagadnienia wywołują żywą dyskusję także w zagranicznych kręgach akademickich. R. Hutt stoi na stanowisku, że brak obecności przedsiębiorcy na rynku dotkniętym kartelizacją nie stoi na przeszkodzie przypisania mu odpowiedzialności antymonopolowej. Jak wskazuje autorka, koordynator kartelu nie jest dowolnym podmiotem trzecim, ale oddziałuje swoją rolą pośrednio na rynek. W jej przekonaniu działanie pomocnika może stanowić istotny wkład w realizację czynu zabronionego nawet bez obecności danego podmiotu na rynku relewantnym - i to nawet przy braku istnienia stosunku umownego wobec kartelu<sup>763</sup>.

Jednoznacznie krytyczne stanowisko wobec działań organów ochrony konkurencji w stosunku do pomocników kartelu zajmują z kolei G. Dannecker oraz J. Biermann, którzy możliwość zastosowania art. 101 TFUE widzą wyłącznie w sytuacji, gdy dany przedsiębiorca uczestniczy w rywalizacji na rynku, z czego wynika, że ciężar na nim szczególne obowiązki uzasadniające odpowiedzialność za delikt antymonopolowy<sup>764</sup>. Dają tym samym wyraz przekonaniu, że tego typu naruszenie stanowi szczególny delikt prawa konkurencji, którego dopuścić mogą się wyłącznie podmioty zobowiązane

761 M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, str. 110-111.

762 Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, str. 294-295 oraz 321.

763 R. Hutt, *Die kartellrechtliche Verantwortung...*, str. 13.

764 G. Dannecker, J. Biermann, *Vorbemerkung zu Art. 23 f. Unionsrechtliche Geldbußen und Zwangsgelder* (w:) E.J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), *Wettbewerbsrecht*, wyd. 5, 2012, nb. 133.

do wystawienia się na rywalizację rynkową. Dodatkowo autorzy wymienili kryteria, które w literaturze przyjmuje się jako relewantne dla stwierdzenia udziału w porozumieniu, a mianowicie: a) zaistnienie korzyści gospodarczej dla przedsiębiorcy; b) pozytywny wpływ praktyki na pozycję rynkową przedsiębiorcy bądź c) zaistnienie praktyki w obszarze działalności przedsiębiorcy<sup>765</sup>. Wszystkie te kryteria w istocie sprowadzają się do pytania, czy dana praktyka z punktu widzenia ekonomicznej kalkulacji jest dla danego przedsiębiorcy korzystna. Jak się zdaje, autorzy przyjmują, że nie są one spełnione w przypadku pomocników kartelu.

Podobnie krytyczne stanowisko prezentuje też Jens Koch, który skłania się do argumentacji zbliżającej się do koncepcji prezentowanej przez rzecznika generalnego Nilsa Wahla. Wskazuje on mianowicie, że do zastosowania art. 101 TFUE decydujące jest, czy uzgodniona przez przedsiębiorców koordynacja odnosi się treściowo do dotkniętego rynku, co możliwe jest wyłącznie, gdy uczestniczący w niej przedsiębiorcy działają w obszarze gospodarczym na tyle bliskim rynkowi relewantnemu, że ich zobowiązania - czy to umowne, czy to faktyczne - mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji<sup>766</sup>.

W literaturze anglojęzycznej pojawiają się z kolei głosy aprobujące dla stanowiska organów ochrony konkurencji UE. L. Solek wskazuje mianowicie, że z dotychczasowej praktyki wynikała już możliwość stwierdzenia porozumienia w sytuacji, gdy przedsiębiorca znajdował się na rynku wyższego bądź niższego szczebla, a także na sąsiadującym lub dopiero powstającym. Jak się zdaje, w przekonaniu autora rozciągnięcie zakresu zastosowania przepisu także na podmioty nieznajdujące się ani w stosunku wertykalnym, ani na rynku sąsiadującym jest jedynie kolejnym krokiem wynikającym z utrwalonych zasad<sup>767</sup>. L. Solek przypomniał w tym kontekście, że do zaistnienia naruszenia wystarczające jest, by realizowało się ono w wyniku działania jednego przedsiębiorcy, więc nie ma potrzeby, by wszyscy uczestnicy byli obecni na rynku dotkniętym naruszeniem<sup>768</sup>. Jak się zdaje, także ten autor możliwość przypisania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu uznaje za wynik rozwoju wykładni art. 101 TFUE.

Pomimo dostrzeżonych w zagranicznej literaturze głosów aprobujących dla podejścia organów ochrony konkurencji UE do kwestii możliwości przypisania odpowiedzialności za naruszenie reguł konkurencji także podmiotowi działającemu na rynku niepowiązanym z rynkiem dotkniętym naruszeniem, uważam, że stanowisko przypisujące większe znaczenie ekonomicznym korzeniom prawa konkurencji, a w konsekwencji wykluczające odpowiedzialność antymonopolową pomocnika kartelu, jest bardziej przekonujące. Odmienne interpretacja czyniłaby zakres zastosowania art. 101 TFUE nazbyt szerokim. W dotychczasowej praktyce uwidaczniała się już tendencja do dezawuowania znaczenia rynku w sprawach antykonkurencyjnych porozumień. W moim przekonaniu przy kształtowaniu koncepcji odpowiedzialności antymonopolowej pomocników organy ochrony konkurencji poszły jeszcze dalej, odrywając analizę antymonopolową od kwestii jej rynkowego umiejscowienia oraz ekonomicznego uzasadnienia dla istnienia ochrony konkurencji jako takiej. Taki kierunek rozwoju prawa

765 G. Dannecker, J. Biermann, *Vorbemerkung zu Art. 23 f. Unionsrechtliche Geldbußen und Zwangsgelder* (w:) E.J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), *Wettbewerbsrecht*, wyd. 5, 2012, nb. 134.

766 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 384.

767 L. Solek, *Passive participants in anticompetitive agreement*, JECLP 2017, vol. 8, no. 1, str. 17.

768 L. Solek, *Passive participants...*, str. 18.



konkurencji zasługuje na krytykę. Prawo konkurencji jest o tyle specyficzną dziedziną, że jego stosowanie nie zamyka się na prostej subsumpcji stanu faktycznego pod przepisy, ale przy odczytywaniu zawartych w nich norm konieczne jest odwołanie się do ekonomicznych podstaw funkcjonowania gospodarki wolnorynkowej. Ta specyfika analizy antymonopolowej umknęła najwyraźniej uwadze organów ochrony konkurencji UE.

#### 4.6.5. Efektywność prawa konkurencji jako argument w sporze o odpowiedzialność pomocnika

Komentarza wymagają tu jeszcze argumenty SPI oraz TSUE, że wąska wykładnia art. 101 TFUE prowadziłaby do zmniejszenia pełnej efektywności zakazu porozumień, gdyż nie pozwałaby na udaremnienie uczestnictwa w naruszeniu przedsiębiorcy prowadzącego działalność poza rynkiem dotkniętym naruszeniem, a także pozwałaby na obchodzenie zakazu poprzez „delegowanie” naruszenia na podmioty trzecie. Na początku należy przyznać, że zasada efektywności prawa konkurencji UE pełni szczególną funkcję przy wykładni tworzących je przepisów. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, stanowi ona nie tylko cel polityki prawa konkurencji, ale uznaną przez orzecznictwo zasadę prawną, wywodzącą się z zasady efektywności prawa Unii Europejskiej (*effet utile*)<sup>769</sup>. Równocześnie jednak w kontekście sprawy AC-Treuhand I podniesiono, że efektywność prawa konkurencji nie powinna być traktowana jako panaceum dla wszystkich nieuregulowanych przypadków, ale winna być postrzegana jako środek służący interpretacji<sup>770</sup>. Nie kwestionując wagi zasady efektywności prawa, trzeba rozważyć, czy zadośćuczynienie tej zasadzie rzeczywiście wymaga szerokiej wykładni art. 101 TFUE. Okoliczność ta była bowiem kwestionowana przez komentatorów<sup>771</sup>.

Organy ochrony konkurencji zdają się obawiać, że brak możliwości przypisania pomocnikowi kartelu odpowiedzialności za antymonopolowe porozumienie uderzy w efektywność zwalczania karteli. Obawa ta w moim przekonaniu opiera się na błędnej ocenie szkodliwości działań pomocnika kartelu<sup>772</sup>. Nie jest sporne to, że same działania pomocnika kartelu nie są w stanie spowodować negatywnych efektów rynkowych, a dopiero działania „sprawców”, tj. przedsiębiorców aktywnych na rynku dotkniętym naruszeniem bądź z nim powiązanych, mogą doprowadzić do ograniczenia konkurencji. W konsekwencji wykrycie i zakazanie już tych działań przedsiębiorców zadośćuczyni potrzebie ochrony konkurencji<sup>773</sup>. Możliwość uwzględnienia w decyzji także pomocnika kartelu nie będzie miała tu znaczenia, gdyż efekt w postaci zapobiegnięcia dalszemu trwaniu naruszenia może być osiągnięty już poprzez ukaranie

769 C. Ritter, *Presumptions in EU competition law*, dostęp SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2999638>, str. 19 oraz przypis nr 89.

770 R. Hutt, *Die kartellrechtliche Verantwortung...*, str. 12.

771 R. Busscher, M. Herz, H. Vedder, *The shortest competition judgement ever: AC-Treuhand II*.

772 Odmienne stanowisko odnośnie do szkodliwości działań pomocnika prezentuje C. Harding, wskazując - przy okazji budowania paraleli pomiędzy kartelem a zorganizowaną grupą przestępczą - że działania pomocnika w ramach kartelu rozumianego jako całość, a stanowiące obstrukcję sprawiedliwości, mają charakter przestępczy i mogą zasługiwać nawet bardziej na karę pozbawienia wolności niż działania faktycznie antykonkurencyjne (zob. C. Harding, *Capturing the cartel's friend*, str. 305). Należy tu jednak zastrzec, że rozważania te, choć odnoszą się do przypadków pomocników kartelu ocenianych przez KE, czynione są na tle brytyjskiego systemu prawnego, w którym prawo konkurencji stanowi gałąź prawa karnego.

773 Podobnie A. Vallery, C. Shell, *AC-Treuhand: Substantial fines for facilitators of cartels*, JECLP, 2016, vol. 7, no. 4, str. 256.

bezpośrednich uczestników. Same działania pomocnika nie są natomiast w stanie doprowadzić do naruszenia reguł konkurencji.

Błędne jest także sugerowane przez SPI w sprawie AC-Treuhand I założenie, że pozostawienie pomocników kartelu poza zakresem zastosowania art. 101 TFUE pozwoli na obchodzenie zakazu porozumień poprzez wykorzystywanie przedsiębiorców spoza rynku relewantnego. Nie jest bowiem możliwe całkowite „delegowanie” realizacji antykonkurencyjnej praktyki na podmioty trzecie i zawsze muszą w nim uczestniczyć także przedsiębiorcy obecni na rynku co najmniej powiązany z rynkiem dotkniętym kartelizacją. Nie byłoby zatem możliwe zaistnienie sytuacji, w której realizacja antykonkurencyjnej praktyki w całości przerzucona zostałaby na podmiot spoza rynku. Obawy SPI są zatem bezpodstawne.

Argumentacja organów ochrony konkurencji UE odwołująca się do potrzeby zapewnienia pełnej efektywności prawa konkurencji zasługuje na krytykę jeszcze z jednej przyczyny. Otóż w moim przekonaniu rozszerzanie zakresu zastosowania art. 101 TFUE na działania, które dotychczas nie były w sposób wyraźny kwestionowane, z powołaniem na efektywność prawa, jest trudne do pogodzenia z zasadą określoności prawa. Taki tok argumentacji negowałby w istocie gwarancje wynikające z tej fundamentalnej zasady, gdyż pozwalałby na całkowicie dowolne rozszerzanie zakresu zakazu lekceważące wagę negatywnych konsekwencji takiego podejścia dla przedsiębiorców. Stąd uważam, że w przypadku pomocników kartelu zasada efektywności prawa konkurencji powinna już z tej przyczyny ustąpić przed zasadą określoności prawa.

#### 4.6.6. Krytyka stanowiska organów odnośnie do kwestii ograniczenia autonomii

Przechodząc do problemu ograniczenia własnej autonomii jako przesłanki zastosowania art. 101 TFUE, należy przyznać, że faktycznie kwestia ta tradycyjnie przywoływana była przez organy ochrony konkurencji UE przy analizie potencjalnych uzgodnionych praktyk w celu odróżnienia ich od dozwolonych działań paralelnych. Wyjaśnienia przedstawione przez organy w przeanalizowanych sprawach w kwestii znaczenia ograniczenia autonomii dla ograniczenia konkurencji na rynku pozostają jednak dosyć niejasne. Należy, po pierwsze, zauważyć, że nie do końca zrozumiały jest wywód SPI o powiązaniu ograniczenia autonomii z manifestacją zgodnej woli. Można by to rozumieć jako wyraz przekonania SPI co do tego, że ograniczenie własnej autonomii przez przedsiębiorcę stanowi dowód zakazanej praktyki, ale nie przesłankę jej zaistnienia. Takie podejście pomija jednak dotychczasowe orzecznictwo, w którym ograniczenie własnej autonomii, obok wpływu na podmioty trzecie, stanowiło istotny element oceny zaistnienia ograniczenia konkurencji. Zagadnienie ograniczenia autonomii działania przedsiębiorcy jest natomiast - jak podkreśla się w orzecznictwie (w tym cytowanym przez TSUE w wyroku w sprawie AC-Treuhand II, nb. 32) - inherentnym elementem koncepcji leżącej u podstaw traktatowego prawa konkurencji. Organy ograniczyły natomiast w swoich wywodach znaczenie przesłanki ograniczenia autonomii do narzędzia pomocniczego, pozwalającego na rozstrzyganie trudniejszych przypadków uzgodnionych praktyk. Z materiału badawczego zdaje się mianowicie wynikać, że zdaniem organów ochrony konkurencji UE kwestia ograniczenia autonomii ma znaczenie instrumentalne, a jego waga w zarzutach skarżącej była przeceniana<sup>774</sup>.

<sup>774</sup> Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 126.

Dalej należy dostrzec, że organy zdają się opacznie rozumieć argumentację prezentowaną przez skarżącą w obydwu sprawach AC-Treuhand. Tę argumentację można skrótowo ująć w twierdzeniu, że dla udziału w praktyce ograniczającej konkurencję konieczne jest ograniczenie własnej autonomii działania, czyli że zakazana praktyka musi wpływać na zakres swobody postępowania danego przedsiębiorcy na rynku. Organy zdają się natomiast wywodzić tezę, że skarżąca przyjmuje, że każde ograniczenie autonomii działania stanowi równocześnie ograniczenie konkurencji. Taki wniosek nie wynika jednak bynajmniej z treści zarzutu skarżącej. Prawdą jest, że nie można postawić znaku równości pomiędzy ograniczeniem autonomii a ograniczeniem konkurencji<sup>775</sup>. Takie działanie stanowiłoby całkowite wypaczenie, gdyż negowałoby konieczność badania praktyki w jej całościowym kontekście prawnym, ekonomicznym i faktycznym. Nie to jednak było istotą zarzutu. Skarżące podnosiły mianowicie, że nie można uznać pomocnika kartelu za uczestnika porozumienia, gdyż zakłada to ograniczenie własnej autonomii, a tego pomocnik kartelu wszak nie czyni. Ten błąd w rozumowaniu organów ochrony konkurencji dostrzega też Jens Koch, wskazując, że organy najwyraźniej pomyliły przesłankę minimalną z przesłanką wyłączną<sup>776</sup>.

Należy w końcu zauważyć, że konsekwencją prezentowanego przez organy ochrony konkurencji UE podejścia do zagadnienia ograniczenia autonomii przedsiębiorcy było także pominięcie tła regulacji oraz celu, jakiemu prawo konkurencji ma służyć. W najprostszym ujęciu zakaz porozumień ma zapewnić właśnie to, by przedsiębiorcy samodzielnie decydowali o podejmowanych i planowanych działaniach rynkowych i nie koordynowali ich ze sobą. Ta idea leżąca u podstaw prawa konkurencji dotyczy nie tylko uzgodnionych praktyk, ale wszelkich zakazanych praktyk kolektywnych ograniczających konkurencję. Nie można zatem - jak uczyniły to organy ochrony konkurencji w komentowanych sprawach - deprecjonować znaczenia ograniczenia autonomii decyzyjnej przedsiębiorcy dla analizy antymonopolowej.

Można tu jeszcze przypomnieć, że jedna z definicji porozumienia jako zakazanej praktyki zakłada, że dochodzi do niego, gdy przedsiębiorcy przestrzegają wspólnego planu, który ogranicza lub może ograniczyć ich indywidualne działania rynkowe poprzez wyznaczenie granic dla ich wzajemnych działań lub zaniechania działań na rynku. Ograniczenie autonomii jest zatem w praktyce decyzyjnej Komisji uznawane za element konstytutywny porozumienia<sup>777</sup>. Formuła ta została nawet przywołana przez KE w sprawie AC-Treuhand II<sup>778</sup>, ale organ najwyraźniej nie uwzględnił wynikających z niej wniosków dla oceny, kiedy można mówić o porozumieniu.

W świetle powyższych spostrzeżeń stwierdzam, że organy ochrony konkurencji UE, odnosząc się do analizowanej tu kwestii, prezentowały stanowisko mało przekonujące, w którym ujawniał się momentami tendencyjny charakter. Odnosząc się do pytania o rolę ograniczenia autonomii działania przedsiębiorcy w ocenie antykonkurencyjnych praktyk, organy nie potrafiły przedstawić spójnej argumentacji, która uwzględniałaby wcześniejsze orzecznictwo oraz ekonomiczne podłoże prawa konkurencji. Nadto, odwołując się do argumentów celowościowych, organy wystawiły

775 Zob. P. Ibañez Colomo, A. Lamadrid de Pablo, *On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know*, str. 12, dostęp SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2849831>.

776 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 385.

777 Zob. na przykład: decyzja KE z dnia 5.12.2012 r. w sprawie AT.39437 - TV and computer monitor tubes, nb. 603; decyzja KE z dnia 21.11.2001 r. w sprawie COMP/E-1/37.512 - Vitamins, nb. 554.

778 Decyzja Komisji w sprawie AC-Treuhand II, nb. 331.

się na uzasadniony zarzut, że ich działania mogą prowadzić do naruszenia zasady określoności prawa. Efektywność prawa konkurencji nie jest bowiem dobrem nadrzędnym, które mogłoby uzasadniać pozostawienie w rękach organów egzekwujących prawo konkurencji nadmiernej swobody interpretacyjnej.

## 4.7. Naruszenie zasady określoności prawa

### 4.7.1. Zarys zasady określoności prawa

Jednym z najpoważniejszych zarzutów, jaki pojawił się w związku z zastosowaniem przez Komisję analizowanej koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu, jest naruszenie zasady określoności prawa. Naruszenie to miałoby polegać, po pierwsze, na przyjęciu koncepcji unitarnej sprawstwa na gruncie art. 101 TFUE, pomimo braku ku temu wyraźnej podstawy prawnej, po wtóre zaś, na nadmiernie rozszerzającej wykładni tego przepisu, w wyniku której zakresem jego zastosowania objęci mieliby zostać także pomocnicy kartelu. Trzeba zaznaczyć, że zagadnienie to dotyczy nie tyle obiektywnej możliwości wyinterpretowania z art. 101 TFUE jego zastosowania wobec pomocników kartelu co kwestii oceny, czy dokonanie przez unijne organy takiej interpretacji nie naruszało jednej z podstawowych zasad systemowych.

Zasada określoności prawa jest fundamentalną zasadą respektowaną przez państwa prawa, znajdującą wyraz tak w Karcie Praw Podstawowych UE (art. 49 ust. 1 KPP UE), jak i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (art. 7 ust. 1 EKPC)<sup>779</sup>. Szczegółowe wyjaśnienia odnośnie do treści tej zasady można znaleźć w utrwalonym orzecznictwie ETPC<sup>780</sup>. Strasburski Trybunał podkreśla w swoich wyrokach, że zasada określoności prawa wyrażona w art. 7 Konwencji zajmuje szczególne miejsce w systemie ochrony, co podkreśla fakt, iż nie jest możliwe uchylene jej obowiązywania nawet w czasie wojny bądź stanu wyjątkowego zagrożenia publicznego. Ma ona stanowić ochronę przed samowolnym oskarżeniem, skazaniem i ukaraniem. Zakres jej zastosowania nie ogranicza się jednak tylko do zakazu stosowania prawa z mocą wsteczną, ale obejmuje nadto zasadę, zgodnie z którą tylko prawo może określać, co jest przestępstwem i jaka należy się za to kara. Trybunał wyjaśnia też w swoim orzecznictwie, że art. 7 EKPC zakazuje w szczególności rozciągania zakresu zdefiniowanych przestępstw na czyny, które nie miały wcześniej takiego charakteru, a nadto wymaga, by prawo karne nie było rozszerzająco interpretowane na niekorzyść oskarżonego, w tym przez zastosowanie analogii. Przestępstwa i kary muszą nadto być jasno określone przez prawo. Wymóg ten jest spełniony, jeżeli jednostka może w oparciu o brzmienie przepisu, w razie potrzeby przy wykorzystaniu sądowej jego interpretacji i zasięgnąwszy

<sup>779</sup> Odnośnie do wzajemnego stosunku KPP UE oraz EKPC, a także związania UE zapisami EKPC zob. rozdział II pkt 2.2.7.2.

<sup>780</sup> Wyrok ETPC z dnia 21.10.2013 r. w sprawie *Del Rio Prada v. Hiszpania*, nr 42750/09, Hudoc, nb. 77 i n.; wyrok ETPC z dnia 20.10.2015 r. w sprawie *Vasilias v. Litwa*, nr 35343/05, Hudoc, nb. 153-154; decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 15.01.1997 r. w sprawie *L.G.R. v. Szwecja*, nr 27032/95, Hudoc; wyrok ETPC z dnia 25.05.1993 r. w sprawie *Kokkinakis v. Grecja*, nr 14307/88, nb. 52; wyrok ETPC z dnia 8.07.1999 r. w sprawie *Başkaya i Okçuoğlu v. Turcja*, nr 23536/94 oraz 24408/94, Hudoc, nb. 36; wyrok ETPC z dnia 22.03.2001 r. w sprawie *Streletz, Kessler and Krenz v. Niemcy*, nr 34044/96, 35532/97 i 44801/98, Hudoc, nb. 50; wyrok ETPC z dnia 24.01.2017 r. w sprawie *Koprivnikar v. Słowenia*, nr 67503/13, Hudoc, nb. 45-47; wyrok ETPC z dnia 22.11.1995 r. w sprawie *S.W. v. Wielka Brytania*, nr 20166/92, Hudoc, nb. 34-35.

porady prawnej, dowiedzieć się, jakie działania i zaniechania pociągną za sobą odpowiedzialność karną i jakie grożą za to kary.

Jako że art. 53 KPP UE gwarantuje, że żadne z postanowień Karty nie będzie interpretowane jako ograniczające lub podważające prawa człowieka i podstawowe wolności uznane m.in. w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, powyżej zarysowane ramy zasady określoności prawa można przenieść na grunt prawa UE, i to pomimo tego, że sama Unia Europejska nie stała się dotąd stroną EKPC. Respektowanie analizowanej zasady w prawie unijnym zostało także potwierdzone przez orzecznictwo TSUE, w tym odnoszące się do naruszeń prawa konkurencji<sup>781</sup>. Według TSUE zasada pewności prawa, jako ogólna zasada prawa unijnego, wymaga, by zasady były jasne i precyzyjne, tak aby jednostki były w stanie ocenić jednoznacznie, jakie są ich prawa i obowiązki, i by mogły zgodnie z nimi postępować<sup>782</sup>. Zasada ta musi być też przestrzegana szczególnie silnie w przypadku stosowania środków, które mogą mieć finansowe konsekwencje<sup>783</sup>. W literaturze podkreśla się nadto, że w przypadku dziedzin prawa, w których przewidywalność odgrywa szczególnie ważną rolę, jak w prawie karnym, zasada pewności prawa może wymagać, by prawo interpretowane było w sposób możliwie bliski literalnemu rozumieniu przepisu<sup>784</sup>.

