

Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)

pod redakcją Cezarego Banasińskiego

Ochrona konkurencji i konsumentów
w Polsce i Unii Europejskiej
(studia prawno-ekonomiczne)

Publikacja jubileuszowa
z okazji piętnastolecia
Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów



URZĄD OCHRONY
KONKURENCJI
i KONSUMENTÓW

Plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa
tel. 0-22/ 556 08 00
www.uokik.gov.pl
konsument@uokik.gov.pl

© 2005 Urząd Ochrony
Konkurencji i Konsumentów

Wszelkie prawa zastrzeżone.
Żadna część niniejszej publikacji nie może
być reprodukowana, przechowywana i prze-
twarzana, jako źródło danych w jakiegokolwiek
formie zapisu bez pisemnej zgody Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Agencja
Promocyjno-Wydawnicza
UNIGRAF
Bydgoszcz
www.unigraf.bydg.pl

ISBN 83-922705-0-9

Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej

(studia prawno-ekonomiczne)

pod redakcją Cezarego Banasińskiego



WARSZAWA 2005

Spis treści

Wykaz ważniejszych skrótów	6
Słowo wstępne	7
Rozdział I	
ROLA PAŃSTWA W ZAKRESIE OCHRONY KONKURENCJI W STOSUNKACH GOSPODARCZYCH	9
<i>Cezary Banasiński</i>	
Ewolucja ustawodawstwa antymonopolowego w Polsce	9
<i>Anna Fornalczyk</i>	
Pierwsze doświadczenia Urzędu Antymonopolowego	25
<i>Witold M. Orłowski</i>	
Piętnaście lat walki z monopolem – kilka uwag z perspektywy makroekonomicznej	37
<i>Claes Norgren</i>	
Sprawnie funkcjonujące rynki – wyzwanie dla urzędów antymonopolowych i rządów	49
<i>Andrzej Turliniński</i>	
Miejsce Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w systemie organów ochrony prawnej	61
Rozdział II	
KONKURENCJA, KONKURENCYJNOŚĆ, WOLNY RYNEK	67
<i>Leszek Balcerowicz</i>	
Konkurencja – wynalazek Zachodu	67
<i>Robert Gwiazdowski</i>	
O zaletach konkurencji i potrzebie jej efektywnej ochrony	75
<i>Bohdan Wyżnikiewicz</i>	
Rozważania o konkurencji i konkurencyjności	87
<i>Edward Stawicki</i>	
Konkurencja w handlu	95
Rozdział III	
WYBRANE ASPEKTY PRAWA I POLITYKI KONKURENCJI	105
<i>Tadeusz Skoczny</i>	
W sprawie modernizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej	105
<i>Stanisław Soltysiński</i>	
Ograniczenia swobody kontraktowej w umowach licencyjnych wynikające z przepisów unijnego prawa antymonopolowego w świetle rozporządzenia Komisji Nr 772 / 2004	133

<i>Jerzy Baehr, Aleksander Stawicki</i> Rozważania wokół równoległego stosowania prawa konkurencji i instrumentów regulacyjnych	144
<i>Stanisław Piątek</i> Udział Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w regulowaniu rynków telekomunikacyjnych	161
Rozdział IV POMOC PUBLICZNA INTEGRALNĄ CZĘŚCIĄ POLITYKI KONKURENCJI	177
<i>Eugeniusz Piontek</i> Ewolucja podejścia Wspólnoty Europejskiej do pomocy państwa dla przedsiębiorstw	177
<i>Sławomir Dudzik</i> Wspólnotowa regulacja pomocy państwa dla przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym	203
<i>Jarosław Pietras</i> Ewolucja prawa konkurencji w zakresie udzielania pomocy publicznej w świetle procesu integracji Polski z Unią Europejską	219
Rozdział V PERSPEKTYWY OCHRONY KONSUMENTÓW	231
<i>Wojciech Gasparski</i> Ku obywatelskiej Rzeczypospolitej gospodarczej	231
<i>Andrzej Zoll</i> Skargi konsumentów w praktyce Rzecznika Praw Obywatelskich	241
<i>Marian Strużycki</i> Ochrona konkurencji i konsumentów – konteksty ekonomiczne	249
<i>Anna Mokrysz-Olszyńska</i> Rola kodeksów dobrych praktyk w ochronie konsumenta	263
<i>Sławomir Nowotny</i> Wiedza wspomagająca ochronę konsumentów – wykorzystanie badań społecznych dla potrzeb polityki konsumenckiej	283
Noty o autorach	293