Choć terminologia zastosowana w art. 7 ust. 1 EKPC i art. 49 KPP UE wyraźnie odnosi się do prawa karnego, zasady z nich wynikające znajdują zastosowanie także w innych dziedzinach prawa, w których nakłada się na jednostkę sankcje o charakterze represyjnym, jak wykroczenia czy delikty administracyjne<sup>785</sup>. Potrzeba zapewnienia gwarancji podstawowych praw przedsiębiorcom w postępowaniach antymonopolowych uznawana jest tak w orzecznictwie TSUE<sup>786</sup>, jak i ETPC<sup>787</sup>. Obowiązywanie zasady określoności prawa także w takich postępowaniach wynika z faktu, że pojęcie „sprawy karnej” rozumiane jest na gruncie art. 7 ust. 1 EKPC autonomicznie (podobnie jak w przypadku art. 6 EKPC), czyli niezależnie od rozumienia nadanego temu pojęciu na gruncie prawa krajowego<sup>788</sup>. Różnica w ocenie spraw karnych o charakterze kryminalnym od nienależących do istoty prawa karnego ujawnia się natomiast w intensywności gwarancji wypływających z zasady określoności prawa. W zależności od dotkliwości i charakteru sankcji zasada określoności prawa może być stosowana ściślej (w przypadku prawa karnego *sensu stricto*) bądź odrobinę elastyczniej

781 M. Szwarc-Kuczer, *art. 49 KPP UE* (w:) A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*. Warszawa 2013, nb. 7 i wskazane tam orzecznictwo. zob. także wyrok Trybunału z dnia 28.06.2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, Dansk Rorindustri i in, nb. 215, 217.

782 Wyrok Trybunału z dnia 26.10.2006 r. w sprawie C-248/04, Koninklijke Cooperatie Cosun UA, nb. 79.  
783 Tamże.

784 K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice*, str. 7 i wskazane tam orzecznictwo.

785 P. Hofmański, *Art. 7 EKPCz* (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie...*, nb. 8.

786 M. Król-Bogomilska, *Sposób określenia wysokości kar we wspólnotowym prawie ochrony konkurencji a zasada legalności z art. 7 EKPCz - glosa do wyroku SPI z 8. 10. 2008 r. (T-69/04) w sprawie Schunk GmbH/Horaz Schunk Kohlenstoff-Technik GmbH przeciwko Komisji*, EPS czerwiec 2009, s. 48 i wskazane tam orzecznictwo.

787 Wyrok ETPC z dnia 27.02.1991 r. w sprawie Société Stenuit v Francji, Hudoc 11598/85 (sprawa nie została wprawdzie merytorycznie rozpoznana, ale na etapie wstępnym orzeczono o dopuszczalności skargi); wyrok ETPC z dnia 27.09.2009 r. w sprawie A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy, Hudoc 43509/08.

788 P. Hofmański, *Art. 7 EKPCz* (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie...*, nb. 8 oraz P. Hofmański, A. Wróbel, *Art. 6 EKPCz* (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie ...*, nb. 69.



(w przypadku innych dziedzin prawa)<sup>789</sup>. Należy jednak zauważyć, że w orzecznictwie ETPC dostrzega się, że nawet przy całkowicie jasno sformułowanych przepisach zawsze istnieje pewien zakres sądowej interpretacji, która pozwala na wyjaśnienie wątpliwych elementów i adaptację do zmieniających się okoliczności<sup>790</sup>. Trybunał zastrzega jednak, że pozostawiona sądownictwu możliwość stopniowego wyjaśniania reguł odpowiedzialności karnej nie narusza art. 7 EKPC, pod warunkiem że wynik sądowej interpretacji jest spójny z istotą danego czynu zabronionego i był racjonalnie przewidywalny.

Podsumowując - zasada określoności prawa wymaga, by przepisy przewidujące sankcje były formułowane w taki sposób, by ich adresaci mogli na ich podstawie, ewentualnie zaś z pomocą wykładni sądowej, określić, jakie działania bądź zaniechania mogą spowodować na nich groźbę kary. Sprzeczne z tą zasadą jest tak stosowanie analogii, jak i nadmiernie szeroka wykładnia przestanków danego czynu zabronionego. Rozwój sądowej wykładni, będący odpowiedzią na dynamikę zmian, o tyle nie narusza zasady określoności prawa, o ile jej efekty były dla adresata normy przewidywalne, a nadto kierunek wykładni jest spójny z istotą danego czynu zabronionego.

#### 4.7.2. Stanowisko organów ochrony konkurencji

Zarysowawszy kontury zasady określoności prawa, przeanalizuję teraz, czy działania unijnych organów ochrony konkurencji były zgodne z jej założeniami. Badanie oparte zostanie w przeważającej mierze na sprawie AC-Treuhand I, gdyż to działania Komisji w tej sprawie, jako precedensowej, mogą budzić największe zastrzeżenia w kontekście przewidywalności interpretacji prawa w duchu stopniowego jego rozwoju. Sama decyzja KE nie zawierała oczywiście rozważań na ten temat. Dopiero w odpowiedzi na zarzuty skarżącej SPI dokonał oceny zgodności działania Komisji z ww. zasadą.

W skardze na nieważność decyzji spółka AC-Treuhand zarzuciła, że działanie Komisji, a więc przypisanie spółce odpowiedzialności za naruszenie art. 101 TFUE z uwagi na jej pomocniczą rolę w kartelu, było sprzeczne z zasadą *nullum crimen sine lege*. Skarżąca wskazała, że z uwagi na specyficzną rolę, jaką odgrywała, przypisanie jej odpowiedzialności było pewną nowością<sup>791</sup>. Nawiązała tym samym do określenia, które Komisja sama wykorzystwała, uzasadniając nałożenie jedynie symbolicznej kary na szwajcarską spółkę. Dalej AC-Treuhand wskazała, że art. 81 TWE (obecnie art. 101 TFUE) odnosi się jedynie do przedsiębiorców uczestniczących w kartelu, a nie ułatwiających naruszenie. Z tego względu tak przyjęcie unitarnej koncepcji sprawstwa, jak i rozszerzająca wykładnia przestanków art. 81 TWE naruszały - zdaniem skarżącej - zasadę ustawowej określoności czynów zabronionych<sup>792</sup>. Wyjaśniając powyższe, spółka wskazała, że z zasady tej wynika potrzeba przyjmowania ścisłej koncepcji pojęcia sprawcy naruszenia zakazu porozumień, szczególnie w sytuacji

789 Zob. wyrok ETPC z dnia 23.11.2006 r. w sprawie Jussila v. Finlandia, Hudoc 73053/01, nb. 43, w którym ETPC przyjął, że w sprawie domiaru podatkowego gwarancje wynikające z art. 6 EKPC nie muszą być stosowane z pełną surowością.

790 Wyrok ETPC z dnia 22.11.1995 r. w sprawie S.W. v. Wielka Brytania, nr 20166/92, Hudoc, nb. 36; wyrok ETPC z dnia 20.10.2015 r. w sprawie Vasiliauskas v. Litwa, nr 35343/05, Hudoc, nb. 155; wyrok ETPC z dnia 8.07.1999 r. w sprawie Başkaya i Okçuoğlu v. Turcja, nr 23536/94 oraz 24408/94, Hudoc, nb. 39; decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 16.09.2004 r. w sprawie Delbos i in. v. Francja, nr 60819/00, Hudoc.

791 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 61.

792 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 80.

zagrożenia dotkliwymi sankcjami<sup>793</sup>. Szeroka interpretacja przesłanek art. 81 TWE wykraczała natomiast zdaniem AC-Treuhand poza stopniowe wyjaśnianie reguł odpowiedzialności antymonopolowej<sup>794</sup>. Spółka zwróciła nadto uwagę na fakt, że przypisanie jej odpowiedzialności antymonopolowej było sprzeczne z wcześniejszą praktyką organu, który po jednorazowym zastosowaniu koncepcji w sprawie Italian Cast Glass w kolejnych decyzjach odszedł od praktyki karania pomocników kartelu<sup>795</sup>.

Odnosząc się do powyższych zarzutów, SPI przedstawił w wyroku generalne stanowisko odnośnie do zasady określoności prawa zbieżne z przedstawionymi powyżej, a wypracowanymi w orzecznictwie ETPC oraz TSUE założeniami. SPI przyznał, że znajduje ona zastosowanie na gruncie prawa UE, w tym prawa konkurencji, choć niekoniecznie w tym samym zakresie co w przypadku jej stosowania w prawie karnym *sensu stricto*<sup>796</sup>. SPI potwierdził też, że TSUE uznaje zasadę określoności prawa jako ogólną zasadę prawa UE, uwzględniając orzecznictwo ETPC<sup>797</sup>. Dalej SPI przypomniał, że zasada ta wymaga, by jednostka mogła z brzmienia przepisu, przy wsparciu sądowej interpretacji, rozpoznać, jakie działania są zakazane pod groźbą kary, oraz by przepisy nie były wykładane w sposób rozszerzający na niekorzyść oskarżonego, w tym poprzez analogię<sup>798</sup>. Następnie SPI wyjaśnił, że zasada określoności prawa nie wyklucza stopniowego uszczegóławiania poszczególnych przesłanek w drodze wykładni sądowej, z zastrzeżeniem, że jego wynik był rozsądnie przewidywalny w chwili naruszenia, przy uwzględnieniu ówczesnego orzecznictwa<sup>799</sup>. Pozostawało to dalej w zgodzie z orzecznictwem ETPC. Dodatkowo SPI wskazał, że, oceniając przewidywalność danej wykładni, należy uwzględnić profesjonalny charakter podmiotu, który, dochowując staranności, powinien zasięgnąć porady prawnej dla dokonania oceny prawnej konsekwencji swoich działań<sup>800</sup>. Wyraźnie dostrzegalne jest tu odwołanie do standardu oceny przewidywalności wykładni wypracowanego na gruncie EKPC.

Choć taki tok argumentacji mógł sugerować, że SPI zmierza do uwzględnienia zarzutu skarżącej, to ostatecznie przedstawił jednak interpretację art. 101 TFUE wpisującą się całkowicie w narrację akceptującą nową koncepcję odpowiedzialności antymonopolowej pomocników kartelu<sup>801</sup>. SPI wskazał m.in., że zasady dotyczące odpowiedzialności biernego uczestnika porozumienia stosuje się *mutatis mutandis* do przedsiębiorcy doradczego, który z uwagi na swój profesjonalny status nie może nie wiedzieć o charakterze danej praktyki, a nadto ów status pozwala mu na istotne przyczynienie się do naruszenia<sup>802</sup>. SPI doszedł też do wniosku, że interpretacja art. 101 TFUE, zgodnie z którą każdy przedsiębiorca, który przyczynił się do implementacji kartelu, wchodzi w zakres zastosowania zakazu, nawet jeżeli przedsiębiorca ten nie jest obecny na rynku dotkniętym naruszeniem, była w świetle brzmienia przepisu oraz orzecznictwa wystarczająco przewidywalna w chwili popełnienia przez przedsiębiorcę naruszenia<sup>803</sup>. Uzasadniając dalej to rozstrzygnięcie, SPI wskazał, że znaczenie

793 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 85-86.

794 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 86.

795 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 93.

796 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 113.

797 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 139.

798 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 140.

799 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 141, 142.

800 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 142.

801 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 115-134.

802 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 136.

803 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 143.

pojęć „porozumienie” i „przedsiębiorstwo” ustalane jest przez orzecznictwo, a ich stosowanie przez organy administracji jest przedmiotem pełnej kontroli sądowej<sup>804</sup>. SPI wywiódł następnie, że w świetle utrwalonego orzecznictwa pojęcie „porozumienie między przedsiębiorcami” jest wystarczająco jasne, by zapewnić, że przedsiębiorca nie może nie być świadomy bądź nie móc rozpoznać, że wystawia się na ryzyko odpowiedzialności, podejmując takie działania, jakie byłyby przedmiotem sprawy<sup>805</sup>. Argumentując dalej, SPI wskazał na istnienie utrwalonego orzecznictwa pozwalającego na przypisanie współodpowiedzialnym przedsiębiorcom odpowiedzialności za całość naruszenia zgodnie z koncepcją jednolitego i ciągłego naruszenia<sup>806</sup>. Bez znaczenia pozostawał tu dla SPI zarówno brak w orzecznictwie precedensu, tj. przesądzenia możliwości przypisania odpowiedzialności przedsiębiorstwu doradczemu, jak i fakt, iż po jednorazowym zastosowaniu zakazu porozumień wobec pomocnika kartelu w sprawie *Italian Cast Glass* Komisja odstąpiła od takiej praktyki i nie stosowała jej w kolejnych przypadkach. Przeciwnie - SPI uznał, że wiedza AC-Treuhand o tej sprawie czyniła zastosowaną wykładnię jeszcze bardziej przewidywalną, szczególnie dla podmiotu profesjonalnego<sup>807</sup>. Odnosząc się do kwestii ochrony uzasadnionych oczekiwań, SPI wskazał nadto w dalszej części uzasadnienia, że w okresie pomiędzy sprawą *Italian Cast Glass* a decyzją KE w sprawie AC-Treuhand I organy wprawdzie nie przypisywały odpowiedzialności pomocnikom kartelu, ale miały w zwyczaju ograniczać się do krytykowania i niekarania przedsiębiorstw doradczych<sup>808</sup>. Taka praktyka miała, zdaniem SPI, czynić jeszcze bardziej przewidywalną możliwość przypisania pomocnikom odpowiedzialności antymonopolowej.

#### 4.7.3. Krytyczna ocena stanowiska organów

Nie sposób zgodzić się z argumentacją Sądu Pierwszej Instancji odnośnie do zgodności działania Komisji z zasadą określoności prawa oraz do rzekomej przewidywalności zastosowanej koncepcji wykładni art. 101 TFUE. W sytuacji, gdy metoda literalna wykładni nie pozwoliła organom na jednoznaczne rozstrzygnięcie, czy zakresem zastosowania art. 101 TFUE objęci winni zostać także pomocnicy kartelu, przed zastosowaniem innych metod wykładni, w tym metody celowościowej i systemowej, powinny były one wziąć pod uwagę charakter przepisów prawa konkurencji i grożące za ich naruszenie sankcje. Uwzględnienie tych okoliczności musiałyby natomiast prowadzić do przyjęcia węższej wykładni art. 101 TFUE, przy której wątpliwości interpretacyjne wykładane byłyby na korzyść przedsiębiorcy.

Za powyższą tezę przemawiają następujące argumenty. Po pierwsze, teza o możliwości przypisania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu na podstawie odpowiedniej wykładni art. 101 TFUE jest chybiona. Sąd zdaje się wywodzić, że z dotychczasowego orzecznictwa wynikało, że pojęcie to wykląda się szeroko, więc dozwolone byłoby jego dalsze rozszerzenie także na pomocników kartelu. Przyjęcie w oparciu o taki tok rozumowania, że także pomocnik kartelu musi się liczyć z odpowiedzialnością antymonopolową, oznaczałoby, że w zasadzie dowolnie każde działanie można by włączyć w zakres zastosowania art. 101 TFUE. Każdy kolejny krok

804 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 144.

805 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 145.

806 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 146.

807 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 147-148.

808 Wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 164.

byłby bowiem uzasadniany praktyką szerokiej wykładni przesłanek art. 101 TFUE. Z rzekomej nieostrości zakresu definicyjnego pojęcia porozumienia SPI powinien być natomiast raczej wyciągnąć odwrotną konkluzję i postulować ścisłą wykładnię, by nie rozmywać dodatkowo granic znaczeniowych pojęcia porozumienia i nie otwierać drogi do stosowania zakazu z pełną dowolnością.

Po drugie, tak szeroka wykładnia niejasnego pojęcia trudna jest do pogodzenia z wymogami zasady określoności prawa, aby prawo wyklądać ściśle szczególnie tam, gdzie jego zastosowanie wiąże się z nałożeniem surowych sankcji. Nie ulega wątpliwości, że sankcje antymonopolowe, sięgające do 10% obrotu przedsiębiorcy w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenie kary, mają dotkliwy charakter, przez część doktryny trafnie kwalifikowany jako represyjny i zbliżony do sankcji karnych<sup>809</sup>. Podobne krytyczne stanowisko wobec argumentacji organów zajmuje Jens Koch, wywodząc, że przy braku możliwości wyinterpretowania z literalnego brzmienia art. 101 TFUE jego zastosowania wobec pomocników kartelu, byłoby teoretycznie możliwe odwołanie się ze względów teleologicznych do analogii, jednak taki krok nie byłby dozwolony w przypadku przepisów obwarowanych sankcją o charakterze represyjnym, a taki właśnie charakter mają przepisy prawa konkurencji UE<sup>810</sup>. Stanowisko to podziela także W. Berg, który, zasadniczo aprobując stanowisko organów ochrony konkurencji UE wobec pomocników kartelu, zauważa, że lektura wyroku TSUE w sprawie AC-Treuhand II pozostawia czytelnika z poczuciem, że nazbyt lekkomyślnie dokonuje się w nim rozszerzenie zakresu zastosowania przepisu o charakterze bliskim karnemu - i to bez udziału prawodawcy<sup>811</sup>. Autor podał też w wątpliwość, czy w świetle drakańskiej wysokości kar karanie pomocników kartelu jest konieczne z punktu widzenia prewencji<sup>812</sup>.

Po trzecie w końcu, tezę, że zasady odpowiedzialności wypracowane na gruncie przypadków biernych uczestników spotkania bądź uczestników jednolitego i ciągłego naruszenia można stosować *mutatis mutandis* wobec pomocników kartelu należy uznać za przykład zastosowania analogii na niekorzyść przedsiębiorcy. Wnioskowanie organu opiera się tu bowiem na przeniesieniu zasad odpowiedzialności na rzekomo podobną sytuację, pomimo braku faktycznej podstawy prawnej. Zasada określoności prawa stoi jednak wyraźnie na przeszkodzie takim działaniom organów. W efekcie należy uznać, że pierwsza część argumentacji SPI, wskazująca na zgodność zastosowanej wykładni art. 101 TFUE z zasadą określoności prawa w rozumieniu art. 7 ust. 1 EKPC oraz art. 49 KPP UE jest wadliwa.

Pozostaje rozważyć pytanie, czy zastosowanie takiej interpretacji w ramach stopniowego rozwoju orzecznictwa było jednak przewidywalne dla adresatów. Także w tym zakresie należy jednak stwierdzić, że argumenty SPI nie są przekonujące. Zgadzam się całkowicie z generalnym założeniem, że wykładnia prawa musi ewoluować w odpowiedzi na dynamikę zmian gospodarczych, a także musi charakteryzować się wystarczającą elastycznością, by stanowić adekwatną odpowiedź na działania sprzeczne z zawartymi w prawie normami. Nie można też zaprzeczyć temu, że szczególnie podmioty profesjonalne powinny zachowywać wzmożoną ostrożność przy podejmowaniu

809 Zob. literaturę wskazaną w rozdziale II, pkt. 2.2.7.2.

810 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 377-378.

811 W. Berg, *Kartellrecht: Geldbuße für ein auf dem betroffenen Markt nicht tätiges Beratungsunternehmen - Anmerkung*, EuZW 2016, str. 25.

812 Tamże.

działań rynkowych i opierać się na rzetelnej ocenie prawnej. Przewidywalność danej praktyki organu musi być jednak w moim przekonaniu oceniana nie tylko na gruncie brzmienia przepisu, ale przede wszystkim w całościowym kontekście faktycznym danego przypadku. W szczególności istotne jest tu, moim zdaniem, wcześniejsze postępowanie organów, które może być odczytywane przez strony jako wskazówka odnośnie do postępowania zgodnego bądź sprzecznego z prawem. Jak słusznie wskazano w piśmiennictwie, po jednokrotnym przypisaniu odpowiedzialności pomocnikowi kartelu w latach 80. ubiegłego wieku Komisja zaniechała takiej praktyki i przez blisko 20 lat nie adresowała decyzji do pomocników karteli, choć miała do czynienia ze sprawami, w których takie podmioty odgrywały swoją pomocniczą rolę<sup>813</sup>. SPI, oceniając skargę w sprawie AC-Treuhand I, był przy tym w pełni świadomy tej okoliczności oraz faktu, że Komisja ograniczała się w tym okresie do wyrażania krytyki pod adresem pomocników kartelu, jednak nie czyniła ich adresatami decyzji ani nie nakładała na nich kary<sup>814</sup>. Co szczególnie uderzające w kontekście przewidywalności rozwoju wykładni art. 101 TFUE to fakt, że w czterech przypadkach pomocnikiem, który nie został w tym okresie objęty zakresem decyzji Komisji, była spółka Fides AG - poprzedniczka prawna AC-Treuhand, a zarazem podmiot, który pierwotnie pełnił pomocniczą funkcję w sprawie *Organic peroxide*<sup>815</sup>.

Mając to na uwadze, nie sposób zgodzić się z tezą, że spółka powinna była przewidzieć, że może wobec niej znaleźć zastosowanie szeroko interpretowany art. 101 TFUE. Choć oczywiście każdy przypadek udzielania pomocy kartelowi należy oceniać indywidualnie, to jednak w sytuacji, gdy Komisja krytycznie odnosiła się do działania danego przedsiębiorcy jako pomocnika, lecz nie kierowała do niego decyzji ani nie nakładała kar, mógł on przyjmować, że także w kolejnych przypadkach Komisja ograniczy się do wcześniejszej praktyki. Stanowisko takie podziela A. Doniec, dodając, że sama krytyka pomocników kartelu nie była wystarczająca dla przyjęcia przewidywalności wykładni art. 101 TFUE, a Komisja musiałaby co najmniej uznawać takich przedsiębiorców za współsprawców i nakazywać im zaniechanie określonych działań, jednak bez nakładania na nich kary<sup>816</sup>. W odmiennym przypadku trudno mówić o przewidywalności działania Komisji wobec AC-Treuhand. Stanowisko krytyczne odnośnie do możliwości przyjęcia tezy, że wykładnia zaproponowana przez organy była przewidywalna, prezentuje także Jens Koch. Wskazuje on - nie do końca zgodnie z orzecznictwem ETPC - że stopniowy rozwój wykładni prawa może być uzasadniany jego przewidywalnością jedynie w sytuacji, gdy przepis jest jasny, a organy chcą jedynie odejść od wcześniej stosowanej wykładni prawa<sup>817</sup>. Takie podejście jeszcze silniej akcentuje wynikające z zasady określoności prawa gwarancje.

#### 4.7.4. Wnioski

Podsumowując, należy powtórzyć, że przedstawiona przez SPI w sprawie AC-Treuhand I argumentacja przeciwko zarzutowi naruszenia zasady określoności prawa nie jest przekonująca. Zastosowana przez organy wykładnia art. 101 TFUE może być

813 B.N. Hartnett, W. Sparks, *The service provider...*, str. 55 i przypis nr 6; zob. także M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, str. 107 i przypis nr 13.

814 Zob. wyrok SPI w sprawie AC-Treuhand I, nb. 164.

815 B.N. Hartnett, W. Sparks, *The service provider...*, str. 55.

816 A. Doniec, *Glosa do wyroku SPI z dnia 8 lipca 2008 r.*, T-99/04, LEX/el. 2009.

817 J. Koch, *Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten*, str. 379.



uznana za naruszającą zasadę ustawowej określoności prawa, gdyż jest nadmiernie rozszerzająca i jej zastosowanie może prowadzić do niepożądanego rozmycia zakresu definicyjnego pojęcia porozumienia między przedsiębiorcami. Przy surowości sankcji, jakie grożą za delikt antymonopolowy, należałoby postulować zastosowanie dalej idących gwarancji wynikających z zasady określoności czynów zabronionych i kar. Na szczególną krytykę zasługuje przy tym postępowanie się przez organy argumentacją odwołującą się do stosowania zasad odpowiedzialności antymonopolowej *mutatis mutandis* także wobec pomocników kartelu, co w zasadzie zbliża argumentację organów do nieuprawnionej wykładni prawa przez analogię. Nie można też zgodzić się z twierdzeniem, że zastosowana w sprawie AC-Treuhand I wykładnia przepisów była dla adresata przewidywalna, gdyż z wieloletniej praktyki Komisji w sposób jednoznaczny wynikało, że nie traktuje ona pomocników kartelu jako podmiotów, które mogą stać się adresatami decyzji stwierdzającej naruszenie reguł konkurencji.

# Rozdział V.

## Koncepcja odpowiedzialności pomocnika jako odpowiedź na wykorzystanie nowych technologii dla antykonkurencyjnych celów

### 5.1. Porozumienia w świecie algorytmów

Na przełomie wieków Richard A. Posner w artykule *Antitrust in the new economy*<sup>818</sup> podjął rozważania nad wyrażanymi naówczas w amerykańskiej doktrynie obawami o zdolność prawa konkurencji do właściwej regulacji rynku w erze nowej ekonomii. Na wstępie zdefiniował nową ekonomię jako obejmującą trzy obszary: produkcję programów komputerowych, działalność gospodarczą opartą na Internecie oraz wspierające te dwa obszary usługi komunikacyjne i sprzęt. Jak wskazał, to, co odróżnia nową ekonomię od tradycyjnej, to: zmniejszający się średni koszt produktu, relatywnie niskie potrzeby kapitałowe w stosunku do możliwości współczesnego rynku, bardzo wysoki poziom innowacyjności, częste i szybkie wejścia na i wyjścia z rynku oraz efekt sieci (ang. *network externalities*)<sup>819</sup>. Pomimo zaobserwowanych różnic R.A. Posner przedstawił we wspomnianym artykule tezę, że prawo konkurencji jest wystarczająco elastyczne<sup>820</sup>, a jego związanie z ekonomią -wystarczająco silne, by poradzić sobie w nowej rzeczywistości. Ewentualne trudności byłyby natomiast - zdaniem Posnera - związane z aspektem instytucjonalnym egzekwowania prawa konkurencji. Przyczyną byłby brak po stronie sądów i agencji środków technicznych i zdolności do szybkiego reagowania na zmiany w funkcjonowaniu gospodarki<sup>821</sup>. Niecałe dwie dekady później żywiłowa dyskusja nad wyzwaniem, które stawiają nowe technologie prawu konkurencji, trwa dalej, a stanowisko, że dotychczasowe jego instrumentarium zapewnia wystarczającą ochronę dla konkurencji spotyka się z coraz większym powątpiewaniem.

Punktem centralnym toczącej się dyskusji jest obecnie pytanie o wykorzystywanie przez przedsiębiorców narzędzi cyfrowych, w tym przede wszystkim algorytmów, dla optymalizacji prowadzonej przez nich działalności oraz wpływ takich praktyk na konkurencję. Odnosi się to jednak nie tylko do sektorów zakwalifikowanych przez R.A. Posnera jako należące do nowej ekonomii, ale także do tych tradycyjnych, które jednak w wykorzystaniu nowych technologii, w szczególności w zakresie komunikacji

818 R.A. Posner, *Antitrust in the new economy*, U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 106. dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=249316>.

819 Tamże, str. 2.

820 Tezę o szczególnym charakterze prawa konkurencji, który umożliwia mu adaptowanie się do zmieniających okoliczności gospodarczych, ekonomicznych, politycznych i społecznych, prezentuje także D. Miąsik, *Controlled chaos with consumer welfare as the winner - a study of the goals of Polish Antitrust Law*, YARS vol. 2008, 1 (1), str. 34.

821 R.A. Posner, *Antitrust in the new economy*, str. 2.

oraz kanałów dystrybucji, dostrzegły szansę dla siebie. Zgodnie z wynikami przeprowadzonego w latach 2015-2016 przez Komisję Europejską badania sektorowego w dziedzinie handlu elektronicznego<sup>822</sup> dwie trzecie przedsiębiorców posługuje się automatycznymi programami, które dostosowują ich cenniki w oparciu o zaobserwowane ceny u konkurentów. Mając na uwadze dostrzeżoną tendencję, Komisja przestrzegła przed tym, że dostępność informacji cenowej w czasie rzeczywistym może prowadzić do zautomatyzowanej koordynacji cenowej<sup>823</sup>. Analizując informacje od uczestników badania sektorowego, Komisja zaobserwowała nadto, że zwiększona w wyniku wykorzystania oprogramowania monitorującego transparentność rynku pozwala ułatwiać i umacniać zemony, gdyż uczestnicy będą mniej skłonni do odchodzenia od uzgodnień ze względu na ryzyko wykrycia takich odstępstw<sup>824</sup>. W sprawozdaniu dotyczącym handlu elektronicznego zasygnalizowano nadto generalnie, że wykorzystywanie i gromadzenie Big Data może prowadzić do problemów w zakresie konkurencji<sup>825</sup>. O ile jeszcze w 2016 roku komisarz Margrethe Vestager z przekonaniem argumentowała, że prawo konkurencji nie wymaga zmian, tak jak nie było to potrzebne, gdy wynaleziono fax, karty kredytowe i komputery osobiste<sup>826</sup>, to obecnie jej stanowisko zdecydowanie zmieniło swój wydźwięk. Wyrażnie uwidoczniło się to w przemówieniu *Algorithms and competition* wygłoszonym w marcu 2017 r. podczas konferencji zorganizowanej przez Bundeskartellamt<sup>827</sup>. Zdaniem komisarz powinniśmy postawić sobie obecnie pytanie, czy narzędzia prawa konkurencji mogą zrobić wszystko to, czego od nich oczekujemy. Zautomatyzowane systemy, jak wskazała M. Vestager, choć mogą służyć prokonkurencyjnym celom, mają także negatywny potencjał związany z wykorzystaniem ich do uczynienia karteli bardziej efektywnymi. Jako przykłady komisarz wskazała wykorzystanie zautomatyzowanych systemów do wykrywania odstępstw od uzgodnień oraz do ułatwienia zawierania i monitorowania porozumień, także w stosunkach wertykalnych. W wystąpieniu pojawiła się nadto jedna niezwykle ważna deklaracja, mianowicie taka, że przedsiębiorcy nie powinni zakładać, że unikną odpowiedzialności, gdy pozwolą swoim programom zawierać za nich porozumienia. Oznacza to według M. Vestager, że algorytmy cenowe muszą być projektowane w taki sposób, by nie mogły wchodzić w porozumienia. W bardzo podobnym tonie komisarz Vestager wypowiadała się także podczas konferencji TED-Global>NYC 20 września 2017 r., snując wizję nauczania algorytmów reguł konkurencji, zanim w ogóle dopuszczono by je do działania<sup>828</sup>.

Unijne organy ochrony konkurencji ewidentnie dostrzegły już zagrożenia płynące ze strony wykorzystania algorytmów dla konkurencji na rynku wewnętrznym. Możliwe

822 Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego, Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego z dnia 10.05.2017 r., COM(2017) 229 final, dostęp: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final%20report\\_pl.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final%20report_pl.pdf), dalej jako „Sprawozdanie dot. handlu elektronicznego”.

823 Sprawozdanie dot. handlu elektronicznego, nb. 13.

824 Sprawozdanie dot. handlu elektronicznego, nb. 33.

825 Sprawozdanie dot. handlu elektronicznego, nb. 54-56.

826 M. Vestager, *Competition in a big data world*, DLD 16, Munich, 17 January 2016, dostęp: [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en); w przemówieniu komisarz stwierdziła nadto w kontekście wykorzystania Big Data, że Komisja nie dostrzegła jeszcze problemu z zakresu prawa konkurencji, co jednak nie oznacza, że nie uczyni tego w przyszłości.

827 M. Vestager, *Algorithms and competition*, Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin, 16 March 2017, dostęp: [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en).

828 M. Vestager, *The new age of corporate monopolies*, TEDGlobal>NYC, dostęp: [https://www.ted.com/talks/margrethe\\_vestager\\_the\\_new\\_age\\_of\\_corporate\\_monopolies/transcript](https://www.ted.com/talks/margrethe_vestager_the_new_age_of_corporate_monopolies/transcript) (min. 13:12).

konsekwencje upowszechnienia się stosowania przez przedsiębiorców algorytmów stały się także przedmiotem obszernego raportu OECD pt. *Algorithms and collusion*<sup>829</sup> opublikowanego w połowie 2017 r., w którym poddano pod dyskusję pytania, czy organy ochrony konkurencji powinny na nowo przemyśleć koncepcje porozumienia oraz milczącej zmywy, czy dotychczasowe narzędzia mogą być wykorzystane do przeciwdziałania się porozumieniom opartym na działaniu algorytmów oraz czy istnieje potrzeba regulacji w obszarze stosowania algorytmów. Na analizę całego Raportu OECD, w tym w szczególności proponowanych w nim odpowiedzi na wyzwania ze strony algorytmicznych porozumień, brak tu niestety miejsca<sup>830</sup>. Dla dalszej analizy istotny jest natomiast zawarty w Raporcie szczegółowy opis fenomenu stosowania algorytmów przez przedsiębiorców oraz jego efektów dla rynku.

Zgodnie z Raportem OECD pod pojęciem algorytmu intuicyjnie rozumiana jest sekwencja zasad, które powinny być wykonane w określonej kolejności w celu realizacji określonego zadania. Może być ona wyrażona tak w zwykłym języku, jak i za pomocą kodu lub programu, który może być odczytywany przez maszyny<sup>831</sup>. Algorytmy znajdują zastosowanie w działalności gospodarczej, służąc jako narzędzie analiz prognostycznych (dotyczących przyszłego popytu, zmiany cen, zachowań i preferencji nabywców, oceny ryzyka oraz zmian rynkowych) oraz optymalizacji działalności, dając efekty, których osiągnięcie nie byłoby możliwe przez ludzi<sup>832</sup>. Niewątpliwie więc zastosowanie algorytmów przez przedsiębiorców może mieć obiektywnie pozytywne skutki. W Raporcie OECD zidentyfikowano jednak także liczne poważne zagrożenia dla konkurencji. Zasadniczym pytaniem, na które poszukiwano w nim odpowiedzi, było: czy wykorzystanie algorytmów czyni rynek bardziej podatnym na koluzję? W tym kontekście wskazano nadto na ryzyko, że przedsiębiorcy będą wykorzystywali algorytmy nie tylko do realizacji konwencjonalnie zadzierzgniętego porozumienia, ale ich upowszechnione użycie umożliwi osiągnięcie antykonkurencyjnych efektów w formach dotychczas nieznanych. Chodzi tu o tzw. „porozumienia algorytmiczne” (*algorithmic collusion*), zawierane bez potrzeby wzajemnego kontaktu uczestników<sup>833</sup>. Użycie algorytmów czyni też rynek bardziej transparentnym, gdyż pozwala na zbieranie i analizę znacznych ilości danych rynkowych bez potrzeby angażowania w to zasobów ludzkich, a to z kolei umożliwia czynienie prognoz rynkowych i redukuje niepewność, a także pozwala na monitorowanie zachowań rynkowych konkurentów, w tym ewentualnych odstępstw od uzgodnień<sup>834</sup>. Nadto algorytmy, bazując na pozyskanych i analizowanych danych, mogą dokonywać zmian w cenach produktów i usług w czasie rzeczywistym, umożliwiając natychmiastową odpowiedź na ewentualne odstępstwa od uzgodnień, a nawet ich wcześniejsze przewidzenie, zanim jeszcze będą miały one miejsce<sup>835</sup>. Usuwa to bodziec do „oszukiwania”, gdyż obniżenie ceny zostanie natychmiast dostrzeżone, zanim jeszcze wygeneruje zysk ze wzrostu sprzedaży.

829 OECD (2017), *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, dostęp: <http://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>, dalej jako „Raport OECD”.

830 Omówienie Raportu w języku polskim zob.: A. Jurkowska-Gomułka, *Algorithms and Collusion - Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2017)4*, OECD - Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, 2017 (omówienie), IKAR 5 (6) 2017, str. 123, dostęp: <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/44/123.pdf>.

831 Raport OECD dot. Algorytmów, str. 8-9.

832 Raport OECD dot. Algorytmów, str. 11-12.

833 Raport OECD dot. Algorytmów, str. 19, 25.

834 Raport OECD dot. Algorytmów, str. 21-22.

835 Raport OECD dot. Algorytmów, str. 22.

W Raporcie OECD zidentyfikowano nadto konkretne metody wykorzystania algorytmów dla antykonkurencyjnych celów. Po pierwsze, mogą być one wykorzystywane dla monitorowania działań uczestników porozumienia i w razie potrzeby natychmiastowego podjęcia działań odwetowych w formie wojny cenowej<sup>836</sup>. Po drugie, algorytmy mogą być wykorzystywane do zautomatyzowania funkcjonowania porozumienia, czyniąc zbędną potrzebę spotkań czy renegocjacji warunków, które mogłyby zwiększać ryzyko wykrycia. Jako szczególny przypadek Raport OECD wskazał tu na możliwość zlecenia przez przedsiębiorców stworzenia algorytmów temu samemu podmiotowi trzeciemu, czego efektem będzie dysponowanie przez nich co najmniej podobnymi algorytmami bez potrzeby bezpośredniej komunikacji<sup>837</sup>. Po trzecie, wskazano na ryzyko rozwinęcia technik bezkosztowego sygnalizowania zamiaru uzgodnienia działań za pomocą dostrzegalnych tylko dla algorytmów sygnałów (np. szybkich, chwilowych zmian ceny w środku nocy), w odpowiedzi na które algorytm wykorzystywany przez drugiego przedsiębiorcę reagowałby przyjęciem „oferty” i uzgodnieniem ceny<sup>838</sup>. W końcu w Raporcie OECD wskazano na największe wyzwanie dla prawa konkurencji ze strony algorytmów, a mianowicie wykorzystanie techniki uczenia maszynowego, w tym tzw. *deep learning*<sup>839</sup>. Uczenie maszynowe może bowiem pozwolić na osiągnięcie efektów antykonkurencyjnych nawet bez potrzeby intencjonalnego zaprogramowania algorytmów przez ich użytkowników do osiągnięcia takich celów. Istnieje podejrzenie, że mogłyby one w drodze analizy, metodą prób i błędów, dostrzec, że maksymalizacja zysków jest możliwa do osiągnięcia właśnie poprzez kooperację. Takie wykorzystanie uczących się algorytmów byłoby trudne do wykazania, a możliwe, że odbywałoby się nawet poza świadomością samych użytkowników<sup>840</sup>.

Zidentyfikowane w raporcie OECD zagrożenia ze strony wykorzystywania algorytmów dla antykonkurencyjnych celów stały się już także przedmiotem ożywionej dyskusji w kręgach akademickich. Szczególnym zainteresowaniem w piśmiennictwie cieszy się tematyka wykorzystywania algorytmów do osiągania antykonkurencyjnych efektów całkowicie bez potrzeby zawierania porozumienia oraz pytanie o ewentualną potrzebę rewizji prawa konkurencji w sposób, który umożliwi zapobiegania takim sytuacjom. Istnieje bowiem obawa, że obecne instrumenty prawa konkurencji mogą okazać się bezbronne w obliczu antykonkurencyjnych efektów osiąganych przy jednostronnym użyciu algorytmów - pojęcie porozumienia zakłada bowiem zgodną wolę, a wykazanie jej w takim przypadku może okazać się niemożliwe. Pierwszą kompleksową analizę tego zagadnienia przedstawił amerykański profesor prawa Salil K. Mehra<sup>841</sup>, stawiając pytanie badawcze: jak poradzi sobie prawo konkurencji, gdy decyzje podejmowane będą nie przez ludzi, ale przez maszyny - tytułowe *robo-sellers*. Autor

---

836 Raport OECD dot. Algorytmów, str. 26-27.

837 Raport OECD dot. Algorytmów, str. 27-28; opisany w Raporcie szczególny przypadek określony został jako porozumienie w typie kartelu *hub-and-spoke*.

838 Raport OECD dot. Algorytmów, str. 29-31.

839 W Raporcie OECD zostało to zdefiniowane jako podtyp maszynowego uczenia, który pozwala komputerowi na naukę z wykorzystaniem złożonego oprogramowania, które dąży do replikowania działania ludzkich neuronów poprzez stworzenie sztucznej sieci neuronowej, zob. str. 11.

840 Raport OECD dot. Algorytmów, str. 31--32; zob. także szerzej o problemie maszynowego uczenia w kontekście algorytmów i prawa konkurencji: A. Gal, *It's a feature, not a bug: on learning algorithms and what they teach us*, Roundtable on algorithms and collusion, 21-23 June 2017, OECD, dostęp: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)50/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)50/en/pdf)

841 S.K. Mehra, *Antitrust and the "robo-seller": competition in the time of algorithms*, Minnesota Law Review, Vol. 100, Forthcoming; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2015-15, str. 1324, dostęp: <https://ssrn.com/abstract=2576341>



wskazał, że wykorzystanie maszyn (agregatorów danych, algorytmów, programów zdolnych do maszynowego uczenia się) sprawi, że dotychczasowe trudności, na jakie natrafiało prawo konkurencji na rynkach oligopolistycznych, staną się powszechniejsze. Uzyskana dzięki zastosowaniu algorytmów transparentność rynku pozwoli bowiem na utrzymanie cen na poziomie ponadkonkurencyjnym nawet przy braku porozumienia. Przyczynami będą: większa dokładność w wykrywaniu zmian cen, szybkość możliwej odpowiedzi cenowej oraz redukcja czynnika irracjonalnego w działaniach<sup>842</sup>. S.K. Mehra zwrócił też uwagę na fakt, że te same czynniki będą wpływać na stabilność ewentualnego porozumienia: możliwość szybkiego wykrycia odstępstwa będzie redukować potencjalne zyski z niego<sup>843</sup>, wykorzystanie algorytmów i danych pozwoli na uniknięcie błędów w ocenie działań pozostałych (np. mylnego przyjęcia, że spadek popytu wynika z oszukiwania współuczestnika)<sup>844</sup>, a zastąpienie decyzji ludzi automatycznymi decyzjami maszyny pozwoli uniknąć nieracjonalności bądź braku dyscypliny<sup>845</sup>. Mając na uwadze te spostrzeżenia, autor wskazał na nieadekwatność amerykańskiego antytrustu dla zapobieżenia negatywnym efektom rynkowym wynikającym z wykorzystywania *robo-seller* - zastosowanie *Sherman Act* jest bowiem zależne od zaistnienia porozumienia<sup>846</sup>. Autor zwrócił też uwagę na to, że w przypadku wykorzystywania zbierającego dane algorytmu wykazanie zamiaru w sposób wystarczający dla skazania może być utrudnione<sup>847</sup>.

Istotny wkład w uporządkowanie dyskusji nad rolą prawa konkurencji w świecie algorytmów wniosły prace Ariela Ezrachi oraz Maurice'a E. Stucke'a<sup>848</sup>, którzy zidentyfikowali cztery scenariusze wykorzystania technologii dla antykonkurencyjnych celów wymagające pogłębionej analizy, określone jako: *messenger*, *hub & spoke*, *predictable agent* oraz *autonomous machine*<sup>849</sup>. Pierwszy przypadek zakłada wykorzystywanie komputerów jako wsparcia dla implementacji porozumienia zawartego w konwencjonalny sposób. W takim przypadku zastosowanie generalnych reguł prawa konkurencji nie napotykałoby trudności<sup>850</sup>. Druga kategoria obejmuje przypadek stosowania przez licznych użytkowników jednego algorytmu w celu ustalenia ceny bądź reagowania na zmiany na rynku. Twórca algorytmu mógłby wówczas odgrywać

842 S.K. Mehra, *Antitrust and the "robo-seller" ...*, str. 1340.

843 Tamże, str. 1348-1349.

844 Tamże, str. 1349.

845 Tamże, str. 1350-1351.

846 Tamże, str. 1352-1353, 1359.

847 Tamże, str. 1358; Act Shermana jest w Stanach Zjednoczonych egzekwowany na ścieżce prawa karnego.

848 Prace te obejmują następujące publikacje: A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Artificial Intelligence and collusion: when computers inhibit competition*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 18/2015; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2591874>; A. Ezrachi, M. E. Stucke, *How pricing bots could form cartels and make things more expensive*, Harvard Business Review, October 27, 2016 dostęp: <https://hbr.org/2016/10/how-pricing-bots-could-form-cartels-and-make-things-more-expensive>; A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Two artificial neural networks meet in an online hub and change the future (of competition, market dynamics and society)*, (July 1, 2017). Oxford Legal Studies Research Paper No. 24/2017; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 323, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2949434>; A. Ezrachi, M. E. Stucke, *From smoke-filled rooms to computer algorithms - the evolution of collusion*, May 14, 2015, Columbia Law School's Blog on corporations and the capital markets, dostęp: <http://clsbluesky.law.columbia.edu/2015/05/14/from-smoke-filled-rooms-to-computer-algorithms-the-evolution-of-collusion/>; A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Algorithmic collusion: problems and counter-measures, Roundtable on algorithms and collusion*, 21-23 June 2017, OECD, dostęp: <https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282017%2925&docLanguage=En>; A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual Competition - The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press 2016.

849 A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Artificial Intelligence and collusion...*, str. 8.

850 Tamże, str. 10-13.

rolę pośrednika, a kontakty między uczestnikami nie byłyby konieczne. Ocena takiej sytuacji wymagała będzie wejścia w głąb algorytmu, by stwierdzić, czy został on zaprojektowany w sposób zmierzający do wspierania koluzji<sup>851</sup>. Trzeci scenariusz zakłada, że przedsiębiorcy, działając samodzielnie, będą wykorzystywać algorytmy do przewidywania sytuacji rynkowej i determinacji własnych zachowań, co jednak w sytuacji powszechnego stosowania podobnych algorytmów może prowadzić do działań paralelnych - i to bez potrzeby zawierania porozumienia. Antykonkurencyjny efekt będzie tu spowodowany wzrostem transparentności rynku, a nie porozumieniem<sup>852</sup>. Algorytm znacznie szybciej będzie bowiem reagował na wszelkie zmiany rynkowe, w tym obniżki ceny przez konkurentów, w efekcie redukując bodziec do podejmowania tego typu działań<sup>853</sup>. Ostatni scenariusz obejmuje sytuację, w której przedsiębiorcy samodzielnie tworzą algorytmy zmierzające do maksymalizacji ich zysków, działające na zasadzie uczenia maszynowego. Jak przypuszczają autorzy, dążąc do tego celu, uczący się algorytm mógłby samodzielnie uznać za najbardziej optymalną strategię zwiększenia transparentności rynku i świadomego działania paralelnego. Taka sytuacja byłaby trudna, zdaniem autorów, do oceny na gruncie obecnie obowiązującego prawa konkurencji ze względu na brak elementu zamiaru oraz porozumienia, a także działania człowieka<sup>854</sup>.

Zagrożenia dla stanu konkurencji spowodowane upowszechnieniem się stosowania algorytmów skłoniło szerokie grono przedstawicieli nauki i praktyki do rozważań nad optymalną odpowiedzią ze strony prawa konkurencji dla rozwoju narzędzi cyfrowych. Znaczna ich część, choć dostrzega także prokonkurencyjną stronę wykorzystania algorytmów w gospodarce cyfrowej, zdaje się opowiadać za podjęciem przez prawodawców aktywnych kroków, w tym dostosowania przepisów prawa konkurencji lub praktyki do zmieniającej się rzeczywistości rynkowej<sup>855</sup>. Jednym z postulatów jest naturalnie przemyślenie dotychczasowego podejścia do niektórych zagadnień z zakresu teorii prawa konkurencji, jak ocena milczących działań paralelnych, koncepcji porozumienia oraz odpowiedzialności<sup>856</sup>. Z uwagi na brak dotychczas dowodów na wykorzystywanie sztucznej inteligencji w antykonkurencyjnych celach sceptycznie oceniane są z kolei pomysły wprowadzenie regulacji w tym zakresie<sup>857</sup>. W dyskusji pojawiają się także postulaty interwencji państwowej w funkcjonowanie algorytmów na rynku, m.in. poprzez

851 A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Artificial Intelligence and collusion...*, str. 14-16.

852 Tamże, str. 16-17.

853 Tamże, str. 19-20.

854 Tamże, str. 23-24, 25.

855 Zob. w szczególności: A. Ezrachi, M.E. Stucke, przypis 848 powyżej; SK. Mehra, przypis 841 powyżej; A. Copobianco, P. Gonzaga, *Algorithms and competition: friends or foes*, Competition Policy International, dostęp: CPI: <https://www.competitionpolicyinternational.com/algorithms-and-competition-friends-or-foes/>, str. 16; M. S. Gal, *Algorithmic-facilitated coordination: market and legal solutions*, Competition Policy International, dostęp: CPI: <https://www.competitionpolicyinternational.com/algorithmic-facilitated-coordination-market-and-legal-solutions/>; M. Zdzieborska, *Brave new world of "Robot" cartels?*, dostęp: Kluwer Competition Law Blog: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/03/07/brave-new-world-of-robot-cartels/>; M. Mleczo, *Meeting of algorithms: rethinking the current approach to anti-competitive agreements and concerted practices*, Knect365, dostęp: <https://knect365.com/complaw-blog/article/a796c01d-fd9b-45aa-8423-ec6d4bc094da/2meeting-of-algorithms-rethinking-the-current-approach-to-anticompetitive-agreements-and-concerted-practices>; J. Priluck, *When bots collude*, The New Yorker, April 25, 2015, dostęp: <https://www.newyorker.com/business/currency/when-bots-collude>; S. Lawrance, *How can competition authorities react to the antitrust threats of pricing algorithms?*, Kluwer Competition Law Blog, dostęp: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/04/11/how-can-competition-authorities-react-to-the-antitrust-threats-of-pricing-algorithms/?print=pdf>.

856 A. Copobianco, P. Gonzaga, *Algorithms and competition: Friends or foes?*, str. 19.

857 Tamże.

ograniczenie częstotliwości oraz szybkości dozwolonych zmian cen oraz ograniczenie transparentności rynku na korzyść nabywców<sup>858</sup>. Proponuje się także wprowadzenie uprzedniej kontroli algorytmów przed ich implementacją bądź ustanowienie minimalnych wymogów dla algorytmów i zasad *compliance'u*, których przestrzegania byłoby weryfikowane następczo<sup>859</sup>. M.S. Gal zaproponowała z kolei ciekawe rozwiązanie polegające na wykorzystaniu algorytmów także przez konsumentów w taki sposób, by zniwelować asymetrię siły rynkowej pomiędzy nimi a przedsiębiorcami<sup>860</sup>. Z oficjalnych wystąpień Margrethe Vestager można z kolei wnosić, że preferowanym przez Komisję rozwiązaniem byłoby stworzenie wymagań dla algorytmów, które wykluczyłyby osiągnięcie przez nie antykonkurencyjnych efektów.