Wykaz ważniejszych skrótów

CMLR – Common Market Law Review	UA – Urząd Antymonopolowy (obecnie UOKiK)
DG – Dyrekcja Generalna	UE – Unia Europejska
Dz.U. – Dziennik Ustaw	UNCTAD – Konferencja Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju (United Nations Conference on Trade and Development)
Dz.Urz. UE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej	UOKiK – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dz.Urz. WE – Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich	uokik – ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów
ECLR – European Competition Law Review	URE – Urząd Regulacji Energetyki
ECR – European Court Reports	URTiP – Urząd Regulacji Telekomunikacji i Poczty
ELR – European Law Review	v. – przeciwko (versus)
ETS – Europejski Trybunał Sprawiedliwości	WE – Wspólnota Europejska
EWG – Europejska Wspólnota Gospodarcza	Zb. Orz – Zbiór Orzeczeń
FKH – Federalna Komisja Handlu	z późn. zm. – z późniejszymi zmianami
GPW – Giełda Papierów Wartościowych	
ICN – Międzynarodowa Sieć Konkurencji (International Competition Network)	
kc – kodeks cywilny	
KE – Komisja Europejska	
kk – kodeks karny	
kpa – kodeks postępowania administracyjnego	
kpc – kodeks postępowania cywilnego	
KPP – Kwartalnik Prawa Prywatnego	
nast. – następne	
nr – numer	
NSA – Naczelny Sąd Administracyjny	
OECD – Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (Organisation for Economic Co-operation and Development)	
PiP – Państwo i Prawo	
pkt – punkt	
poz. – pozycja	
pt – prawo telekomunikacyjne	
s. – strona	
SOKiK – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów	
SPI – Sąd Pierwszej Instancji	
sygn. – sygnatura	
t.j. – tekst jednolity	
TWE – Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską	

Słowo wstępne

Piętnastoletnia historia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest równocześnie historią polskiej transformacji ustrojowej i gospodarczej, a jego powołanie zbiega się w czasie z przejściem od systemu centralnego planowania do wolnego rynku. U źródeł powstania ówczesnego Urzędu Antymonopolowego legło przekonanie, że wolność gospodarcza wymaga zagwarantowania samodzielności działania przedsiębiorców. Wolnego rynku nie można natomiast traktować jako pewnego osiągniętego stanu, lecz raczej jako dynamiczny proces. Obie wartości, wolność gospodarcza i wolny rynek – stanowiące zarazem polityczne fundamenty demokracji – wymagają zatem ciągłej ochrony przed zagrożeniami, z których najpoważniejsze stanowią porozumienia antykonkurencyjne oraz przypadki nadużywania silnej pozycji rynkowej przez podmioty ją posiadające. Prowadzenie polityki antymonopolowej miało istotne znaczenie zwłaszcza w warunkach transformacji, kiedy na wielu rynkach konkurencja zniekształcona była przez obecność dawnego monopolisty. Równie duże wyzwanie stanowiły – i w dużej mierze stanowią nadal – zmiany w mentalności. Pół wieku gospodarki centralnie sterowanej zrobiło swoje i spora część kadry zarządzającej, ale również urzędników i rządzących, musiało od podstaw nauczyć się reguł konkurencji oraz działania w warunkach nieskrępowanej gry rynkowej.

Jeszcze inaczej rzecz miała się z polityką ochrony konsumentów – w prostej linii wywodzącej się z konstatacji, że w relacjach z przedsiębiorcami pozostają oni stroną słabszą. Stąd konieczność zabezpieczenia ich interesów zdrowotnych i ekonomicznych, a także realizacji prawa do informacji i reprezentacji. Tu również musieliśmy zmierzyć się z dziedzictwem gospodarki socjalistycznej. Kiedy w Europie trwał proces wyznaczania i harmonizacji standardów ochrony konsumentów – postrzegany jako ważny element w budowie rynku wewnętrznego, który przecież nie powiodłby się bez zaufania nabywców – w Polsce dopiero tworzono wolny rynek po okresie permanentnych niedoborów podstawowych dóbr i usług. Kiedy więc w roku Urzędowi 1996 powierzono zadanie realizacji rządowej polityki konsumenckiej, podstawowym wyzwaniem było nie tylko dostosowanie prawnego systemu ochrony słabszych uczestników rynku do regulacji unijnych, ale i zmiany w świadomości. Konieczne było przekonanie

konsumentów, że przysługują im prawa – choćby do reklamacji wadliwych towarów – i powinni z nich korzystać.