W dyskusji pojawiają się jednak także ważne głosy wskazujące, że adaptacja prawa konkurencji na potrzeby oceny przypadków wykorzystywania algorytmów w antykonkurencyjnych celach wcale nie jest konieczna. Trafnie wskazuje się bowiem, że wyrazu zgodnej woli określonego zachowania się na rynku można z powodzeniem poszukiwać na etapie przed zastosowaniem algorytmu<sup>861</sup>. Zarówno w przypadku wykorzystywania algorytmu dla optymalizacji porozumienia, jak i w scenariuszu opisanym w Raporcie OECD jako obejmujący sygnalizację za pomocą algorytmu gotowości do nawiązania porozumienia, na początkowym etapie musi wystąpić wola osiągnięcia określonego antykonkurencyjnego celu. Nie jest tu zatem problemem brak adekwatnej regulacji, ale ewentualnie kwestia dowodowa bądź potrzeba dostosowania wcześniejszego orzecznictwa do warunków gospodarki cyfrowej. Generalne zasady prawa konkurencji nie wymagają zatem w tym przypadku głębokiej rewizji. Takie stanowisko zdaje się podzielać Richard Whish, wskazując, że uzgadnianie cen zawsze wymagało maszynierii do monitorowania przestrzegania postanowień, więc obecna sytuacja różni się jedynie o tyle, że dawniej zajmowały się tym związki przedsiębiorców<sup>862</sup>.

Z kolei w odniesieniu do przypadków jednostronnego wykorzystywania algorytmów lub nawet samouczących się maszyn całkowicie trafnie wskazuje się, że przedsiębiorca powinien wówczas odpowiadać za działanie programu, z którego korzysta. Zastępuje ono tu tylko bowiem bardziej konwencjonalne formy spotkań i uzgodnień, a jego zastosowanie powinno być traktowane jako pośredni dowód na uzgodnioną praktykę<sup>863</sup>. Jak się zdaje, stanowisko takie podziela komisarz Vestager, wskazując, że przedsiębiorcy nie mogą liczyć na to, że umkną odpowiedzialności antymonopolowej, chowając się za programami komputerowymi<sup>864</sup>. W moim przekonaniu odpowiedzialność za rynkowe efekty działania algorytmu wydaje się cyfrowym odpowiednikiem odpowiedzialności za działania pracownika<sup>865</sup>. Przedsiębiorca nie może zastaniać się przed zarzutem naruszenia prawa konkurencji, wskazując, że wyniknęło ono z sa-

858 A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures*, Roundtable on algorithms and collusion, 21-23 June 2017, OECD, dostęp: <https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282017%2925&docLanguage=En>.

859 A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Two artificial neural networks...*, str. 20-21.

860 M.S. Gal, *Algorithmic-facilitated coordination...*, str. 4.

861 A. Heinemann, A. Gebicka, *Can computers form cartels? About the need for European institutions to revise the concertation doctrine in the information age*, JECLP, June 2016, str. 10.

862 R. Whish, *Big Data and competition - big deal or no deal*, wywiad, transkrypcja dostępna: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/videos/149169/big-data-and-competition--big-deal-or-no-deal>.

863 A. Heinemann, A. Gebicka, *Can computers form cartels?...*, str. 10.

864 M. Vestager, *Algorithms and competition*, Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin, 16 March 2017.

865 Podobnie: R. Whish, *Big Data and competition - big deal or no deal*, wywiad, zob. przypis 862 powyżej.

mowlonego działania osoby zatrudnionej. Podobnie w sferze algorytmów - przedsiębiorca winien odpowiadać za ich wszelkie działania, dochowując staranności wymaganej od profesjonalnych podmiotów. W piśmiennictwie powszechnie rozważa się nadto traktowanie wykorzystywania algorytmów jako dodatkowego czynnika (ang. *plus factor*<sup>866</sup>), który w razie wykrycia działań paralelnych byłby uznawany za okoliczność przerzucającą na przedsiębiorcę ciężar dowodu, że jego strategię rynkowe nie stanowiły wyniku koluzji<sup>867</sup>. Należy jednak przyznać, że powyższe dotyczy raczej „zawartego” przez algorytmy porozumienia, a nie działania paralelnego będącego efektem dokonywanych przez algorytm obserwacji rynku i agregacji danych. W tym zakresie przemyslenie dotychczasowego stanowiska wobec problemu milczącego działania paralelnego oraz korekta dotychczasowego instrumentarium prawa antymonopolowego mogą okazać się konieczne. Problematyka ta niewątpliwie będzie w niedalekiej przyszłości wymagała intensywnej debaty, gdyż odejście od dotychczasowej praktyki oceny działań paralelnych stanowiłoby zmianę paradygmatu.

Należy tu jeszcze zwrócić uwagę na mniej eksponowany problem, a mianowicie zdolność organów ochrony konkurencji do właściwej oceny funkcjonowania innowacyjnych technologii<sup>868</sup>. Ze względu na specyfikę narzędzi cyfrowych ocena, czy zastosowanie danego algorytmu nastawione było na osiągnięcie antykonkurencyjnego efektu, może być bowiem utrudniona<sup>869</sup>. Pewien przedsmak daje opisana w rozdziale III sprawa Eturas<sup>870</sup>, w której litewski organ ochrony konkurencji natrafił na problem z wykładnią prawa konkurencji w sprawie porozumienia, które realizowane miało być przy wykorzystaniu oprogramowania do sprzedaży *online* wycieczek turystycznych. Zasadniczym problemem w tym przypadku była odpowiedź na pytanie, czy doszło tam w ogóle do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia, gdyż istniały niejasności co do okoliczności zapoznania się przez rzekomych uczestników z „ofertą” porozumienia oraz ewentualnego publicznego zdystansowania się do niej. Wykładnia prawa konkurencji UE wykształcona w warunkach konwencjonalnej działalności gospodarczej wymagała tu głębokiej analizy i pewnego odstępstwa od dotychczas przyjętych standardów interpretacyjnych. Dostrzec przy tym należy, że sprawa dotyczyła przypadku, w którym platforma internetowa służyła jedynie jako narzędzie wspierające tradycyjny kartel, a już jej ocena przysporzyła krajowym i unijnym organom ochrony konkurencji pewnych trudności. Obok problemów z prawem należy mieć zatem na uwadze także trudności po stronie organów ochrony konkurencji wynikające z braku odpowiednich zasobów, wiedzy eksperckiej oraz możliwości nadążenia za szybkim rozwojem technologii. Ten aspekt instytucjonalny może utrudnić egzekwowanie prawa konkurencji w erze algorytmów, prowadząc zarówno do błędów typu pierwszego (*false positive*), jak i drugiego (*false negative*).

---

866 Określenie to pochodzi z amerykańskiego prawa antytrustowego; zob. W. Kovacic i in., *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*, 110 Mich. L. Rev. 393 (2011), dostęp: <http://www.learconference.com/wp-content/uploads/2017/07/kovacic-et-al-plus-factors.pdf>.

867 A. Copobianco, P. Gonzaga, *Algorithms and competition: friends or foes*, str. 19; M.S. Gal, *Algorithmic-facilitated coordination...*, str. 6; sceptycznie: S. K. Mehra, *Antitrust and the “robo-seller”...*, str. 1360.

868 Wątpliwości odnośnie do zdolności oceny działań przedsiębiorców w erze nowej ekonomii wyrażał już wspomniany na wstępie R.A. Posner, *Antitrust in the new economy...*, str. 1; zob. także M. S. Gal, *Algorithmic-facilitated coordination...*, str. 6, która postuluje utworzenie *algorithmic police* lub zatrudnienie ekspertów w celu wykrywania porozumień algorytmicznych.

869 A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Two artificial neural networks...*, str. 20-23.

870 Zob. rozdział III, pkt. 3.4.5.

Dalej należy zauważyć, że analizowane tu zagadnienie nie pozostaje bynajmniej tylko sferą dyskusji akademickich. Wykorzystywanie algorytmów do kształtowania cen stało się już przedmiotem kilku postępowań. W pierwszym, prowadzonym przez amerykańskie organy ochrony konkurencji, przedmiotem oceny było porozumienie cenowe na rynku plakatów oferowanych do zakupu poprzez platformę sprzedażową Amazon Marketplace. Przedsiębiorca David Topkins przyznał się w toku postępowania do tego, że napisał kod, który instruował algorytm cenowy do koordynacji cen plakatów oferowanych przez niego oraz innych uczestników porozumienia w taki sposób, by odpowiadały one ich uzgodnieniom<sup>871</sup>. Łudząco podobną sprawą miał okazję zajmować się także brytyjski organ ochrony konkurencji - Competition and Markets Authority. Przedsiębiorca Trod Limited z siedzibą w Birmingham oraz GB eye Limited z Sheffield, oferujący na platformie Amazon UK plakaty i pokrewne towary z wizerunkami sportowców i celebrytów, zawarli porozumienie cenowe, które implementowane było przy użyciu odpowiednio skonfigurowanego oprogramowania do automatycznego ustalania cen. Pierwszy z przedsiębiorców został ukarany grzywną w wysokości 163 371 funtów, podczas gdy GB eye Limited skorzystał z programu Leniency<sup>872</sup>. Ze względu na realizację sprzedaży także do Stanów Zjednoczonych współwłaściciel Trod Limited i zarazem jego dyrektor Daniel Aston został także oskarżony o zмовę cenową przez amerykański Department of Justice<sup>873</sup>.

Przyznać trzeba, że w obydwu wspomnianych powyżej przypadkach zмовы cenowej algorytm stanowił jedynie narzędzie wspierające tradycyjne porozumienie. Pozwolił on na automatyczną implementację uzgodnień poczynionych w sposób konwencjonalny. Należy jednak dostrzec, że ujawnił się tu negatywny potencjał, jaki drzemie w wykorzystaniu algorytmów do osiągnięcia antykonkurencyjnych celów. Wraz z rozwojem technologii cyfrowych można się spodziewać optymalizacji i zwiększenia częstotliwości wykorzystywania ich dla zakazanych praktyk godzących w konkurencję.

Innym, mniej jednoznacznym w kontekście prawa konkurencji przykładem wykorzystania algorytmu do kształtowania ceny jest dyskutowany w literaturze przypadek aplikacji UBER, służącej do pośredniczenia pomiędzy kierowcami świadczącymi usługi przewozu osobowego a klientami poszukującymi transportu<sup>874</sup>. Wykorzystujący ją kierowcy, będący niezależnymi przedsiębiorcami, nie mają wpływu na cenę, którą użytkownicy płacą za usługę, gdyż dyktowana jest ona przez algorytm biorący pod uwagę zbierane w czasie rzeczywistym dane, takie jak: aktualny popyt, podaż oraz

871 Zob. Department of Justice, Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution, April 6, 2015, dostęp: <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>; United States District Court Northern District of California San Francisco Division, U.S. v David Topkins, Plea Agreement, dostęp: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/628891/download>; zob. pełną analizę przypadku: S. K. Mehra, *US v. Topkins: can price fixing be based on algorithms?*, JECLP 2016, vol. 7, no. 7, str. 470.

872 Decyzja CMA z dnia 12.08.2016 r. w sprawie Online sale of posters and frames, case 50223, dostęp: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-sales-of-discretionary-consumer-products>; zob. także CMA Press Release: Online seller admits breaking competition law, 21.07.2016 r., dostęp: <https://www.gov.uk/government/news/online-seller-admits-breaking-competition-law>.

873 United States District Court Northern District of California San Francisco Division, U.S. v Daniel William Aston and Trod Limited, d/b/a Buy 4 Less, d/b/a Buy For Less, d/b/a Buy-For-Less-Online, dostęp: <https://www.justice.gov/atr/file/887196/download>.

874 Ocena w kontekście prawa konkurencji funkcjonowania aplikacji UBER była przedmiotem moich wcześniejszych badań, prowadzonych wspólnie z M. Toroniem, których wyniki przedstawiliśmy w publikacji pt. *Aplikacja UBER lub jak ująć sharing economy w istniejące ramy prawne?*, IKAR 5(6), 2017, str. 9, dostęp: <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/44/08.pdf>; zob. także wskazaną tam literaturę.



inne relewantne czynniki, jak np. pora dnia czy jego świąteczny charakter. Wątpliwości odnośnie do pytania, czy stosowanie tzw. *surge pricing* w okresach szczególnego popytu nie stanowi horyzontalnej zмовы cenowej naruszającej prawo konkurencji, skłoniły pewnego amerykańskiego konsumenta do wytoczenia ówczesnemu prezesowi spółki UBER oraz samej spółce prywatnego powództwa. Sprawa została jednak skierowana na drogę arbitrażu i brak jest oficjalnych doniesień o jej dalszym toku<sup>875</sup>.

Choć samouczące się maszyny angażujące się w kartel wydają się ciągle jeszcze stanowić sferę specyficznego *science fiction*<sup>876</sup>, to perspektywa rozwoju także takich technologii okazuje się wcale nie tak odległa. W Raporcie OECD (str. 10) opisany został eksperyment przeprowadzony przez dwóch naukowców z Carnegie Mellon University, który sugeruje, że upowszechnienie się uczących się maszyn może w niedalekiej przyszłości stać się faktem. Wspomniani naukowcy stworzyli mianowicie program zdolny do uczenia maszynowego o nazwie Libratus i zaangażowali go w turniej pewnej odmiany pokera. Co istotne, w początkowej fazie dysponował on jedynie podstawowymi informacjami na temat zasad gry. Z czasem jednak, analizując dane z kolejnych gier, optymalizował swoje działania i strategie, ostatecznie kończąc grę ze znacznym zyskiem i lepszym wynikiem od pozostałych graczy. Skoro maszyna była w stanie w krótkim czasie nauczyć się reguł gry karcianej i w dodatku osiągnąć lepsze warunki od profesjonalnych graczy, to można racjonalnie przyjąć, że byłaby ona także zdolna do pojęcia reguł gry rynkowej. Pytanie tylko, czy dążąc do optymalnych wyników dla danego przedsiębiorcy, nie doszłaby przypadkiem do konstatacji, że najkorzystniejszym rozwiązaniem będzie koordynacja zachowań z pozostałymi uczestnikami obrotu na danym rynku.

Mając na uwadze pokrótce zarysowany tu problem, przejdę teraz do analizy możliwości zastosowania przeanalizowanej w poprzednich rozdziałach koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu jako środka pozwalającego na przeciwstawienie się wykorzystywaniu algorytmów do antykonkurencyjnych celów. Mam pełną świadomość tego, że zaproponowane przeze mnie podejście nie pozwoli na rozwiązanie wszystkich problemów wynikających z zastosowania przez przedsiębiorców technologii cyfrowych do działań sprzecznych z regułami konkurencji. Nie jest to jednak celem niniejszej pracy. Poniżej rozważam natomiast, na ile możliwe byłoby odwołanie się przez unijne organy ochrony konkurencji do przeanalizowanej powyżej koncepcji odpowiedzialności pomocnika.

## 5.2. Zastosowanie koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu wobec podmiotów dostarczających narzędzi cyfrowych

### 5.2.1. Pomocnictwo poprzez dostarczenie narzędzia

W naukach prawnych pod pojęciem pomocnictwa rozumiane jest nie tylko wsparcie działaniem bądź zaniechaniem, ale także dostarczenie sprawcy narzędzia, które po-

875 Dlaczego stosowania jednolitych cen przez kierowców UBERa nie należy traktować jako porozumienia ograniczającego konkurencję, wyjaśniłam w artykule napisanym wspólnie z M. Toroniem, pt. *Aplikacja UBER lub jak ująć sharing economy w istniejące ramy prawne?*, IKAR 5(6), 2017, str. 9, dostęp: <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/44/08.pdf>; na trudność w ocenie antytrustowych implikacji działania aplikacji UBER wskazuje z kolei S.K. Mehra, *US v. Topkins: can price fixing be based on algorithms?*, JECLP 2016, vol. 7, no. 7, str. 473-474.

876 M. Vestager, *Algorithms and competition*, Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin, 16 March 2017.

zwoli mu bądź ułatwi realizację danego czynu zabronionego. Można więc racjonalnie założyć, że także w sprawach z zakresu prawa konkurencji dostarczenie członkom kartelu narzędzia może być postrzegane jako działanie uzasadniające odpowiedzialność antymonopolową. Choć dotychczasowe doświadczenia Komisji nie obejmują takiego przypadku, można sobie łatwo wyobrazić przeniesienie toku argumentacji zastosowanej w przeanalizowanych powyżej sprawach dotyczących pomocników kartelu na sytuację, w której pomocnik nie tyle czuwa nad funkcjonowaniem niedozwolonego porozumienia, co dostarcza jego uczestnikom niezbędnych instrumentów, z których korzystają oni już samodzielnie. Nieodparcie nasuwa się tu przykład oprogramowania, kodu źródłowego lub odpowiednio zaprojektowanego algorytmu. Do pewnego stopnia jest zaskakujące, że pytanie o odpowiedzialność twórców algorytmów za naruszenie konkurencji, choć sygnalizowane w literaturze<sup>877</sup>, nie zostało wedle mojej wiedzy dotąd szerzej przeanalizowane w tym kontekście. Można przypuszczać, że pozostaje jedynie kwestią czasu, gdy unijne organy ochrony konkurencji wypracowaną przez siebie koncepcję odpowiedzialności pomocnika zastosują wobec przedsiębiorcy, wobec którego dowiedzione zostanie świadome przyczynienie się do realizacji antykonkurencyjnych celów poprzez dostarczenie uczestnikom kartelu skrojonego dla nich narzędzia cyfrowego.

Koncepcja odpowiedzialności pomocnika kartelu zakłada, że odpowiedzialność antymonopolowa może zostać mu przypisana, gdy zostanie wykazane, że zamierzał on własnym działaniem przyczynić się do realizacji wspólnych antykonkurencyjnych celów, a nadto wiedział o planowanych lub podejmowanych działaniach pozostałych uczestników porozumienia lub mógł je racjonalnie przewidzieć i się na to godził. Poniżej przeanalizuję, w jakich przypadkach powyższe przesłanki odpowiedzialności mogłyby zostać spełnione. Uwzględnię przy tym także postulowaną przeze mnie dodatkową przesłankę odpowiedzialności, mianowicie odczuwalność przyczynienia się. Zaprezentowane tu rozważania stanowią przykład zastosowania koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu w kształcie wypracowanym przez unijne organy ochrony konkurencji. Poniższa analiza nie podważa jednak wcześniej zaprezentowanego przeze mnie stanowiska o braku właściwej podstawy prawnej dla przypisywania na gruncie unijnego prawa konkurencji odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu. Mając jednak na uwadze, że koncepcja ta została zaakceptowana przez TSUE, należy przyjąć, że będzie ona wykorzystywana w praktyce Komisji pomimo jej zidentyfikowanych deficytów. Stąd można rozważyć jej przydatność do oceny przypadków, z którymi z dużym prawdopodobieństwem Komisja będzie musiała się w przyszłości zmierzyć.

### 5.2.2. Przesłanka przyczynienia się

Na wstępie wyjaśnienia wymaga fakt, że ocenie poddawana jest tu sytuacja, w której potencjalni uczestnicy porozumienia korzystają z pomocy podmiotu trzeciego, niezaangażowanego w działalność na rynku, którego ma dotyczyć porozumienie, a który dostarcza im określonego narzędzia cyfrowego. W przypadku, w którym uczestnik porozumienia sam stworzyłby algorytm bądź zaprogramował go w taki sposób, by implementował on antykonkurencyjne porozumienie, zbędne byłoby rozważanie odpowiedzialności pomocnika. Taką sytuacją miały już się okazać zajmować brytyjskie i amerykańskie organy ochrony konkurencji, co zostało omówione w podrozdziale 5.1.

<sup>877</sup> Na przykład: A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Artificial Intelligence and collusion...*, str. 3.

Pierwszym elementem wymagającym rozważenia w przyjętym scenariuszu jest pytanie, czy poprzez stworzenie i dostarczenie programu komputerowego, kodu bądź algorytmu przedsiębiorca może przyczynić się do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu. Nie trudno dostrzec, że tego typu narzędzia mogą być z pożytkiem wykorzystywane przez uczestników zakazanego porozumienia do osiągnięcia oczekiwanych przez nich efektów. Na przykład można tu wymienić zastosowanie algorytmów dla monitoringu przestrzegania uzgodnień i ewentualnych od nich odstępstw, automatyzacji koordynacji cen oraz szybkich reakcji na działania innych uczestników porozumienia. Takie narzędzia mogłyby zastąpić fizyczny udział pomocnika kartelu. Bez wątpienia narzędzia cyfrowe mogłyby posłużyć także nawiązaniu porozumienia w dyskretny sposób. Jako przykład można przywołać stan faktyczny w omówionej w rozdziale III sprawie Eturas, w przypadku której narzędziem, które posłużyło do nawiązania i implementacji antykonkurencyjnej praktyki w zakresie uzgodnienia maksymalnej stawki rabatu, była platforma służąca sprzedaży wycieczek. Trzeba zauważyć, że administrator platformy, który sam nie oferował wycieczek, został uznany w tej sprawie przez litewski organ ochrony konkurencji za odpowiedzialnego udziału w antykonkurencyjnym porozumieniu. Takie przypadki wykorzystania przez uczestników narzędzia cyfrowego dostarczonego przez podmiot trzeci można by uznać za formy przyczynienia się do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu. Kwalifikacja ta nie przesądza jednak jeszcze o odpowiedzialności antymonopolowej, która wymaga rozważenia kwestii subiektywnej, tj. zaistnienia zamiaru przyczynienia się, oraz wiedzy o działaniach pozostałych uczestników porozumienia bądź możliwości ich przewidzenia, o czym szerzej poniżej. Tu natomiast należy jeszcze poruszyć inną kwestię wymagającą analizy, a więc postawić pytanie o odczuwalność przyczynienia się pomocnika poprzez zaoferowanie uczestnikom porozumienia odpowiedniego narzędzia. Naturalnie każdy przypadek musiałby być oceniany indywidualnie. Jak się jednak zdaje, powiązanie pomiędzy rozważanymi tu narzędziami cyfrowymi a prowadzoną przez przedsiębiorców działalnością i stanem konkurencji może być na tyle bliskie, że organom ochrony konkurencji nie trudno byłoby wykazać, że zaoferowanie ich uczestnikom porozumienia przyczyniło się do realizacji antykonkurencyjnego planu w sposób odczuwalny. Taka sytuacja miałaby z pewnością miejsce, gdyby zaoferowane przedsiębiorcom narzędzie było skrojone „na miarę”, tj. zostało zaprogramowane z myślą o wykorzystaniu przez konkretnego przedsiębiorcę do wpłynięcia na stan konkurencji. Większe trudności pojawiłyby się z kolei w przypadku zaoferowania przedsiębiorcom narzędzia, które, obiektywnie oceniając, służy generalnie celom neutralnym z punktu widzenia prawa konkurencji, jak np. aplikacja do komunikacji czy platforma pośrednicząca w handlu *online*. W takich przypadkach ocena musiałaby być dokonana *ad casum*, z uwzględnieniem powiązania pomiędzy zastosowaniem określonego narzędzia a ograniczeniem konkurencji. Większego znaczenia nabrałaby wówczas także kwestia zamiaru po stronie rzekomego pomocnika kartelu.

### 5.2.3. Przesłanki subiektywne

Subiektywne elementy koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu obejmują zamiar przyczynienia się do wspólnego celu oraz wiedzę o działaniach pozostałych uczestników porozumienia w dążeniu do tegoż celu, względnie możliwość przewidzenia tych działań i gotowość na przyjęcie związanego z tym ryzyka. Problem zamiaru

przyczynienia się wydaje się kluczowy dla rozstrzygnięcia, czy danego przedsiębiorcę dostarczającego narzędzia cyfrowego dla kartelu można by uznać za pomocnika. Należy bowiem zauważyć, że algorytmy i inne narzędzia cyfrowe mogą służyć tak anty-, jak i prokonkurencyjnym celom. Nawet algorytm służący do obserwacji i dostosowywania jednostronnie cen może być pomyślany jako neutralny z punktu widzenia prawa konkurencji, a dopiero późniejsze działania, niezależne od wiedzy i woli przedsiębiorcy, który go stworzył, mogą uczynić go narzędziem realizacji niedozwolonej praktyki. Organy winny zatem każdorazowo badać nie tylko to, czy dany algorytm umożliwia bądź ułatwia funkcjonowanie porozumienia, ale także to, czy oferujący go przedsiębiorca, dostarczając takiego narzędzia, zamierzał swoim działaniem doprowadzić do antykonkurencyjnego efektu. Nawet jeżeli dane narzędzie, obiektywnie oceniając, pozwala na optymalizację funkcjonowania zmonopolizowanego rynku, nie można z tego jeszcze w moim przekonaniu wnosić, że jego twórca zamierzał przyczynić się do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu.

Działania organów w takim przypadku winno w istocie sprowadzać się do wykazania wiedzy po stronie rzekomego pomocnika, że stworzone przez niego narzędzie, czy to algorytm, czy to aplikacja, czy to platforma, będzie wykorzystywane do celów sprzecznych z regułami konkurencji. Ujawnia się tu powiązanie z drugą przesłanką subiektywną. Z przeanalizowanego w rozdziale III materiału badawczego wynika jednak, że zamiar jest oceniany na podstawie obiektywnie zaistniałego zachowania danego przedsiębiorcy, co niestety pozostawia organom znaczny zakres swobody w ocenie sytuacji. Można się więc obawiać, że nazbyt chętnie będą one wywodzić zamiar przyczynienia się do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu z samego faktu dostarczenia przedsiębiorcy narzędzia, choć potencjalnie zdolnego do wpływania na stan konkurencji. Jeżeli taka tendencja faktycznie by się ujawniła, niosłoby to ze sobą ryzyko utrudnienia rozwoju nowych technologii oraz utraty wynikających z nich korzyści dla konsumentów. Twórcy innowacyjnych narzędzi cyfrowych mogliby bowiem się obawiać, że zostaną one wykorzystane wbrew ich woli do celów sprzecznych z regułami konkurencji, co ściągnie na nich odpowiedzialność jako pomocników kartelu, pomimo iż faktycznie, dostarczając określonego narzędzia, nie mieli oni zamiaru przyczynienia się do żadnych antykonkurencyjnych praktyk. Trudności we właściwej ocenie zaistnienia zamiaru po stronie rzekomego pomocnika mogłyby się ujawnić w szczególności w przypadku przedsiębiorców, którzy dostarczaliby algorytmów zdolnych do samodzielnego uczenia się. Organy stanęłyby wówczas przed problemem oceny, czy nie zapobiegając rozwojowi funkcjonowania algorytmu w kierunku preferowania działań sprzecznych z regułami konkurencji, przedsiębiorca zamierzał przyczynić się do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu. Mając na uwadze potrzebę tworzenia warunków rynkowych sprzyjających rozwojowi innowacyjnych rozwiązań, należałoby postulować powściągliwość organów w ocenie wspomnianych tu przypadków i stosowanie podwyższonego standardu dowodu okoliczności zaistnienia zamiaru przyczynienia się do wspólnego celu przez rzekomego pomocnika kartelu.

Aby przedsiębiorca dostarczający kartelowi narzędzia cyfrowego mógł odpowiadać za przyczynienie się do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu, musi zostać jeszcze wykazane, że dysponował on pozytywną wiedzą o podejmowanych bądź planowanych działaniach uczestników porozumienia bądź mógł racjonalnie je przewidzieć i gotów był na przyjęcie związanego z tym ryzyka. Organy ochrony konkurencji nie powinny natrafić na trudności w wykazaniu tej przesłanki w przypadku, gdy podmiot trzeci

tworzyłby narzędzie cyfrowe „na miarę”, uwzględniając preferencje i informacje od uczestników porozumienia co do tego, jakie miałyby ono mieć funkcje lub do osiągnięcia jakiego celu miałyby służyć. Trudno byłoby wówczas twierdzić, że twórca narzędzia nie wiedział o planowanych działaniach uczestników porozumienia. Wątpliwości mogą pojawić się natomiast w sytuacji, gdy stworzone narzędzie będzie równocześnie zdolne do osiągania efektów antykonkurencyjnych, jak i zgodnych z regułami konkurencji, a o jego sposobie wykorzystania będą ostatecznie decydować uczestnicy ewentualnego porozumienia. W takim przypadku nie można z obiektywnie zaistniałego stanu faktycznego w prosty sposób wnioskować o wiedzy twórcy narzędzia o planach uczestników. Wiele będzie tu zależało od dowodów, jakie uda się organom zdobyć. W razie dotarcia np. do inkryminującej korespondencji e-mailowej bądź przedstawienia przez jednego z uczestników wyjaśnień we wniosku o Leniency, twórca pozornie neutralnego narzędzia może się jednak okazać pomocnikiem kartelu. Alternatywnie organy ochrony konkurencji UE mogłyby rozważać nadto, na ile taki przedsiębiorca mógł racjonalnie przewidzieć, w jaki sposób wykorzystany zostanie jego algorytm. Aktualność zachowują tu wcześniej poczynione generalne spostrzeżenia - organy powinny z wielką ostrożnością odwoływać się do tej przesłanki, najlepiej tylko w sytuacji, gdy możliwość przewidzenia antykonkurencyjnych działań przedsiębiorców była nie tylko racjonalnie, ale rzeczywiście w sposób prosty przewidywalna. W odmiennym wypadku nazbyt swobodne podejście może doprowadzić do spowolnienia rozpowszechniania się innowacji, także tych pozytywnie wpływających na rynek.

Podsumowując powyższe, stwierdzam, że wypracowana przez unijne organy ochrony konkurencji koncepcja odpowiedzialności pomocnika kartelu mogłaby posłużyć także dla przypisania odpowiedzialności antymonopolowej przedsiębiorcy, który dostarcza uczestnikom porozumienia narzędzia pozwalające na zawarcie lub implementację zakazanego porozumienia. Egzekwowanie polityki konkurencji w tym zakresie wiązałoby się jednak z ryzykiem, że nazbyt surowe podejście organów do oceny konkretnych przypadków wywoła negatywne efekty dla gospodarki na rynku wewnętrznym. Rozpowszechnianie się nowych technologii może zostać mianowicie spowolnione, jeżeli przedsiębiorcy będący ich twórcami musieli by się obawiać, że dostarczenie przez nich określonego narzędzia cyfrowego będzie mogło spowodować na nich odpowiedzialność antymonopolową.

### 5.3. Rozwiązanie problemu jednostronnego wykorzystywania algorytmów?

Koncepcja odpowiedzialności pomocnika kartelu mogłaby w moim przekonaniu zostać także rozważona w kontekście innego scenariusza wykorzystania narzędzi cyfrowych, którego zaistnienia obawiają się organy antymonopolowe i który jest żywo dyskutowany w piśmiennictwie. Chodzi o osiąganie przez przedsiębiorców za pomocą algorytmów antykonkurencyjnych efektów rynkowych pomimo braku faktycznie zawartego porozumienia. Poniższe rozważania będą miały charakter eksperymentu myślowego oraz równocześnie pewnej prowokacji, pozwalającej na dostrzeżenie, dokąd może prowadzić konsekwentne stosowanie przyjętej przez unijne organy praktyki ekstensywnej wykładni pojęcia porozumienia.

W raporcie OECD zidentyfikowany został scenariusz upowszechnienia się stosowania przez przedsiębiorców działających samodzielnie algorytmów monitorujących za-



chowania rynkowe konkurentów w czasie rzeczywistym, czego efektem miałyby być osiągnięcie wysokiego poziomu transparentności rynku, podobnego do występującego na rynkach oligopolistycznych. W efekcie przedsiębiorcy byłiby zdolni do podtrzymywania cen na poziomie wyższym niż konkurencyjny bez potrzeby zawierania porozumienia. Algorytmy pozwalałyby im bowiem na natychmiastowe poznanie działań konkurentów i reakcję uprzedzającą ewentualne osiągnięcie zysków z takiego działania, co usuwałoby bodziec do wprowadzania obniżek. Taka sytuacja byłaby problematyczna, gdyż niezależne działania paralelne pozostają na gruncie obecnie obowiązującego prawa dozwolone. Każdy przedsiębiorca może indywidualnie kształtować swoje zachowania rynkowe także poprzez dostosowywanie ich do zaobserwowanych działań innych uczestników obrotu. Dozwolony charakter takich działań paralelnych został wielokrotnie potwierdzony przez TSUE<sup>878</sup>. W konwencjonalnych warunkach dostosowanie własnej strategii do działań innego podmiotu zajmuje jednak trochę czasu, więc ujednolicenie następuje zazwyczaj dopiero z pewnym opóźnieniem. Wykorzystanie algorytmów zmienia jednak ten stan rzeczy, dając przedsiębiorcom możliwość natychmiastowego reagowania na działania konkurentów, co czyni realnym zagrożenie dla konkurencji.

Podstawowy problem, jaki napotykać mają organy ochrony konkurencji w obliczu zarysowanego tu scenariusza, to brak elementu porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, który pozwoliłby na przypisanie im odpowiedzialności antymonopolowej i zakazanie ich antykonkurencyjnej praktyki. Działania jednostronne przedsiębiorcy nie są wszak na gruncie prawa konkurencji zabronione, chyba że stanowią przejaw nadużywania pozycji dominującej. Można się tu jednak zastanowić nad tym, czy przeanalizowana powyżej koncepcja odpowiedzialności pomocnika nie miałaby potencjału jako rozwiązanie tego problemu. W sytuacji gdy narzędzia (np. algorytmu) dla jednostronnej realizacji antykonkurencyjnego planu dostarcza inny podmiot niż ten, który plan faktycznie implementuje, pojawia się w scenariuszu dwoje przedsiębiorców - dążący do jednostronnego ograniczenia konkurencji oraz jego pomocnik. Pytanie brzmi zatem, na ile dopuszczalne byłoby w takiej sytuacji przyjęcie istnienia porozumienia nie pomiędzy dwoma przedsiębiorcami działającymi na jednym rynku, ale pomiędzy przedsiębiorcą stosującym algorytm przynoszący negatywne skutki dla konkurencji a jego twórcą - pomocnikiem. Można by wówczas przyjąć, że mamy do czynienia z dwoma podmiotami, które współdziałają, dążąc do osiągnięcia określonego antykonkurencyjnego celu. Skoro organy ochrony konkurencji uznają już obecnie, że pomocnik jest bezpośrednim uczestnikiem porozumienia, to także w takim przypadku powinny konsekwentnie przyjąć, że spełniony jest warunek zaistnienia zgodnej woli określonego zachowania się na rynku przez dwóch niezależnych przedsiębiorców. Przypisanie odpowiedzialności zależałoby zatem wyłącznie od wykazania, że pomocnik w analizowanym stanie faktycznym zamierzał przyczynić się do osiągnięcia wspólnego z drugim przedsiębiorcą celu i wiedział o jego działaniach w dążeniu do jego osiągnięcia.

Przedstawiony tu scenariusz z jednej strony może być poczytywany jako nowatorskie rozwiązanie dla diskutowanego aktualnie problemu oceny na gruncie obowiązujących przepisów jednostronnych praktyk antykonkurencyjnych wspomaganych przez narzę-

<sup>878</sup> Zob. na przykład: wyrok Sądu z dnia 8.07.2008 r. w sprawie T-53/03, BPB plc, nb. 143; wyrok Trybunału z dnia 31.03.1993 r. w sprawach połączonych C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 oraz C-129/85, A. Ahlström Osakeyhtiö i inni, nb. 71; wyrok Trybunału z dnia 6.12.1995 r. w sprawach połączonych 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 i 114/73, Suiker Unie, nb. 173-174.

dzia cyfrowe. Zaproponowane podejście pozwala bowiem na uniknięcie problemu braku elementu porozumienia w sytuacji, gdy efekty rynkowe są tożsame z uzyskiwanymi w wyniku działania kartelu. Z drugiej strony powyższe rozważania pokazują, jak niebezpieczne może okazać się konsekwentne podążanie ścieżką wyznaczoną przez organy ochrony konkurencji UE w zakresie interpretacji pojęcia porozumienia. Zbyt szeroka i abstrakcyjna wykładnia przesłanki porozumienia z art. 101 TFUE, zgodnie z którą odpowiedzialność za delikt antymonopolowy może ponosić każdy przedsiębiorca w dowolny sposób przyczyniający się do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu bez względu na jego powiązanie z danym rynkiem, może mianowicie prowadzić do efektów sprzecznych z podstawowymi instynktami prawniczymi. Wynikająca z tego niepewność prawa może z kolei negatywnie oddziaływać na rozwój gospodarczy na rynku wewnętrznym.

#### 5.4. Podsumowanie

Algorytmiczne porozumienia w ich najróżniejszych odstonach z pewnością będą stanowić w najbliższych latach wyzwanie dla prawodawców i organów ochrony konkurencji. Należy pozytywnie ocenić fakt, że związane z wykorzystaniem narzędzi cyfrowych trudności dla egzekwowania prawa konkurencji zostały już dostrzeżone i stały się przedmiotem żywej debaty, w której uczestniczą: praktycy, środowiska akademickie oraz przedstawiciele organów ochrony konkurencji. Dotychczasowe instrumenty prawa konkurencji, z zastrzeżeniem pewnych drobnych deficytów w zakresie praktyki ich stosowania, wydają się wystarczające w przypadku wykorzystywania przez przedsiębiorców algorytmów czy platform dla implementacji tradycyjnie rozumianych antykonkurencyjnych porozumień. Nie można jednak wykluczyć, że zidentyfikowane w literaturze niepokojące scenariusze w zakresie rozpowszechnienia się algorytmów w dużej mierze samodzielnie podejmujących decyzje co do właściwej strategii rynkowej, staną się w niedalekiej przyszłości realnym zagrożeniem dla optymalnego funkcjonowania rynku i kolejnym wyzwaniem dla regulatorów.

Analiza przydatności koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu do zapobiegania pewnym rodzajom wykorzystywania narzędzi cyfrowych przez przedsiębiorców działających w porozumieniu wykazała, że jej szerokie ramy pozwalają na zastosowanie także w przypadku pomocy kartelowi poprzez dostarczenie mu narzędzia służącego osiągnięciu antykonkurencyjnego celu. Jeżeli tylko przedsiębiorca ma świadomość, do jakich celów wykorzystane zostanie dostarczone przez niego narzędzie, to zgodnie z wypracowaną przez unijne organy ochrony konkurencji metodyką wykładni art. 101 TFUE winien odpowiadać za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu. Mając na uwadze potrzebę promowania innowacji oraz tworzenia atmosfery sprzyjającej upowszechnianiu nowych technologii, należałoby jednak postulować powściągliwość organów w przypisywaniu odpowiedzialności twórcom narzędzi cyfrowych. W szczególności powinny one dogłębnie badać, na ile dany przedsiębiorca miał wiedzę o tym, że swoim działaniem wspiera szerszą antykonkurencyjną praktykę, a do przesłanki alternatywnej, tj. możliwości racjonalnego przewidzenia działań innych przedsiębiorców zaangażowanych w dane działania, odwoływać się jedynie w sytuacjach wyjątkowych.

## Rozdział VI.

### Podsumowanie, wnioski i postulaty

Przeprowadzona w rozprawie analiza koncepcji odpowiedzialności pomocnika za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu wymaga podsumowania. Będzie ono zmierzało nie tylko do podkreślenia najistotniejszych spostrzeżeń i wniosków, ale także do przedstawienia bardziej zgeneralizowanego spojrzenia na zagadnienie rozciągania odpowiedzialności antymonopolowej na zachowania, których możliwość ściągania na gruncie prawa konkurencji nie nasuwa się ze szczególną intensywnością. Odniosę się tutaj także do sformułowanych na wstępie hipotez badawczych.

Pierwszym spostrzeżeniem, które należy poczynić w świetle powyżej zaprezentowanej analizy, jest deficyt podstawy prawnej dla przypisania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu. Rozpoczynając analizę problemu, postawiłam pomocnicze pytanie: czy pomocnik kartelu może być w ogóle adresatem zakazu zawartego w art. 101 TFUE? Przeprowadzona powyżej analiza sugeruje, że odpowiedź na to pytanie winna być negatywna. W moim przekonaniu, pomimo zasadniczo niekwestionowanej naganności działań pomocnika kartelu, nie ma możliwości na gruncie obecnie obowiązujących przepisów unijnego prawa konkurencji przypisania takiemu przedsiębiorcy odpowiedzialności za udział w niedozwolonym porozumieniu. Art. 101 TFUE nie przewiduje odpowiedzialności za inne formy naruszenia niż bezpośredni udział w porozumieniu. Nie ma też innego przepisu, który wskazywałby, że deliktu prawa konkurencji UE może się dopuścić także podmiot działający jako pomocnik czy podlegacz. Jak słusznie natomiast wskazano w literaturze, koncepcja unitarna sprawstwa, choć obecna w porządkach prawnych niektórych państw członkowskich, opiera się każdorazowo na wyraźnej podstawie prawnej. Forma sprawstwa nie może być przy tym utożsamiana z formą udziału w porozumieniu. Należy jeszcze zauważyć, że wykorzystywana w sprawach pomocników koncepcja jednolitego i ciągłego naruszenia nie może być poczytywana jako podstawa prawna do przypisania pomocnikowi odpowiedzialności antymonopolowej, gdyż także ta koncepcja jest tworem czysto orzeczniczym. Uzasadnienia dla karania pomocników kartelu nie można też szukać w paraleli do sytuacji biernego uczestnika porozumienia. Jak wykazałam powyżej, próbę zbudowania przez organy ochrony konkurencji takiej paraleli uznać trzeba za nieudaną. Wprawdzie na pierwszy rzut oka są to podobne przypadki - przedsiębiorcy nie podejmują działań stanowiących realizację znamion deliktu - to jednak głębsza analiza prowadzi do wniosku, że bierny uczestnik swoją postawą w istocie realnie wspiera kartel, akceptując jego funkcjonowanie w sferze gospodarczej, na którą w odmiennym wypadku - w przeciwieństwie do pomocnika kartelu - mógłby mieć własnym działaniem bezpośredni wpływ. W moim więc przekonaniu przedstawione przez organy ochrony konkurencji UE uzasadnienie dla twierdzenia, że na gruncie prawa konkurencji UE obowiązuje zasada unitarna sprawstwa, nie było ani przekonujące, ani wystarczające. W sytuacji, w której rozstrzygana jest tak kontrowersyjna kwestia, pozostająca bez precedensu sądowego, można było oczekiwać od Sądu i TSUE pogłębionej analizy, uwzględniającej w szerszym stopniu inne wartości niż tylko efektywność egzekwowania prawa konkurencji.

Uważam nadto, że wadliwe było posłużenie się przez organy ochrony konkurencji UE szeroką wykładnią przesłanki porozumienia w celu objęcia zakresem zastosowania zakazu porozumień także pomocników kartelu. Po pierwsze, w świetle grożących za popełnienie deliktu antymonopolowego kar stosowanie rozszerzającej wykładni podstawowej przesłanki deliktu nie wydaje się do pogodzenia z uznawaniem w Unii Europejskiej standardem praw podstawowych, w szczególności zaś z zasadą określoności prawa. Po drugie, odwrócony został tu kierunek wnioskowania. Najpierw winno się rozważyć, czy przedsiębiorca inny niż sprawca bezpośredni może w ogóle być adresatem zakazu z art. 101 TFUE, a dopiero później można by przy użyciu prawniczej interpretacji dowodzić, że dane zachowanie mieści się w zakresie definicyjnym porozumienia. Po trzecie, organy ochrony konkurencji UE konsekwentnie przyjmują, że zasadne jest przypisanie odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu za udział w porozumieniu rozumianym nie jako wyraz zgodnej woli określonego zachowania się na rynku, ale jako abstrakcyjnie rozumiane wspólne przedsięwzięcie, do którego może się przyczynić każdy w zasadniczo dowolny sposób. Takie podejście zasługuje, w moim przekonaniu, na jednoznaczną krytykę, gdyż odchodzi ono od utrwalonego rozumienia przesłanki porozumienia na rzecz nazbyt nieostrego i pozbawionego wyraźnych konturów tworu. Takie rozmywanie zakresu znaczeniowego pojęcia porozumienia może uczynić je dysfunkcyjnym, gdyż nie będzie pozwalało na jednoznaczne stwierdzenie, jakie działania stanowią naruszenie, a jakie znajdują się jeszcze w sferze działań prawnie dozwolonych. Należy jeszcze nadmienić, że kartel na gruncie prawa konkurencji UE nie może być też postrzegany - jak sugerowano w brytyjskiej literaturze - jako twór podobny do zorganizowanej grupy przestępczej. Brak jest podstaw do przenoszenia na grunt unijnego prawa konkurencji, będącego prawem administracyjnym, konstrukcji wykształconych na gruncie prawa karnego, w szczególności w sytuacji, gdy nie idzie za tym równocześnie podniesienie standardu praw proceduralnych przedsiębiorców.

Należy w końcu poczynić generalne spostrzeżenie, że postawa organów ochrony konkurencji wobec problemu odpowiedzialności pomocników kartelu zapoczątkowała niebezpieczny trend do zacierania granic definicyjnych podstawowej przesłanki art. 101 TFUE. Ujawniająca się tu tendencja organów do rozszerzania zakresu zastosowania przepisów statuujących reguły konkurencji nie jest kierunkiem zasługującym na aprobatę, gdyż sankcjonuje stosowanie prawa konkurencji w sposób dowolny, pozostawiając organom zbyt szeroki zakres uznania. Przesłanki deliktu administracyjnego muszą natomiast mieć przynajmniej generalne kontury, gdyż w odmiennym wypadku nie będą właściwie spełniać swojej funkcji - pojęcie porozumienia stanie się nazbyt szerokie, by możliwe było na jego podstawie określenie, jakie zachowania stanowią naruszenie. Faktem jest, że porozumienie na gruncie art. 101 TFUE było dotychczas rozumiane dość szeroko, tj. obejmowało nie tylko umowy w sensie prywatnoprawnym, ale także mniej sformalizowane przykłady porozumienia, w tym: niewiążące, ustne i jedynie generalnie zarysowujące antykonkurencyjne plany, o ile stanowiły wyraz zgodnej woli określonego zachowania się na rynku. Powyższe nie uprawnia jednak do wnioskowania, że pod pojęciem porozumienia można rozumieć także działania wspierające cudze antykonkurencyjne plany. Czym innym jest bowiem traktowanie jako porozumienia nieformalnych uzgodnień, a czym innym kwalifikowanie pod pojęciem antykonkurencyjnego porozumienia działań, które nie są w stanie nawet teoretycznie wpłynąć na stan konkurencji. Moim zdaniem w systemie kontynentalnym nie powinno się też przypisywać tak znacznej roli orzecznictwu sądowemu i wymagać

od adresatów przepisów, by do faktycznego znaczenia zakazu dochodzili w oparciu o konstatację, że określona przesłanka była w przeszłości szeroko interpretowana przez judykaturę. To przepisy prawa publicznego powinny stanowić punkt wyjścia do odczytywania obowiązujących norm. Orzecznictwo winno pełnić tu funkcję pomocniczą. Co więcej, uzasadnianie rozszerzenia zakresu zastosowania zakazu na działania przez wiele lat niestanowiące przedmiotu zainteresowania organów ochrony konkurencji UE z powołaniem na wcześniejszą szeroką interpretację jednej z przesłanek deliktu nie tylko nie jest spójne ani przewidywalne dla przedsiębiorcy, ale nadto otwiera drogę do dalszego dowolnego rozszerzania zakresu przypadków, które będą uznawane za naruszenie. Organy będą wszak zawsze mogły powołać się na praktykę szerokiej wykładni przesłanek do uzasadnienia dalszego jeszcze ich rozszerzania. W sposób ewidentny sprzeczne jest to z postulatami zasady określoności prawa. Prowadzi to nadto do niepewności prawa i dowolności ocen, co nie sprzyja rozwojowi gospodarczemu, o który Unia Europejska tak zabiega.

W moim przekonaniu podstawowym błędem, jakiego dopuścili się organy ochrony konkurencji UE w sprawach pomocników kartelu, było zlekceważenie znaczenia rynku jako areny rywalizacji gospodarczej dla analizy antymonopolowej. Nie można rozsądnie dyskutować o naruszeniu prawa konkurencji bez umieszczenia danego stanu faktycznego w ramach właściwie określonego rynku. Nie można też mówić o ograniczeniu konkurencji na rynku przez podmiot, który nawet teoretycznie nie byłby w stanie swoim działaniem oddziaływać na sytuację rynkową. Należy się zgodzić z tym, że art. 101 TFUE znajduje zastosowanie do wszelkich praktyk naruszających konkurencję w ramach rynku wewnętrznego. Nie można jednak z tego wywodzić, że aktywność na rynku dotkniętym naruszeniem bądź co najmniej rynku powiązanym pozostaje irrelevantna. Takie podejście neguje ekonomiczne podstawy prawa konkurencji, które ma przecież służyć ukierunkowaniu działań rynkowych przedsiębiorców. Należy zauważyć, że organy miały realny problem z pogodzeniem swojego stanowiska w odniesieniu do pomocników kartelu z wcześniejszym orzecznictwem, czego efektem były mało przekonujące interpretacje utrwalonych pojęć. Przykładem jest tu chociażby definicja porozumienia jako zgodnej woli określonego zachowania się na rynku. W przeanalizowanych sprawach ta definicja została przeinaczona poprzez zanegowanie znaczenia elementu „zachowania się na rynku”. Podkreślano jedynie mający wynikać z niej element wspólnej woli. Organy ochrony konkurencji UE uwikłały się też w sprzeczności w odniesieniu do przesłanki ograniczenia własnej autonomii. Z jednej strony TSUE w sprawie AC-Treuhand II cytował orzecznictwo, które potwierdzało, że kwestią immanentną dla prawa konkurencji jest postulat, by każdy przedsiębiorca samodzielnie decydował o swoich działaniach rynkowych. Bezpośrednio jednak po tym stwierdził, że pojęcie porozumienia nie wymaga wzajemnego ograniczenia swobody działania, czym jednoznacznie umniejszył znaczenie przesłanki ograniczenia autonomii dla stwierdzenia naruszenia zakazu porozumień.

Podsumowując ten fragment, stwierdzam, że stanowisko organów odnośnie do możliwości przypisania odpowiedzialności za naruszenie zakazu porozumień pomocnikowi kartelu było błędne. Zakaz ten skierowany jest wyłącznie do przedsiębiorców, którzy swoim działaniem bezpośrednio realizują znamiona deliktu. Potwierdzona została zatem pierwsza ze sformułowanych przeze mnie hipotez, że w prawie konkurencji Unii Europejskiej, wbrew stanowisku organów ochrony konkurencji, brak jest wyraźnej podstawy prawnej do przypisania pomocnikowi kartelu odpowiedzialności za naru-



szenie zakazu porozumień między przedsiębiorcami. Moim zdaniem adresatów art. 101 TFUE implikuje ekonomiczne podłoże prawa konkurencji. Są nimi mianowicie podmioty, które czynią uzgodnienia odnośnie do określonego zachowania się na rynku, który powiązany jest z ich obszarem działalności gospodarczej. Kartel to nie abstrakcyjnie rozumiane wspólne przedsięwzięcie, w którym każdy może wziąć udział, dowolnie je wspierając, ale porozumienie odnoszące się do zachowań rynkowych, nastawione na wywieranie wpływu na wzorzec konkurencji.

Dalej należy zauważyć, że przedstawione w rozprawie rozważania potwierdziły także drugą hipotezę badawczą, że adaptacja przez organy ochrony konkurencji UE przesłanek koncepcji odpowiedzialności za jednolite i ciągłe naruszenia na potrzeby oceny zachowania pomocnika kartelu jest wadliwa i nie pozwala w efekcie na uzasadnienie przypisania mu odpowiedzialności antymonopolowej. Koncepcja ta jest moim zdaniem narzędziem nieadekwatnym do stwierdzania faktu naruszenia zakazu porozumień. Jak wykazałam, organy nie tylko nie powinny były w ogóle sięgać do wspomnianej koncepcji, ale nadto błędnie wykladały przesłanki jej zastosowania.

Po pierwsze, dość oczywistym błędem było zastąpienie przesłanek odpowiedzialności antymonopolowej z art. 101 TFUE przesłankami wykorzystywanymi przy zastosowaniu koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia. Koncepcja ta służy bowiem wzajemnemu przypisaniu działań poszczególnych uczestników kartelu, a nie stwierdzeniu faktu naruszenia. Organy zaadaptowały zatem na potrzeby przypisania odpowiedzialności pomocnikowi koncepcję, która nie nadawała się do rozstrzygania o zaistnieniu naruszenia. Kolejnym błędem było przyjęcie przy wykładni art. 101 TFUE tak szerokiej interpretacji pojęcia porozumienia jak wykorzystywane na gruncie koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia. Przy ocenie rozbudowanych i skomplikowanych stanów faktycznych KE posługuje się mianowicie konstruktem myślowym, który pozwala jej adekwatniej ująć dynamikę oraz wzajemne powiązania szeregu zakazanych praktyk kolektywnych. Takie podejście pozwala na lepsze uchwycenie szczególnej charakterystyki takich złożonych przypadków. Nie można natomiast przenosić tego podejścia na grunt wykładni przepisów Traktatu. Takie działanie organów było nieuprawnione, a jego efektem było zbyt szerokie rozumienie pojęcia porozumienia, prowadzące w zasadzie do rozmycia granic definicyjnych tego pojęcia, o czym pisałam już powyżej.

Po drugie, należy zauważyć, że koncepcja jednolitego i ciągłego naruszenia, będąca tworem orzecznictwa, spotyka się z krytyką w środowiskach naukowych ze względu na wątpliwości co do jej zgodności z zasadą indywidualnej odpowiedzialności. Ponadto pod jej adresem formułowane są zarzuty, że stanowi ona narzędzie nieuprawnionego przedłużania okresu przedawnienia deliktów antymonopolowych. Mając na uwadze te kontrowersje, należy ocenić, że szukanie oparcia dla nowo tworzonej koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu w innej wysoce kontrowersyjnej koncepcji jest działaniem zasługującym na krytykę.

Po trzecie, koncepcja jednolitego i ciągłego naruszenia służyła dotąd za narzędzie łączenia w całość szeregu praktyk, które samodzielnie oceniane stanowiły już porozumienie bądź uzgodnioną praktykę, a konieczne było jedynie wzajemne przypisanie odpowiedzialności za nie poszczególnym uczestnikom zakazanej praktyki. Uważam, że sytuacja pomocnika kartelu, który sam nie uczestniczy ani w porozumieniu, ani uzgodnionej praktyce, które można by powiązać w całość z działaniami pozostałych uczestników, nie jest nawet porównywalna z dotychczasowymi przypadkami zasto-

sowania wspomnianej koncepcji. Uwidacznia się więc tu po raz kolejny fakt, że nie jest ona adekwatnym narzędziem do oceny odpowiedzialności pomocnika kartelu.

Po czwarte, organy ochrony konkurencji UE, adaptując koncepcję odpowiedzialności za jednolite i ciągłe naruszenie dla oceny zachowań pomocnika, nie dostrzegły trudności wynikających z okoliczności, że koncepcja ta zakłada badanie przestanki subiektywnej. O ile w przypadku złożonych porozumień jest to dodatkowy element, którego brak oznacza jedynie, że przedsiębiorca odpowie za węższy zakres naruszenia, o tyle w przypadku pomocnika kartelu przestanka ta staje się niezbędna do stwierdzenia dokonania przez niego naruszenia. Koncepcja odpowiedzialności pomocnika okazuje się zatem stanowić wyłom w konstrukcji odpowiedzialności antymonopolowej, która opiera się wszak na przesłance bezprawności. Przesłanka subiektywna w przypadku pomocników kartelu rozstrzyga natomiast o zaistnieniu naruszenia.

Dalej należy zauważyć, że działania organów ochrony konkurencji w odniesieniu do oceny sytuacji pomocników kartelu należy zakwalifikować jako nieuprawnioną działalność prawotwórczą, do której organy ochrony konkurencji UE nie mają zgodnie z Traktatami kompetencji. Uważam, że w przypadku braku podstawy prawnej do przypisania odpowiedzialności pomocnikowi kartelu organy powinny być odstąpić od adresowania decyzji w sprawach kartelowych do takich podmiotów i pozostawić inicjatywę unijnemu prawodawcy. Jeżeli dostrzeżona została luka w prawie, która nie pozwalała na przypisanie odpowiedzialności antymonopolowej za inne formy uczestnictwa w praktyce kolektywnej niż bezpośredni udział, to żadne względy słusznościowe ani też naganny charakter przyczynienia się pomocnika kartelu do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu, ani nawet przywołana przez organy efektywność prawa konkurencji nie byłyby wystarczająco silnym argumentem za podjęciem działań, na które zdecydowały się unijne organy. Inicjatywa powinna być zostać pozostawiona Komisji działającej jako organ prawodawczy, a nie wykonawczy. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie, sądowa interpretacja przepisów nie powinna służyć reformowaniu Traktatów bez przestrzegania stosownych procedur.

Stanowisko organów ochrony konkurencji wobec problemu odpowiedzialności pomocników kartelu należy ocenić krytycznie także w kontekście wspomnianej już zasady określoności prawa. Prawo konkurencji posługuje się licznymi nieostrymi terminami, którym dokładne znaczenie nadawane jest w toku interpretacji dokonywanej przez Komisję oraz TSUE. Mając tego świadomość, organy ochrony konkurencji nie powinny więc nadużywać swoich kompetencji do rozciągania zakresu znaczeniowego podstawowych pojęć pozwalających na odczytanie zawartej w przepisie normy. Nadmierna swoboda w wykładni prawa grozi bowiem dowolnością ocen, czego konsekwencje dla rynku wewnętrznego mogą być bardziej dotkliwe niż rzekome naruszenie.

Argumentem, który w moim przekonaniu powinien mieć decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu o możliwość rozszerzającej wykładni art. 101 TFUE, jest kwestia publicznoprawnego charakteru tej regulacji oraz - przede wszystkim - grożących za jej naruszenie sankcji. W świetle ich, momentami horrendalnej, wysokości, która w sposób narzucający się implikuje ich karny charakter, organy stosujące prawo mają, moim zdaniem, wręcz obowiązek możliwie ścisłej wykładni zakresu zastosowania zakazu porozumień. Wykluczone jest podejmowanie jakichkolwiek działań z powołaniem na możliwość zastosowania przepisów *mutatis mutandis* czy przez analogię. W sprawach pomocników kartelu możliwość przypisania im odpowiedzialności

od początku budziła wątpliwości. Znalazło to m.in. odzwierciedlenie w treści decyzji Komisji w sprawie AC-Treuhand I, w której argumentacja zdradzała brak pewności organu co do wprowadzanej nowej koncepcji. W takich okolicznościach powinno się więc zadośćuczynić postulatowi wykładni prawa na korzyść adresata, pozostawiając pomocników kartelu poza zakresem zastosowania art. 101 TFUE. Przeciwno dopuszczalności zastosowanej w przypadku pomocników wykładni zakazu porozumień przemawia nadto okoliczność, że taki wynik wykładni trudno uznać za przewidywalny w kontekście wcześniejszej praktyki Komisji. Ocena, czy rozwijająca się wykładnia prawa była przewidywalna dla adresata zakazu, nie może być dokonywana *in abstracto*. Jeżeli więc przez dwie dekady Komisja nie stwierdzała naruszenia zakazu porozumień przez pomocników kartelu, pomimo zasadniczej zbieżności pełnionej przez nich funkcji, a nawet tożsamości podmiotowej z adresatem decyzji w sprawach AC-Treuhand I i II, to oczywiste jest, że nagła wolta nie była dla adresatów przewidywalna.

W moim przekonaniu nieprzekonujące było także powoływanie się przez organy na potrzebę ochrony skuteczności prawa konkurencji dla uzasadnienia nadmiernie rozszerzającej wykładni. Brak możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności pomocników kartelu nie udaremniałby bowiem bynajmniej tej skuteczności. Można się zgodzić z tym, że otwarcie takiej opcji pozwoli ewentualnie poprawić wykrywalność porozumień poprzez zwiększenie liczby potencjalnych wnioskodawców w programie Leniency. Możliwe byłoby też rozważenie pozytywnego wpływu uwzględniania pomocników wśród odpowiedzialnych za wywołane naruszeniem szkody na możliwość realizacji roszczeń odszkodowawczych w pełnej wysokości przez poszkodowanych. Byłyby to jednak dodatkowe pozytywne skutki. Trudno jest natomiast dopatrzyć się możliwych do uchwycenia negatywnych skutków wynikających z pozostawienia pomocników kartelu poza zakresem zainteresowania organów. Tylko bowiem działania bezpośrednich uczestników porozumienia mogą negatywnie wpływać na stan konkurencji. Stwierdzenie naruszenia zakazu przez bezpośrednich uczestników porozumienia realizuje już samo pożądaný efekt. Teoretycznie można by wskazywać, że działania pomocnika optymalizujące funkcjonowanie kartelu utrudniają jego wykrycie. W sytuacji jednak gdy zdecydowana większość karteli wykrywana jest na poziomie unijnym w wyniku złożenia wniosku w programie łagodzenia kar, twierdzenie, że pozostawienie pomocników kartelu poza zakresem zastosowania art. 101 TFUE „udaremni” skuteczność unijnego prawa konkurencji jest znaczną przesadą. Jedynie na marginesie trzeba jeszcze wskazać, że przez kilkadziesiąt lat obowiązywania prawa konkurencji w Unii Europejskiej (pierwotnie we Wspólnocie), kiedy pomocników kartelu pozostawiano poza zakresem analizy antymonopolowej, brak możliwości pociągnięcia ich do odpowiedzialności bynajmniej nie wpływał negatywnie na efektywność egzekwowania prawa konkurencji. Nie można też zapominać o tym, że efektywność prawa konkurencji nie jest celem ostatecznym, a jedynie narzędziem, które ma pozwolić na osiągnięcie optymalnych efektów rynkowych wynikających z właściwego funkcjonowania rynku wspólnego. Dążenie do osiągnięcia tego celu nie może realizować się jednak poprzez poświęcenie innych wartości, w tym w szczególności przestrzegania przez organy zasady praworządności oraz związanej z nią zasady określoności prawa. Tej ostatniej przysługiwać winno pierwszeństwo przed zasadą efektywności prawa konkurencji. Rynek wewnętrzny nie będzie bowiem funkcjonować optymalnie i nie będzie dawał maksymalnych możliwych korzyści, gdy przedsiębiorcy

nie będą mogli zawczasu ocenić, gdzie leży granica działań dozwolonych i jak mają postępować, by nie narazić się na sankcje.

Podsumowując ten fragment, stwierdzam, że także trzecia hipoteza badawcza niniejszej dysertacji została potwierdzona. Wykładnia prawa zastosowana przez organy konkurencji w sprawach pomocników kartelu miała charakter prawotwórczy, gdyż jej efektu, przy poszanowaniu tradycyjnych metod interpretacji, nie można było wywieść z brzmienia art. 101 TFUE ani też z wcześniejszej praktyki. Takie nieprzewidywalne dla przedsiębiorców posunięcie należy uznać za naruszające zasadę określoności prawa. Należy też przyjąć, że organy ochrony konkurencji UE dopuściły się uchybienia regułom instytucjonalnym, przypisując sobie kompetencje prawodawcze w zakresie regulacji antymonopolowej.

Postawę organów ochrony konkurencji w odniesieniu do pomocników kartelu można postrzegać jako kolejny przejaw coraz wyraźniej dostrzegalnej tendencji do traktowania prawa konkurencji jako panaceum na różne ujawniające się wraz z rozwojem gospodarki niedoskonałości rynku. Użyteczność narzędzi prawa antymonopolowego ma jednak swoje granice. Aby nie utraciło ono swojej integralności, zasadne byłoby zachowanie jego instrumentów do zapewnienia integracji na rynku wewnętrznym oraz maksymalnych korzyści z istnienia konkurencji. Nie można zaprzeczyć temu, że prawo konkurencji musi ewoluować wraz z rozwojem gospodarki i ze zmianami społecznymi. Komisja winna jednak przy tym dążyć do zachowania właściwej równowagi w stosowaniu instrumentów prawa konkurencji, tak by nadmierna ingerencja w swobodę działania przedsiębiorców nie prowadziła do negatywnych efektów rynkowych. Prawo konkurencji w swojej istocie ma zapewnić przedsiębiorcom optymalne warunki funkcjonowania na rynku wspólnym. Jeżeli będzie ono jednak stosowane przez organy w sposób nieprzewidywalny bądź graniczący z dowolnością, będzie to podważać zaufanie przedsiębiorców do całego systemu. Wykreowanie koncepcji odpowiedzialności pomocników kartelu, w kształcie obecnie zaakceptowanym przez TSUE, wskazuje niestety na to, że postulat ten nie jest w unijnym prawie konkurencji respektowany.

Mając na uwadze powyższe rozważania, stwierdzam, że na gruncie obecnej regulacji nie ma formalnie możliwości przypisania odpowiedzialności antymonopolowej pomocnikowi kartelu, pomimo że wykształciła się już w tym zakresie odmienna praktyka. Prawo konkurencji ma na celu zwalczanie działań, które byłyby sprzeczne z aprobowanym wzorcem konkurencji, a takich może się dopuścić jedynie podmiot aktywny na danym rynku. Jeżeli sięgnie się do korzeni prawa konkurencji, można dostrzec, że przyczyną wprowadzenia regulacji była wola właściwego ukierunkowania rywalizacji uczestników obrotu na określonym rynku. Mając to na uwadze, należy wykluczyć dopuszczalność kierowania decyzji stwierdzających naruszenie art. 101 TFUE do pomocników. W niektórych przypadkach działania pomocnika kartelu są jednak na tyle naganne, że uzasadnione wydawałoby się zastosowanie także wobec niego instrumentów ochrony prawa konkurencji. Takie działania wymagałyby jednak wprowadzenia do Traktatu przepisów, które w sposób jednoznaczny formułowałyby zakaz skierowany do przedsiębiorców przyczyniających się do osiągnięcia przez bezpośrednich uczestników porozumienia ich antykonkurencyjnego celu. W obecnej sytuacji, gdy Trybunał potwierdził zgodność z prawem unijnym praktyki kierowania decyzji KE także do pomocników kartelu, podjęcie inicjatywy takiej zmiany Traktatu jest jednak raczej nierealne. Jest to o tyle niekorzystna sytuacja, że przeprowadzona

w rozprawie analiza wykazała, że wypracowane przez orzecznictwo przesłanki testu odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika wykazują znaczne deficyty. Czwarta z hipotez niniejszej dysertacji okazała się zatem o tyle nietrafna, że nie przewidywała tego, że sformułowany w niej postulat wprowadzenia do Traktatu wyraźnej podstawy prawnej dla odpowiedzialności pomocnika kartelu nie będzie mógł zostać zrealizowany w praktyce.

Wypracowana przez organy ochrony konkurencji UE koncepcja będąca przedmiotem niniejszej rozprawy zasługuje w moim przekonaniu na krytykę także właśnie ze względu na sposób sformułowania przesłanek testu odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przesłanka „przyczynienia się własnym działaniem” jest nazbyt inkluzywna, gdyż nie pozwala na odróżnienie działań, które miałyby stanowić przejaw naruszenia od działań jedynie pozornie powiązanych z antykonkurencyjną inicjatywą. Organy dysponują przy tym zbyt szerokim zakresem swobody w ocenie, jakie działania uznać za przyczynienie się. Co więcej, przesłanka przyczynienia się w praktyce nie była ograniczana żadną przesłanką jakościową. Choć w przeanalizowanym materiale badawczym uwidoczniła się tendencja do opisowego zakreszania pewnych granic „przyczynienia się”, to nie zostało w nim nigdzie wyraźnie wyartykułowane, by tylko działania odczuwalnie przyczyniające się do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu mogły stać się podstawą do przypisania odpowiedzialności pomocnikowi. Zabrakło także jakichkolwiek wskazówek mówiących, w jaki sposób taką odczuwalność należałoby oceniać. Na chwilę obecną brak jest zatem elementu, który pozwalałby na odróżnienie działań prokonkurencyjnych, neutralnych lub ułatwiających działanie kartelu tylko marginalnie od działań stanowiących rzeczywiście istotny wkład w osiągnięcie wspólnego antykonkurencyjnego celu. Jest to tym bardziej niepokojące, że nie wypracowano także dotąd jasnych zasad oceny, kiedy działanie rzeczywiście pozostaje w związku z naruszeniem. Organy ochrony konkurencji UE nazbyt powierzchownie oceniają bowiem przesłankę wspólnego celu, nie poszukując wspólnych cech ani komplementarności rozumianej jako dążenie do wpływania na wzorec i mechanizmy konkurencji, ale jedynie prostego powiązania rzeczowego. Głębsza analiza tego zagadnienia podaje w wątpliwość już samą możliwość doszukania się wspólnego celu w działaniu uczestnika kartelu i pomocnika. Trudno jest bowiem mówić o dążeniu do wspólnego celu, gdy działania pomocnika nie są same w sobie w stanie doprowadzić do jego osiągnięcia. Należałoby zatem postulować, by organy ochrony konkurencji UE w najbliższej przyszłości pochyliły się nad zagadnieniem odczuwalności przyczynienia się oraz metodyki oceny zaistnienia wspólnego antykonkurencyjnego celu, by ograniczyć nadmiernie szeroki zakres działań, które mogą zostać uznane za uzasadniające odpowiedzialność antymonopolową. Rozważania te potwierdzają jednocześnie, że piąta hipoteza badawcza dotycząca wzrostu niepewności prawnej w wyniku wprowadzenia do analizy antymonopolowej nowego podejścia do interpretacji art. 101 TFUE była trafna.

Należy dalej zauważyć, że także w odniesieniu do przesłanki subiektywnej testu odpowiedzialności pomocnika można zasadnie zgłaszać zastrzeżenia. O ile w sprawach złożonych karteli służy ona do wzajemnego przypisania uczestnikom działań, w których nie uczestniczyli bezpośrednio, to już w przypadku pomocnika kartelu staje się ona przesłanką rozstrzygającą o przypisaniu mu odpowiedzialności antymonopolowej. W efekcie - jak już powyżej wspomniałam - koncepcja odpowiedzialności



antymonopolowej pomocnika kartelu czyni wyłom w generalnej zasadzie mówiącej, że naruszenie prawa konkurencji opiera się na przestępstwie bezprawności. Należy też zauważyć, że dotychczasowa praktyka oceny wiedzy pomocników o uczestnictwie w szerszym antykonkurencyjnym planie uzasadnia obawę, że organy zbyt pochopnie mogą przyjmować spełnienie tej przestanki, o wiedzy pomocnika wnioskując w oparciu o konstatację, że jako podmiot profesjonalny nie mógł nie wiedzieć, do jakich celów wykorzystane zostaną jego usługi. Wyrok Sądu w sprawie ICAP pozwala jednak oczekiwać, że zagadnienie to będzie w przyszłości analizowane przez KE z większą uwagą, co należy ocenić pozytywnie.

Pomimo tego optymistycznego akcentu uważam, że test odpowiedzialności pomocnika kartelu dotknięty jest wadami, które podają w wątpliwość legitymację do jego stosowania w praktyce. Można jednak oczekiwać, że organy będą coraz częściej sięgać do przeanalizowanej w rozprawie koncepcji pomimo zarysowujących się jej braków. Mając na uwadze wynikający z tego wzrost ryzyka po stronie przedsiębiorców, należy postulować, w myśl szóstej hipotezy badawczej, by organy ochrony konkurencji UE przy najbliższej okazji wypowiedziały się w sposób jednoznaczny na temat potrzeby uwzględniania w analizie działań pomocników kartelu odczuwalności przyczynienia się. Nawet jeżeli w praktyce organy dostrzegają, że nie każde działanie powiązane kauzalnie z naruszeniem zakazu porozumień stanowi od razu przyczynienie się do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu, to kwestia ta powinna zostać wyrażona wprost w orzecznictwie. Uważam przy tym, że ocena odczuwalności przyczynienia się do naruszenia zakazu powinna odnosić się do powiązania pomiędzy danym działaniem a istotą antykonkurencyjnej praktyki. Działania czysto logistyczne czy techniczne, które równie dobrze mogłyby być świadczone dla całkowicie legalnej działalności, nie powinny być zasadniczo postrzegane jako przyczynienie się do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu. W rozprawie wyjaśniłam też, że w moim przekonaniu o odczuwalności przyczynienia się można mówić w sytuacji, gdy działania pomocnika same w sobie niosą taki pierwiastek, który uzasadniałby ich negatywną ocenę aksjologiczną w kontekście prawa konkurencji. Pomocniczo organy ochrony konkurencji mogłyby brać pod uwagę fakt, czy dane działania pomocnika rozwiązują istotny, immanentny dla struktur kartelowych problem związany z jego zawiązaniem bądź funkcjonowaniem lub też pomagają przezwyciężyć problem, którego uczestnicy kartelu sami nie byliby w stanie usunąć. Uważam, że te spostrzeżenia winny być brane pod uwagę także przy ocenie, czy dane działania zmierzały do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu. Jedynie działania ściśle powiązane z istotą antykonkurencyjnej praktyki mogą w moim przekonaniu być ewentualnie postrzegane jako dążenie do wspólnego z uczestnikami zakazanego porozumienia celu. Działania powiązane kauzalnie, ale nieodnoszące się do istoty antykonkurencyjnej praktyki nie powinny być traktowane jako komplementarne dla porozumienia. W efekcie przedsiębiorcy podejmujący takie działania nie powinni być postrzegani jako pomocnicy kartelu.

Rozważania zawarte w niniejszej rozprawie rozpoczęłam od mało optymistycznej konstatacji, że prawo konkurencji UE może być postrzegane jako nienadążające za zmianami gospodarczymi wywołanymi rozwojem nowych technologii, a siatka pojęciowa oraz podstawowe jego założenia mogą okazać się w niedalekiej przyszłości nieadekwatne do zapewnienia właściwego funkcjonowania rynku. Spostrzeżenie to wymaga pewnej korekty. Choć problem niewątpliwie istnieje i będzie wymagał podjęcia

przez prawodawców adekwatnych kroków, to trwająca obecnie dyskusja, tak w kręgach akademickich, jak i instytucjonalnych, pozwala już teraz na identyfikację podstawowych problemów i opracowanie optymalnej polityki postępowania wobec coraz bardziej realnego zagrożenia. Powyższa analiza potwierdziła też ostatnią hipotezę badawczą niniejszej rozprawy mówiącą, że przynajmniej w pewnym niewielkim wycinku rozwiązaniem dla zarysowującego się problemu wykorzystywania dla antykonkurencyjnych celów narzędzi cyfrowych mogłaby być koncepcja odpowiedzialności pomocnika kartelu. Dostarczając narzędzia cyfrowego, które będzie służyć zawarciu, ukryciu bądź optymalizacji kartelu, jego twórca może bowiem zrealizować przesłanki testu odpowiedzialności pomocnika kartelu. Takie działania mogą być bowiem postrzegane jako stanowiące wyraz zamiaru przyczynienia się do antykonkurencyjnego celu. Rozstrzygająca będzie wówczas kwestia wiedzy o działaniach pozostałych uczestników porozumienia lub możliwości ich przewidzenia. Bez znaczenia pozostanie natomiast pytanie o obecność pomocnika kartelu na rynku dotkniętym porozumieniem. Nazbyt pochopne wykorzystanie koncepcji odpowiedzialności pomocnika, także wobec twórcy narzędzi cyfrowych, może jednak doprowadzić do negatywnych efektów rynkowych w postaci zahamowania rozpowszechniania się nowych technologii i narzędzi pozytywnie wpływających na rynkową efektywność. Przedsiębiorcy dostarczający takich rozwiązań mogą bowiem obawiać się, że ich działania zostaną błędnie poczytane przez organy ochrony konkurencji UE jako przyczynienie się do antykonkurencyjnej praktyki. Takie zagrożenie stanie się szczególnie realne, jeżeli organy ochrony konkurencji będą uciekały się do uproszczonej oceny przesłanki subiektywnej testu odpowiedzialności pomocnika albo poprzez wywodzenie wiedzy o uczestnictwie w szerszym antykonkurencyjnym planie z profesjonalnego charakteru przedsiębiorcy, albo zbyt swobodne odwoływanie się do alternatywnej przesłanki, tj. możliwości racjonalnego przewidzenia działań pozostałych uczestników kartelu i zgody na związane z tym ryzyko. Stąd należy postulować, by Komisja powściągliwie sięgała do nowo wypracowanego instrumentu zwalczania antykonkurencyjnych porozumień, aby w imię efektywności prawa konkurencji nie udaremniła rozkwitu innowacyjnej gospodarki.

## Piśmiennictwo

Banasiński C., Stawicki E. (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, UOKiK, Warszawa 2007, dostęp: <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=11144>.

Baran M., Doniec A., EU courts' jurisdiction over and review of decisions imposing fines in EU Competition law, YARS, vol. 2010 3 (3), dostęp: [https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2012\\_5\\_6/s235.pdf](https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2012_5_6/s235.pdf).

Berg W., EuGH: Kartellrecht: Geldbuße für ein auf dem betroffenen Markt nicht tätiges Beratungsunternehmen - Anmerkung, EuZW 2016, 19.

Bernatt M., Zasada ne bis in idem w prawie konkurencji. Postanowienie Sądu Najwyższego z 26 września 2017 r., III SK 39/16, IKAR 2017, 8 (6), str. 125, dostęp: <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/47/125.pdf>.

Bernatt M., Między pełną kontrolą sądową a poszanowaniem polityki karania realizowanej przez

organ administracji - o sądowej kontroli kar nakładanych w sprawach konkurencji, EPS wrzesień 2016.

Biolan P.A., Limited Awareness of Cartel Participants: Any consequences for the single infringement in EU competition Law, JECLP 2015, vol. 6, no. 6, str. 383.

Błachnio-Parzych A., The nature of responsibility of an undertaking in antitrust proceedings and the concept of "Criminal Charge" in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, YARS, vol. 2012, 5 (6), dostęp: [https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2012\\_5\\_6/The\\_Nature.pdf](https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2012_5_6/The_Nature.pdf).

Błachucki M., Rozwój historyczny i cele prawa konkurencji (w:) B. Polszakiewicz, J. Boehlke (red.) „*Ekonomia i prawo*”, Tom XII, nr 2/2013, dostęp: <http://apcz.umk.pl/czasopisma/index.php/EiP/article/view/1360>.

Bolecki A., Stowarzyszenia branżowe a prawo ochrony konkurencji w świetle orzecznictwa wspólnotowego, Głosa 2/2009.

Bolecki A., Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej, IKAR 2012, nr 1 (1), dostęp: [http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/01/pdf/01\\_bolecki\\_porozumienia.pdf](http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/01/pdf/01_bolecki_porozumienia.pdf).

Bolecki A., Polish antitrust experience with Hub and spoke conspiracies, YARS vol. 2011, 4 (5), dostęp: [https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2011\\_4\\_5/Bolecki\\_Polish\\_Antitrust.pdf](https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2011_4_5/Bolecki_Polish_Antitrust.pdf).

Bottka V., T-68/09 Soliver v Commission 'Single and Continuous' Development of the Case Law, JECLP, 2015, vol. 6, no. 4.

Brass R.S., Higney C.A., Practical advice for avoiding Hub-and-Spoke Liability, The antitrust source, October 2016, dostęp: [https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/oct16\\_brass\\_10\\_18f.authcheckdam.pdf](https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/oct16_brass_10_18f.authcheckdam.pdf).

Breit I., The „Pre-insulated pipes” judgement: the European Court of Justice confirms the legality of the Commission’s Guidelines on fines, Competition Policy Newsletter, number 3 - Autumn 2005, dostęp: [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2005\\_3\\_78.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2005_3_78.pdf).

Camesasca P.D., Ysewyn J., Weck T., Bowman B., Cartel Appeals to the Court of Justice: The song of the sirens?, JECLP 2013, vol. 4, no. 3.

van Cayseele P.J.G., Hub and spoke collusion: some nagging questions raised by economists, JECLP, 2014, vol. 5, no. 3.

Clark J.M., Toward a concept of workable competition, The American Economic Review, June 1940, str. 241, dostęp: [http://www.jstor.org/stable/1807048?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/1807048?seq=1#page_scan_tab_contents).

Coen C., OWIG§14 Beteiligung (w:) J.P.Graf (red.), BeckOKOWiG, wyd. 18, Monachium 2018.

Copobianco A., Gonzaga P., Algorithms and competition: friends or foes, Competition Policy International, dostęp: CPI: <https://www.competitionpolicyinternational.com/algorithms-and-competition-friends-or-foes/>.

Dannecker G., Biermann J., Vorbemerkung zu Art. 23 f. Unionsrechtliche Geldbußen und Zwangsgelder (w:) E.J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), Wettbewerbsrecht, Band 1, wyd. 5, Monachium 2012.

De Stefano G., AC-Treuhand Judgement: A broader scope of EU competition law infringement?, JECLP 2015 vol. 6, no. 10.

Dobosz K., Scheibe M., Pierwsze uwagi i wątpliwości po przedstawieniu projektu antymonopolowej dyrektywy efektywnościowej, Przegląd Prawa Publicznego 6/2017.

Doniec A., Glosa do wyroku SPI z dnia 8 lipca 2008 r., T-99/04, LEX/el. 2009

Dreher M., Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung im Europäischen Kartellrecht, ZWeR 3/2007.

Emmerich V., Kartellrecht, wyd. 11, Monachium 2008.

Emmerich V., Art. 101 Abs. 1 AEUV (w:) E. J. Mestmäcker, U. Immenga (red.), Wettbewerbsrecht, Band 1, wyd. 5, Monachium 2012.

Evans D.S., Schmalensee R., The industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Policy International, vol.3, no 1, spring 2007, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=987341>.

Ezrachi A., Stucke M.E., The fight over the antitrust’s soul, JECLP 2017, Volume 9, Issue 1, 1 January 2018.

Ezrachi A., Stucke M.E., Artificial Intelligence and collusion: when computers inhibit competition, Oxford Legal Studies Research Paper No. 18/2015; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2591874>.

Ezrachi A., Stucke M.E., Artificial Intelligence and collusion: when computers inhibit competition, Oxford Legal Studies Research Paper No. 18/2015; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2591874>.

Ezrachi A., Stucke M.E., How pricing bots could form cartels and make things more expensive, *Harvard Business Review*, October 27, 2016, dostęp: <https://hbr.org/2016/10/how-pricing-bots-could-form-cartels-and-make-things-more-expensive>.

Ezrachi A., Stucke M.E., Two artificial neural networks meet in an online hub and change the future (of competition, market dynamics and society), (July 1, 2017). Oxford Legal Studies Research Paper No. 24/2017; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 323, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2949434>.

Ezrachi A., Stucke M.E., From smoke-filled rooms to computer algorithms - the evolution of collusion, May 14, 2015, Columbia Law School's Blog on corporations and the capital markets, dostęp: <http://clsbluesky.law.columbia.edu/2015/05/14/from-smoke-filled-rooms-to-computer-algorithms-the-evolution-of-collusion/>.

Ezrachi A., Stucke M. E., *Virtual Competition - The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press 2016.

Ezrachi A., Stucke M.E., Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures, Roundtable on algorithms and collusion, 21-23 June 2017, OECD, dostęp:

<https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282017%2925&docLanguage=En>.

Gal A., It's a feature, not a bug: on learning algorithms and what they teach us, Roundtable on algorithms and collusion, 21-23 June 2017, OECD, dostęp: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)50/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)50/en/pdf).

Gal M.S., Algorithmic-facilitated coordination: market and legal solutions, Competition Policy International, dostęp: CPI: <https://www.competitionpolicyinternational.com/algorithmic-facilitated-coordination-market-and-legal-solutions/>.

Gauer C., Dalheimer D., Kjolbye L., de Smijter E., Regulation 1/2003: a modernised application of EC competition rules, Competition Policy Newsletter, numer 1 - spring 2003, dostęp: [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2003\\_1\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2003_1_3.pdf).

Gerard D.M.B., The effect-based approach under Article 101 TFUE and its paradoxes: modernisation at war with itself? (w:) J. Bourgeois, D. Waelbroeck (eds), *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law Enforcement*, Brussels 2012, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2117780>.

von Graevenitz A., *Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen - Soft Law der EU mit Lenkungswirkung*, EuZW, 2013, str. 169.

Grave C., Nyberg J., Art. 101 Abs. 1 AEUV - II. Entstehungsgeschichte des Art. 101 AEUV und wesentliche Entwicklungen (w:) U. Loewenheim, K. M. Meessen, A. Riesenkampff, C. Kersting, H.J. Meyer-Lindemann (red.), *Kartellrecht*, wyd. 3, Monachium 2016.

Grave C., Nyberg J., Art. 101 Abs. 1 AEUV (w:) U. Loewenheim, K. M. Meessen, A. Riesenkampff, C. Kersting, H.J. Meyer-Lindemann (red.), *Kartellrecht*, wyd. 3, Monachium 2016.

Harding C., Capturing the cartel's friends: Cartel facilitation and the idea of joint criminal enterprise, *European Law Review*, Issue 2, 2009, dostęp: <http://cadair.aber.ac.uk/dspace/handle/2160/13514>.



Heinemann A., Gebicka A., Can computers form cartels? About the need for European institutions to revise the concertation doctrine in the information age, JECLP, June 2016.

v. Heintschel-Heinegg B., StGB Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten (w:) B. v. Heintschel-Heinegg (red.), BeckOK StGB, wyd. 37, Monachium 2018.

Hofmański P., Wróbel A., Art. 6 EKPCz (w:) L. Garlicki (red.) Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18. Tom I. Komentarz, wyd. 1, Warszawa 2010.

Hofmański P., Art. 7 EKPCz (w:) L. Garlicki (red.), Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18, Tom I. Komentarz, wyd. 1, Warszawa 2010.

Hovenkamp H., Leslie C.R., The firm as cartel manager (May 12, 2011), Vanderbilt Law Review, Vol. 64, No. 3, p. 813, 2011, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1628175>.

Hutt R., Die kartellrechtliche Verantwortung von Dienstleistungsunternehmen - Haftung von „Kartell-Koordinatoren“ als Mittäter einer Kartellvereinbarung (AC-Treuhand/Kommission, EuG (Dritte Kammer), Urteil vom 6 Februar 2014, T-27/10), European Law Reporter 1/2014.

Ibáñez Colomo P., Lamadrid de Pablo A., On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know, dostęp SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2849831>.

Jaspers J. D., Managing cartels: how cartel participants create stability in the absence of law, European Journal of Criminal Policy and Research, September 2016, Springer-link.com, dostęp: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10610-016-9329-7>.

Joshua J., Single continuous infringement of article 81 EC: has the commission stretched the concept beyond the limit of its logic? dostęp:

[https://www.biicl.org/files/4360\\_single\\_continuous\\_infringement\\_of\\_article\\_81\\_ec\\_\\_2\\_.pdf](https://www.biicl.org/files/4360_single_continuous_infringement_of_article_81_ec__2_.pdf).

Jóźwik S., Wymiana informacji między konkurentami jako praktyka ograniczająca konkurencję - kierunki rozwoju analizy prawno-ekonomicznej, UOKiK, Warszawa 2011, dostęp: <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=11120>.

Jurczyk Z., Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej, Warszawa 2012.

Jurczyk Z., Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce (w:) C. Banasiński, E. Stawicki (red.), Konkurencja w gospodarce współczesnej, Warszawa 2007.

Jurkowska-Gomułka A., Algorithms and Collusion - Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2017)4, OECD - Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, 2017 (omówienie), IKAR 5 (6) 2017, str. 123, dostęp: <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/44/123.pdf>.

Jurkowska-Gomułka A., Materna G., Miąsik D., Art. 101 TFUE (w:) K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, A. Wróbel (red.), Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II (art. 90- 222), Warszawa 2012.

Kadar M., European Union competition law in the digital era, ZWeR, 4/2015.

- Kępiński M., § 5 Cele prawa konkurencji (w:) M. Kępiński (red.), Prawo konkurencji, System Prawa Prywatnego, tom 15, Legalis 2014.
- Khemani R.S., Shapiro D.M., Glossary of industrial organisation economics and competition law, OECD, dostęp: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>.
- Kilian W., Europäisches Wirtschaftsrecht, wyd. 4, Monachium 2010.
- Koch J., Kartellgehilfe als Sanktionsadressaten, ZWeR 2009, str. 370.
- Kohutek K., Glosa do wyroku TS z dnia 21 lipca 2016 r., C-542/14, LEX/el. 2016.
- Kohutek K., Czy wysłanie e-maila o treści antykonkurencyjnej stanowi praktykę uzgodnioną w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE?, Glosa 3/2017.
- Kohutek K., Art. 1 uokik (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Lex 2014.
- Kohutek K., Komentarz do rozporządzenia nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Lex/el. 2015.
- Kohutek K., Komentarz do rozporządzenia nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, LEX/el. 2006.
- Kohutek K., Wina przedsiębiorstwa jako przestępstwo naruszenia zakazu karteli - glosa do wyroku TS z dnia 18 czerwca 2013 r., C-681/11, LEX/el. 2013.
- Kolasiński M., Aksjologia wspólnotowego prawa konkurencji, KPP, 3/2007.
- Kovacic W. i in., Plus Factors and Agreement in Antitrust Law, 110 Mich. L. Rev. 393 (2011), dostęp: <http://www.learconference.com/wp-content/uploads/2017/07/kovacic-et-al-plus-factors.pdf>.
- Kowalik-Bańczyk K., Procedural autonomy of member states and the EU rights of defence in antitrust proceedings, YARS, vol. 2012, 5 (6), str. 215, dostęp: [https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2012\\_5\\_6/s215.pdf](https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2012_5_6/s215.pdf).
- Kowalik-Bańczyk K., O słuchaniu złych rad - nulla poena sine culpa w unijnym prawie konkurencji, EPS listopad 2014.
- Kowalik-Bańczyk K., Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej, Lex 2012.
- Kowalik-Bańczyk K., Jednolite stosowanie unijnego prawa konkurencji jako ograniczenie dla autonomii proceduralnej krajowych organów ochrony konkurencji - glosa do wyroku TS z dnia 3.05.2011 r. w sprawie C-375/09 Prezes UOKiK v. Tele 2 (obecnie Netia), EPS luty 2012.
- Krasnodębska-Tomkiel M., Przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję - art. 81 i 82 TWE a krajowe prawo antymonopolowe, PPH, lipiec 2005.
- Krasnodębska-Tomkiel M., Konwergencja systemów ochrony konkurencji w Unii Europejskiej w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję, EPS lipiec 2015.
- Krasnodębska-Tomkiel M., Perspektywy polityki konkurencji w Polsce - w 20. rocznicę powstania UOKiK (w:) M. Krasnodębska-Tomkiel (red.) Zmiany w polityce kon-

- kurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad, UOKiK, Warszawa 2010, dostęp: <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=11123>.
- Król-Bogomilska M., Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym, Warszawa 2013.
- Król-Bogomilska M., Kary pieniężne - główne kierunki ewolucji w okresie 20 lat rozwoju polskiego prawa antymonopolowego, EPS maj 2010.
- Król-Bogomilska M., Sposób określenia wysokości kar we wspólnotowym prawie ochrony konkurencji a zasada legalności z art. 7 EKPCz - glosa do wyroku SPI z 8.10.2008 r. (T-69/04) w sprawie Schunk GmbH oraz Schunk Kohlenstoff-Technik GmbH przeciwko Komisji, EPS czerwiec 2009.
- Kudlich H., StGB § 25 Täterschaft (w:) B. v. Heintschel-Heinegg (red.), BeckOK StGB, BeckOK StGB, wyd. 37, Monachium 2018.
- Lenaerts K., Gutiérrez-Fons J.A., To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice, EUI Working Paper AEL 2013/9, dostęp: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/28339>.
- Leslie C.R., Trust, Distrust, and Antitrust. Texas Law Review, Vol. 82, No. 3, February 2004, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=703202>.
- Levenstein M.C., Suslow V.Y., What Determines Cartel Success?, Journal of Economic Literature, Vol. 44, No. 1, 2006, dostęp SSRN: <https://ssrn.com/abstract=299415>.
- Lianos I., Some reflections on the question of the goals of EU competition law, CLES Working Papers Series 3/2013, dostęp SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2235875>.
- Materna G., Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do układów zbiorowych pracy, EPS, kwiecień 2015.
- Materna G., Internet: szczególny obszar rywalizacji przedsiębiorców, szczególne wyzwanie prawa ochrony konkurencji z perspektywy zakazu antykonkurencyjnych porozumień (w:) P. Podrecki, T. Targosz, P. Kostański (red.), Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple, Warszawa 2017.
- Materna G., Projekt dyrektywy ECN+ (omówienie w aspekcie potrzeby kolejnej nowelizacji polskiego prawa ochrony konkurencji), IKAR 2018, nr 2 (7).
- Materna G. i in. (w:) Skoczny T. (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2014, Legalis.
- Mattioli E., Hub and Spoke: towards a Belgian precedent?, JECLP 2016, vol. 7, no. 4.
- Mestmäcker E.J., Toward a concept of a workable European competition law - revisiting the formative period (w:) K. K. Patel, H. Schweitzer (red.) The historical foundations of EU Competition Law, Oxford University Press 2013.
- Mehra S.K., US v. Topkins: can price fixing be based on algorithms?, JECLP 2016, vol. 7, no. 7.
- Mehra S.K., Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms, Minnesota Law Review, Vol. 100, Forthcoming; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2015-15, dostęp: <https://ssrn.com/abstract=2576341>.

Miąsik D., Controlled chaos with consumer welfare as the winner - a study of the goals of Polish Antitrust Law, YARS vol. 2008, 1 (1), dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1649342>.

Miąsik D., §13 Unijne prawo konkurencji (w:) M. Kępiński (red.), Prawo konkurencji, System Prawa Prywatnego, tom 15, Legalis 2014.

Minkiewicz M., Pojęcie wpływu na handel i reguła konwergencji w praktyce stosowania prawa UE przez polskie sądy i Prezesa UOKiK, IKAR 2014, nr 3 (3), dostęp: <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/17/pdf/08.pdf>.

Müller-Graff P.C., Das „Soft Law“ der europäischen Organisationen, Europarecht, Heft 1, 2012.

Odudu O., Indirect information exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion, European Competition Journal, August 2011, dostęp: Academia.edu.

Orbach B., Hub and spoke conspiracies, 15 Antitrust Source, no. 3, 2016 oraz Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-11, dostęp SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2765476>.

Ost K., Kartellverfahrensverordnung - Einführung (w:) U. Loewenheim, K.M. Meessen, A. Riesenkampff, C. Kersting, H.J. Meyer-Lindemann (red.), Kartellrecht, wyd. 3, Monachium 2016.

Piszcz A., Wolski D. (red.) Dochodzenie przed sądem polskim roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji, Warszawa 2016.

Posner R. A., Antitrust in the new economy, U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 106. dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=249316>

Powell M., Oh A., E-Books in the EU: competition, pricing and the expansion of a new digital market, e-Books and the boundaries of Antitrust, Concurrences, Revue des droits de la concurrence, nr 3-2012.

Rengier R., OWiG § 14 Beteiligung (w:) L. Senge (red.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, wyd. 4, Monachium 2014.

Ritter C., Presumptions in EU competition law, dostęp SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2999638>.

Rochet J.C., Tirole J., Platform Competition in Two-Sided Markets, Journal of the European Economic Association, June 2003, Volume 1, Issue 4, dostęp: <https://academic.oup.com/jeea/article/1/4/990/2280902>.

Schwarze J., Europäische Kartellbußgelder im Lichte übergeordneter Vertrags- und Verfassungsgrundsätze, EuR 2009, str. 171.

Semeniuk P., Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji, Warszawa 2015, dostęp: <https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/ksiazki/32/Koncepcja.pdf>.

Solek L., Passive participants in anticompetitive agreement, JECLP2017, vol. 8, no. 1.

Soltész U., Belohnung für geständige Kartellsünder- Erste Settlements im Europäischen Kartellrecht, BB 36, 2010, str. 2123.

- Stawicki A., Art. 6 uokik (w:) E. Stawicki, A. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. 2, Lex 2016.
- Stucke M.R., Am I a price-fixer? A behavioral economics analysis of cartels, January 2010, dostęp: Researchgate: [https://www.researchgate.net/publication/228134556\\_Am\\_I\\_a\\_Price-Fixer\\_A\\_Behavioral\\_Economics\\_Analysis\\_of\\_Cartels](https://www.researchgate.net/publication/228134556_Am_I_a_Price-Fixer_A_Behavioral_Economics_Analysis_of_Cartels).
- Szwarc-Kuczer M., art. 49 KPP UE (w:) A. Wróbel (red.), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz. Warszawa 2013.
- Targański B., Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego, Oficyna 2010, Lex.
- Targański B., Antitrust liability in the context of online platforms. Case comment to the preliminary ruling of the Court of Justice of 21 January 2016 “Eturas” UAB v Lietuvos Respublikos konkurencijos tryba (Case C-74/14), YARS vol. 2016, 9 (14), dostęp: [https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2016\\_9\\_14/293.pdf](https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2016_9_14/293.pdf).
- Tor A., Understanding behavioral antitrust (July 13, 2013). Texas Law Review, Vol. 92, 2013; Notre Dame Legal Studies Paper No. 1446, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2293508>.
- Toroń M., Wiese K., Aplikacja UBER lub jak ująć *sharing economy* w istniejące ramy prawne?, IKAR 5(6), 2017, dostęp: <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/44/08.pdf>.
- Turno B., Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim systemie ochrony konkurencji, LEX 2013.
- Vallery A., Shell C., AC-Treuhand: Substantial fines for facilitators of cartels, JE-CLP, 2016, vol. 7, no. 4.
- Van Bael I., Bellis J.F., Competition law of the European Community, wyd. 5 Wolters Kluwer Law & Business, 2010.
- Vezzoso S., Android and antitrust: attempts at a “more technological approach”, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2611269>.
- Weiß W., Art. 101 (w:) C. Calliess, M. Ruffert (red.), EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, wyd. 5, Monachium 2016
- Weitbrecht A., Baudenbacher L.M., Bußgeld wegen Beihilfe zu einem Kartell? Zum Urteil des EuG vom 8. Juli 2008 (Rs. T-99/2004 - AC-Treuhand), EuR 2010, str. 230.
- Whish R., Competition Law, wyd. 6. Oxford University Press, 2008.
- Wiese K., Porozumienia o antykonkurencyjnym celu w nowym zawiadomieniu de minimis, MOP 2015, Nr 16.
- Wiese K., Redukcja kary antymonopolowej a ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej MŚP za naruszenia prawa konkurencji - propozycja wykładni przesłanki specyficznej niewypłacalności, IKAR 2016 nr 5(5), dostęp: <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/36/pdf/81.pdf>.
- Wils W.P.J., The Compatibility with Fundamental Rights of the EU Antitrust Enforcement System in Which the European Commission Acts Both as Investigator and as First-Instance Decision Maker (December 3, 2013). World Competition: Law



and Economics Review, Vol. 37, No. 1, 2014; King's College London Law School Research Paper, No. 2014-21, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2363440>.

Wils W.P.J., The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years (June 10, 2016). World Competition: Law and Economics Review, Vol. 39, No. 3, 2016; King's College London Law School Research Paper No. 2016-29, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2793717>.

Wincenciak M., Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania, Oficyna 2008, Lex.

Wolski D., Implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji (2014/104/UE) (w:) T. Skoczny (red.), Prawo konkurencji. 25 lat, Warszawa 2015.

### Publikacje internetowe

Ankersmit A., The principle of fault in EU competition law: C-681/11, Schenker & co. and others, European Law Blog; dostęp: <http://europeanlawblog.eu/2013/06/25/the-principle-of-fault-in-eu-competition-law-c-68111-schenker-co-and-others/>.

Busscher R., Herz M., Vedder H., The shortest competition judgement ever: AC-Treuhand II, dostęp: <http://europeanlawblog.eu/>.

Hartnett B. N., Sparks W., The service provider as cartel facilitator: assessing 'third party' liability under Article 101 TFEU, Symposium: A-typical cartels, Competition law and policy debate, vol. 1, issue 2, May 2015, dostęp:

<https://www.squirepattonboggs.com/~media/files/insights/publications/2015/05/the-service-provider-as-cartel-facilitator/article-hartnett-sparks.pdf>.

Ibañez Colomo P., About the ISU decision: a policy perspective, dostęp: <https://chillingcompetition.com/2018/01/11/about-the-isu-decision-a-policy-perspective/>.

Jurkowska-Gomułka A., Ułatwiacze karteli - wpis na blogu z dnia 4 listopada 2015 r., dostęp: <http://www.modzelewskapasnik.pl/pl/blog/36/31/ulatwiacze-karteli/>.

Lamadrid A., ECJ's Judgement in Case C-74/14 Eturas (on the scope of "concerted practices" and on technological collusion), Chillin' Competition, January 2016, dostęp: <https://chillingcompetition.com/2016/01/22/ecjs-judgment-in-case-c-7414-eturas-on-the-scope-of-concerted-practices-and-on-technological-collusion/>.

Lamadrid A., Two important Opinions: AG Kokott on Post Danmark II (C-23/14) and AG Wahl on AC-Treuhand (C-194/14 P), Chillin' Competition, dostęp: <https://chillingcompetition.com/2015/05/21/two-important-opinions-ag-kokott-on-post-danmark-ii-c-2314-and-ag-wahl-on-ac-treuhand-c-19414-p/>.

Lamadrid A., Villiers S., ECJ Judgment in AC-Treuhand (C-194/14 P) - On the scope of Art. 101 (1) TFEU, dostęp: <https://chillingcompetition.com/2015/10/26/ecj-judgment-in-ac-treuhand-c-19414-p-on-the-scope-of-art-101-1-tfeu/>.

Lawrance S., How can competition authorities react to the antitrust threats of pricing algorithms?, Kluwer Competition Law Blog, dostęp:

<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/04/11/how-can-competition-authorities-react-to-the-antitrust-threats-of-pricing-algorithms/?print=pdf>.

Lawrance S., Linsner M., Eturas - Any conclusions on platform collusion?, Kluwer Competition Law Blog, dostęp: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/01/19/eturas-conclusions-platform-collusion/>.

Mleczo M., Meeting of algorithms: rethinking the current approach to anti-competitive agreements and concerted practices, KNect365, dostęp: <https://knect365.com/complaw-blog/article/a796c01d-fd9b-45aa-8423-ec6d4bc094da/2meeting-of-algorithms-rethinking-the-current-approach-to-anticompetitive-agreements-and-concerted-practices>.

Priluck J., When bots collude, The New Yorker, April 25, 2015, dostęp: <https://www.newyorker.com/business/currency/when-bots-collude>.

Sahuguet N., Walckiers A., Hub-and-Spoke Conspiracies: The Vertical Expression of a Horizontal Desire?, dostęp: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2502147>.

Zdzieborska M., Brave new world of "Robot" cartels?, dostęp: Kluwer Competition Law Blog: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/03/07/brave-new-world-of-robot-cartels/>.

#### **Komunikaty prasowe (sprawdzone 19.05.2018 r.)**

European Commission Press release z dnia 10.12.2003 r. Commission fines members of organic peroxides cartel, IP/03/1700, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-03-1700\\_en.htm?locale=pl](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-1700_en.htm?locale=pl).

European Commission Press Release z dnia 8.07.2008 r. Antitrust: Commission welcomes Court of First Instance judgment in organic peroxide cartel case, MEMO/08/490, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-08-490\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-490_en.htm?locale=en).

European Commission Press Release z dnia 4.02.2015 r., Antitrust: Commission fines broker ICAP € 14.9 million for participation in several cartels in Yen interest rate derivatives sector, IP/15/4104, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4104\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4104_en.htm).

Komunikat prasowy Financial Conduct Authority z dnia 22.01.2015 r. pt. Two former senior executives of Martin Brokers fined and banned for compliance failings related to LIBOR, dostęp: <https://www.fca.org.uk/news/press-releases/two-former-senior-executives-martin-brokers-fined-and-banned-compliance-failings>.

Department of Justice, Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution, April 6, 2015, dostęp: <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>.

CMA Press Release: Online seller admits breaking competition law, 21.07.2016, dostęp: <https://www.gov.uk/government/news/online-seller-admits-breaking-competition-law>.

European Commission Press Release z dnia 22.03.2017 r., Antitrust: Commission proposal to make national competition authorities even more effective enforcers for the benefit of jobs and growth, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-685\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-685_en.htm).

European Commission Press Release z dnia 22.11.2017 r., Antitrust: Commission fines five car safety equipment suppliers € 34 million in cartel settlement, IP/17/4844, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-4844\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-4844_en.htm).

European Commission Press Release: Antitrust: International Skating Union's restrictive penalties on athletes breach EU competition rules, 8.12.2017, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-5184\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5184_en.htm).

### Inne źródła (sprawdzone 19.05.2018 r.)

A. Piszcz, Recenzja rozprawy doktorskiej mgr. Piotra Semeniuka, dostęp: <http://www.wpia.uj.edu.pl/nauka/doktoraty/piotr-semeniuk>.

M. Vestager, Competition in a big data world, DLD 16, Munich, 17 January 2016, dostęp: [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en).

M. Vestager, The new age of corporate monopolies, TEDGlobal>NYC, dostęp: [https://www.ted.com/talks/margrethe\\_vestager\\_the\\_new\\_age\\_of\\_corporate\\_monopolies/transcript](https://www.ted.com/talks/margrethe_vestager_the_new_age_of_corporate_monopolies/transcript).

M. Vestager, Algorithms and competition, Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin, 16 March 2017, dostęp:

[https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en).

N. Kroes, European Competition Policy - Delivering Better Markets and Better Choices, 15th Sep 2005, dostęp: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-05-512\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm).

R. Whish, Big Data and competition - big deal or no deal, wywiad, transkrypcja dostępna: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/videos/149169/big-data-and-competition--big-deal-or-no-deal>.

Raport GSMA, Resetting competition policy frameworks for the digital ecosystem, October 2016, dostęp: [https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/10/GSMA\\_Resetting-Competition\\_Report-Summary\\_Oct-2016\\_16pp\\_WEBv3.pdf](https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/10/GSMA_Resetting-Competition_Report-Summary_Oct-2016_16pp_WEBv3.pdf).

J. Hawksorth, R. Vaughan, The Sharing economy: how will it disrupt your business? - prezentacja PwC 2014, dostęp: [http://pwc.blogs.com/files/sharing-economy-final\\_0814.pdf](http://pwc.blogs.com/files/sharing-economy-final_0814.pdf).

G. Federico, A brief introduction to the e-books case, Annual ACE Conference, December 13, 2013, dostęp:

[http://www.competitioneconomics.org/dyn/files/basic\\_items/501-file/Federico%20-%20ACE%202013-%20E%20Books%20v1%200.pdf](http://www.competitioneconomics.org/dyn/files/basic_items/501-file/Federico%20-%20ACE%202013-%20E%20Books%20v1%200.pdf).

OECD (2017), Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, <http://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>.

ETPC, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights - Right to a fair trial (criminal limb), dostęp: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf).

Decyzja CMA z dnia 12.08.2016 r. w sprawie Online sale of posters and frames, case 50223, dostęp: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-sales-of-discretionary-consumer-products>.

Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego, Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego z dnia 10.05.2017 r. COM(2017) 229 final, dostęp: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final%20report\\_pl.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final%20report_pl.pdf).

United States District Court Northern District of California San Francisco Division, U.S. v David Topkins, Plea Agreement, dostęp: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/628891/download>.

United States District Court Northern District of California San Francisco Division, U.S. v Daniel William Aston and Trod Limited, d/b/a Buy 4 Less, d/b/a Buy For Less, d/b/a Buy-For-Less-Online, dostęp: <https://www.justice.gov/atr/file/887196/download>.

Financial Conduct Authority, Final Notice dla Martin Brokers z dnia 15.05.2014 r., dostęp: <https://www.fca.org.uk/publication/final-notices/martin-brokers-uk-ltd.pdf>.

### **Decyzje Komisji Europejskiej**

Decyzja Komisji z dnia 26.05.1978 r. w sprawie IV/29.559 - **RAI/UNITEL**, OJ 15.6.1978, L 157/39.

Decyzja Komisji z dnia 31.01.1979 r., OJ L 57 z roku 1979, str. 33.

Decyzja Komisji z dnia 17.12.1980 r., IV/29.869 - **Italian cast glass**, OJ L 383, 21.12.80, p. 19.

Decyzja Komisji z dnia 7.12.1984 r. w sprawie IV/28.930 - **Milchförderungsfonds**.

Decyzja Komisji z dnia 23.04.1986 r., IV/31.149 - **Polipropylen**, OJ L 230, 18.08.1986, p. 1.

Decyzję Komisji z dnia 19.12.1991 r. w sprawie IV/33.133-A: **Soda-ash - Solvay**.

Decyzja Komisji z dnia 29.03.1994 r. w sprawie IV/33.941 - **HOV SVZ/MCN**.

Decyzja Komisji z dnia 30.11.1994 r. w sprawie IV.33.126 i 33.322 - **Cement**.

Decyzja Komisji z dnia 21.10.1998 r. w sprawie IV/35.691/E-4: **Pre-Insulated Pipes**.

Decyzja Komisji z dnia 21.11.2001 r. w sprawie COMP/E-1/37.512 - **Vitamins**.

Decyzja Komisji z dnia 10.12.2003 r. w sprawie COMP/E-2/37.857 - **Organic Peroxides**.

Decyzja Komisji z dnia 9.12.2004 r. w sprawie COMP / E-2 / 37.533 - **Choline chloride**.

Decyzja Komisji z dnia 24.01.2007 r. w sprawie COMP/F/38.899 - **Gas Insulated Switchgear**.

Decyzja Komisji z dnia 16.07.2008 r. w sprawie COMP/C2/38.698 - **CISAC**.

Decyzja Komisji z dnia 12.11.2008 r. w sprawie COMP/39.125 - **Carglass**.

Decyzja Komisji z dnia 11.11.2009 r. w sprawie COMP/38589 - **Heat Stabilisers**.

Decyzja Komisji z dnia 28.01.2009 r. w sprawie COMP/39406 - **Marine Hose**.

Decyzja Komisji z dnia 9.11.2010 r. w sprawie COMP/39258 - **Airfreight**.

Decyzja Komisji z dnia 5.12.2012 r. w sprawie AT.39437 - **TV and computer monitor tubes**.

Decyzja Komisji z dnia 12.12.2012 r. w sprawie COMP/AT.39847, **E-Books**.

Decyzja Komisji z dnia 19.06.2013 r. w sprawie AT.39226 - **Lundbeck**.

Decyzja Komisji z dnia 4.12.2013 r., AT.39861 - **Yen Interest Rate Derivates**.

Decyzja Komisji z dnia 10.12.2014 r. w sprawie AT.39780 - **Envelopes**.

Decyzja Komisji z dnia 4.02.2015 r. w sprawie AT.39861 - **Yen Interest Rate Derivates**.

Decyzja Komisji z dnia 19.07.2016 r. w sprawie AT.39824 - **Trucks**.

Decyzja Komisji z dnia 21.06.2017 r. w sprawie AT.40013 - **Lighting systems**.

### **Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE (Trybunału)**

Wyrok Trybunału z dnia 30.06.1966 r. w sprawie 56-65, **Société Technique Minière**.

Wyrok Trybunału z dnia 15.07.1970 r. w sprawie 45/69, **Boehringer Mannheim**.

Wyrok Trybunału z dnia 15.07.1970 r. w sprawie 41/69, **Chemiefarma**.

Wyrok Trybunału z dnia 25.11.1971 r. w sprawie 22/71, **Beguelin Import**.

Wyrok Trybunału z dnia 13.02.1979 r. w sprawie 85/76, **Hoffmann-La Roche**.

Wyrok Trybunału z dnia 6.10.1982 r. w sprawie 283/81, **Cilfit**.

Wyrok Trybunału z dnia 8.11.1983 r. w sprawach połączonych 96 do 102, 104, 105, 108 i 110/82, **NV IAZ International Belgium and Others**.

Wyrok z dnia 27.01.1987 r. w sprawie 45/85, **Verband der Sachversicherer**.

Wyrok Trybunału z dnia 11.01.1990 r. w sprawie C-277/87, **Sandoz prodotti farmaceutici SpA**.



Wyrok Trybunału z dnia 31.03.1993 r. w sprawach połączonych C-89/85, C-104/85, C-114/85, C- 116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 oraz C-129/85, **A. Ahlström Osakeyhtiö i inni**.

Wyrok Trybunału z dnia 24.10.1996 r. w sprawie C-73/95 P, **Viho Europe BV**.

Wyrok Trybunału z dnia 28.04.1998 r. w sprawie C-306/96, **Javico**.

Wyrok Trybunału z dnia 8.07.1999 r. w sprawie C-49/92 P, **Anic Partecipazioni**.

Wyrok Trybunału z dnia 8.07.1999 r. w sprawie C-199/92 P, **Hüls AG**.

Wyrok Trybunału z dnia 12.09.2000 r. w sprawach połączonych C-180/98 do C-184/98, **Pavel Pavlov i in.**

Wyrok Trybunału z dnia 20.09.2001 r. w sprawie C- 453/99, **Courage v. Crehan**.

Wyrok Trybunału z dnia 2.10.2003 r. w sprawie C-176/99 P, **ARBED**.

Wyrok Trybunału z dnia 7.01.2004 r. w sprawach połączonych C-2004/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P - **Aalborg Portland i in.**

Wyrok Trybunału z dnia 28.06.2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, **Dansk Rorindustri i in.**

Wyrok Trybunału z dnia 15.02.2005 r. w sprawie C 12/03 P, **Tetra Laval**.

Wyrok Trybunału z dnia 26.10.2006 r. w sprawie C-248/04, **Koninklijke Cooperatie Cosun UA**.

Wyrok Trybunału z dnia 23.11.2006 r. w sprawie C 238/05, **Asnef-Equifax and Administración del Estado**.

Wyrok Trybunału z dnia 20.11.2008 r. w sprawie C 209/07, **Beef Industry Development Society Ltd**.

Wyrok TSUE z dnia 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08, **T-Mobile Netherlands i in.**

Wyrok Trybunału z dnia 3.09.2009 r. w sprawach połączonych C-322/07 P, C-327/07 P and C-338/07 P, **Papierfabrik August Koehler AG i in.**

Wyrok TSUE z dnia 6.10.2009 r. w sprawach połączonych C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P oraz C-519/06 P, **GlaxoSmithKline Services i in.**

Wyrok TSUE z dnia 3.05.2011 r. w sprawie C-375/09, **Tele 2 Polska**.

Wyrok TSUE z dnia 14.06.2011 r. w sprawie C-360/09, **Pfleiderer**.

Wyrok Trybunału z dnia 8.12.2011 r. w sprawie C-386/10 P, **Chalkor AE Epexergasias Metallon**.

Wyrok Trybunału z dnia 6.12.2012 r. w sprawie C- 441/11 P, **Verhuizingen Coppens**.

Wyrok TSUE z dnia 13.12.2012 r. w sprawie C 226/11, **Expedia**.

Wyrok Trybunału z dnia 14.03.2013 r. w sprawie C 32/11, **Allianz Hungária Biztosító Zrt i in.**

Wyrok TSUE z dnia 18.06.20013 r. w sprawie C-681/11, **Schenker & Co. i in.**

Wyrok Trybunału z dnia 18.07.2013 r. w sprawie C-501/11 **Schindler Holding.**

Wyrok TSUE z dnia 19.12.2013 r. w sprawach połączonych C-239/11 P, C-489/11 P i C-498/11 P, **Siemens.**

Wyrok Trybunału z dnia 10.07.2014 r. w sprawie C-295/12 P, **Telefónica SA i in.**

Wyrok TSUE z dnia 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P, **Groupement des Cartes Bancaires.**

Wyrok TSUE z dnia 11.09.2014 r. w sprawie C-382/12 P, **MasterCard i in.**

Wyrok TSUE z dnia 4.12.2014 r. w sprawie C-413/13, **FNV Kunsten Informatie en Media.**

Wyrok TSUE z dnia 19.03.2015 r. w sprawie C 286/13 P, **Dole Food Company.**

Wyrok TSUE z dnia 17.09.2015 r. w sprawie C-634/13 P, **Total Marketing Services.**

Wyrok Trybunału z dnia 15.10.2015 w sprawie C-310/14, **Nike European Operations Netherlands BV.**

Wyrok TSUE z dnia 22.10.2015 r. w sprawie C 194/14 P, **AC-Treuhand II.**

Wyrok Trybunału z dnia 26.11.2015 r. w sprawie C 345/14, **SIA 'Maxima Latvija'.**

Wyrok TSUE z dnia 21.01.2016 r. w sprawie C-74/14 **Eturas.**

Wyrok TSUE z dnia 21.07.2016 r. w sprawie C-542/14, **VM Remonts i in.**

### **Wyroki Sądu (Sądu Pierwszej Instancji)**

Wyrok Sądu z dnia 16.12.1975 r. w sprawach połączonych 40- 48, 50, 54-56, 111, 113 i 114/73, **Suiker Unie i in.**

Wyrok Sądu z dnia 29.10.1980 r. w sprawach połączonych 209 do 215 i 218/78, **Heintz van Landewyck.**

Wyrok SPI z dnia 24.10.1991 r. w sprawie T-1/89, **Rhone Poulenc.**

Wyrok SPI z dnia 17.12.1991 r. w sprawie T-6/89, **Enichem Anic.**

Wyrok SPI z dnia 17.12.1991 r. w sprawie T-7/89, **Hercules Chemicals.**

Wyrok Sądu z dnia 15.12.1994 r. w sprawie C-250/92, **Gøttrup-Klim Grovwareforening i in.**

Wyrok SPI z dnia 20.04.1999 r. w sprawach połączonych T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 i T-335/94, **Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. i in.**

Wyrok SPI z dnia 15.03.2000 r. w sprawach połączonych T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T- 32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T- 45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T- 57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95,

T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T- 69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 i T-104/95, **Cimenteries CBR SA i in.**

Wyrok SPI z dnia 6.07.2000 r. w sprawie T-62/98, **Volkswagen.**

Wyrok SPI z dnia 26.10.2000 r. w sprawie T-41/96, **Bayer.**

Wyrok Sądu z dnia 22.01.2002 r. w sprawie C-218/00, **Cisak.**

Wyrok Sądu z dnia 19.02.2002 r. w sprawie C-309/99, **Wouters.**

Wyrok SPI z dnia 20.03.2002 r. w sprawie T-9/99, **HFB i in.**

Wyrok Sądu z dnia 16.06.2002 r. w sprawie T 211/08, **Putters International NV.**

Wyrok Sądu z dnia 16.03.2004 r. w sprawie C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01 **AOK Bundesverband i in.**

Wyrok Sądu z dnia 11.07.2006 r. w sprawie C-205/03 P, **FENIN.**

Wyrok SPI z dnia 5.12.2006 r. w sprawie T-303/02, **Westfallen Gassen Nederland BV.**

Wyrok SPI z dnia 11.07.2007 r. w sprawie T-170/06, **Alrosa.**

Wyrok Sądu z dnia 12.09.2007 r. w sprawie T-36/05, **Coats Holdings.**

Wyrok Sądu z dnia 12.12.2007 r. w sprawach połączonych T-101/05 oraz T-111/05, **BASF i UCB.**

Wyrok SPI z dnia 8.07.2008 r. w sprawie T-99/04, **AC-Treuhand I.**

Wyrok Sądu z dnia 8.07.2008 r. w sprawie T-53/03, **BPB plc.**

Wyrok Sądu z dnia 28.04.2010 r. w sprawie T-446/05, **Amann & Söhne GmbH & Co. KG.**

Wyrok Sądu z dnia 19.05.2010 r. w sprawie T-21/05, **Chalkor AE Epexergasias Metallon.**

Wyrok Sądu z dnia 7.12.2010 r. w sprawie C-439/08, **VEBIC.**

Wyrok Sądu z dnia 24.03.2011 r. w sprawie T-385/06, **Aalberts.**

Wyrok Sądu z dnia 16.06.2011 r. w sprawie T-235/07, **Bavaria NV .**

Wyrok Sądu z dnia 16.06.2011 r. w sprawie T-199/08, **Ziegler SA.**

Wyrok Sądu z dnia 29.06.2012 r. w sprawie T-360/09, **E.ON Ruhrgas AG i in.**

Wyrok Sądu z dnia 17.05.2013 r. w sprawach połączonych T-147/09 i T-148/09, **Trelleborg Industrie.**

Wyrok Sądu z dnia 13.09.2013 r. w sprawie T-566/08, **Total Raffinage Marketing.**

Wyrok Sądu z dnia 21.05.2014 r. w sprawie T-519/09, **Toshiba.**

Wyrok Sądu z dnia 10.10.2014 r. w sprawie T-68/09, **Soliver.**

Wyrok Sądu z dnia 9.09.2015 r. w sprawie T- 104/13, **Toshiba Corp.**

Wyroku Sądu z dnia 9.09.2016 r. w sprawie T-472/13, **H. Lundbeck A/S**.

Wyrok Sądu z dnia 15.12.2016 r. w sprawie T 762/14, **Koninklijke Philips NV**.

Wyrok Sądu z dnia 10.11.2017 r. w sprawie T-180/15, **ICAP**.

### **Opinie rzecznika generalnego**

Opinia rzecznika generalnego **J. Kokott** z dnia 28.02.2013 r. w sprawie C-681/11, **Schenker & Co. i in.**

Opinia rzecznika generalnego **N. Wahla** z dnia 21.05.2015 r. w sprawie C-194/14 P, **AC Treuhand II**.

Opinia rzecznika generalnego **N. Wahla** z dnia 26.07.2017 r. w sprawie C-230/16, **Coty Germany**.

### **Orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka**

Wyrok ETPC z dnia 8.06.1976 r. w sprawie **Engel i in. v. Holandia**, Hudoc 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

Wyrok ETPC z dnia 27.02.1991 r. w sprawie **Société Stenuit v Francji**, Hudoc 11598/85.

Wyrok ETPC z dnia 25.05.1993 r. w sprawie **Kokkinakis v. Grecja**, nr 14307/88.

Wyrok ETPC z dnia 22.11.1995 r. w sprawie **S.W. v. Wielka Brytania**, nr 20166/92, Hudoc.

Wyrok ETPC z dnia 8.07.1999 r. w sprawie **Başkaya i Okçuoğlu v. Turcja**, nr 23536/94 oraz 24408/94, Hudoc.

Wyrok ETPC z dnia 22.03.2001 r. w sprawie **Streletz, Kessler and Krenz v. Niemcy**, nr 34044/96, 35532/97 i 44801/98, Hudoc.

Wyrok ETPC z dnia 23.11.2006 r. w sprawie **Jussila v. Finlandia**, Hudoc 73053/01.

Wyrok ETPC z dnia 27.09.2009 r. w sprawie **A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy**, Hudoc 43509/08.

Wyrok ETPC z dnia 21.10.2013 r. w sprawie **Del Rio Prada v. Hiszpania**, nr 42750/09, Hudoc.

Wyrok ETPC z dnia 20.10.2015 r. w sprawie **Vasiliauskas v. Litwa**, nr 35343/05, Hudoc.

Wyrok ETPC z dnia 24.01.2017 r. w sprawie **Koprivnikar v. Słowenia**, nr 67503/13, Hudoc.

### **Decyzje Europejskiej Komisji Praw Człowieka**

Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 15.01.1997 r. w sprawie **L.-G. R. v. Szwecja**, nr 27032/95, Hudoc.

Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 16.09.2004 r. w sprawie **Delbos i in. v. Francja**, nr 60819/00, Hudoc.









**Katarzyna Menszig-Wiese** – doktor nauk prawnych Uniwersytetu Jagiellońskiego, absolwentka studiów LL.M na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Specjalizuje się w prawie konkurencji oraz prawie konsumenckim ze szczególnym uwzględnieniem ich praktycznego zastosowania w obszarze nowych technologii. Aktywność naukową łączy z wykonywaniem zawodu radcy prawnego.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa  
[www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)

ISBN 978-83-64681-33-2



9 788364 681332