Mamy za sobą długą drogę – od tworzenia zrębów systemu ochrony konkurencji i konsumentów, przez ich dostosowywanie do standardów unijnych, aż po kreowanie polityki w warunkach Jednolitego Rynku. Przygotowując niniejszą publikację z okazji piętnastolecia UOKiK nie patrzyliśmy jednak w przeszłość. Nie koncentrowaliśmy się na historii – jej zapis odnaleźć można nie tylko w rocznych sprawozdaniach i Dzienniku Urzędowym UOKiK, ale i w archiwach mediów – prowadzimy bowiem otwartą i przejrzystą politykę informacyjną. Postanowiliśmy zwrócić się ku przyszłości. W publikacji znajdą Państwo przede wszystkim teksty prezentujące poglądy na cele i zadania polityki antymonopolowej i polityki ochrony konsumentów, aktualny stan wiedzy na temat tych zagadnień, a także perspektywy na najbliższe lata.

Cezary Banasiński

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

ROLA PAŃSTWA W ZAKRESIE OCHRONY KONKURENCJI W STOSUNKACH GOSPODARCZYCH

Cezary Banasiński

EWOLUCJA USTAWODAWSTWA ANTYMONOPOLOWEGO W POLSCE

Wprowadzenie

Ustawodawstwo antymonopolowe w nowoczesnym państwie o gospodarce rynkowej pełni funkcję instrumentu interwencji państwa w procesy gospodarcze. Ustawodawstwo to stanowi część publicznego prawa gospodarczego, a zatem tych norm, których funkcją jest porządkujące oddziaływanie państwa na stosunki gospodarcze. Rolą ustawodawstwa antymonopolowego jest przeciwdziałanie nadużyciom na rynku, prowadzącym do uszczuplenia wolności gospodarczej jednych przedsiębiorców przez inne podmioty.

Można dyskutować, jaki powinien być zakres norm publicznego prawa gospodarczego, a tym samym zakres oddziaływania państwa na gospodarkę. Problem ten analizowany jest zarówno w ujęciu teoretycznym, poprzez pryzmat aktualnych doktryn polityczno-gospodarczych, jak i w drodze polityczno-ustrojowych, empirycznych analiz wpływu określonych opcji politycznych na intensywność i zakres ingerowania państwa w stosunki gospodarcze. Charakterystyczne jest jednak, że poza dyskusją o celowości ingerencji państwowej w prywatną gospodarkę pozostaje w całości kwestia ochrony rynku przed działaniami wypaczającymi jego fundamentalne reguły oparte na prawie popytu i podaży, a mianowicie działaniami polegającymi na kartelizacji gospodarki i nadużywaniu

pozycji dominującej przez przedsiębiorców. Działania państwa ukierunkowane na przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję nie są bowiem skierowane przeciw wolności gospodarczej, lecz mają sprzyjać i wzmacniać wolność gospodarującego obywatela na rynku.

Początki ustawodawstwa antymonopolowego w Polsce

Ustawodawstwo antymonopolowe II Rzeczypospolitej odnosiło się praktycznie jedynie do karteli. Brak regulacji w innych obszarach ochrony konkurencji nie musiał wcale oznaczać, że przepisy te były niekompletne. Ówczesne realia gospodarcze nie wymagały – jak można sądzić – przyjęcia bardziej kompleksowej regulacji. W tym kontekście wymienić należy trzy najważniejsze akty prawne z tego okresu – ustawę z dnia 28 marca 1933 r. o kartelach¹, rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 4 lipca 1933 r. w sprawie rejestru kartelowego² i ustawę z dnia 13 lipca 1939 r. o porozumieniach kartelowych³. Wejście w życie ostatniego z wymienionych aktów przewidziano na dzień 20 października 1939 r. Wybuch wojny nie pozwolił na stosowanie w praktyce uchwalonych przepisów.

Po roku 1945 pierwszym przejawem troski ustawodawcy o zachowanie konkurencji była dopiero uchwalona 28 stycznia 1987 r. ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej⁴. Akt ten można określić mianem pierwszej powojennej, w miarę kompleksowej „ustawy antymonopolowej”, zawierał bowiem określenie praktyk monopolistycznych, wyznaczał krąg podmiotów, do których miał zastosowanie (jednostki gospodarcze), a także definiował organ antymonopolowy, którym (zgodnie z brzmieniem art. 4 ust. 1) był Minister Finansów.

Moment uchwalenia tej regulacji tkwił całkowicie w realiach gospodarczych PRL. Wprawdzie funkcjonowała już ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o zasadach prowadzenia na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne⁵ (tzw. ustawa o firmach polonijnych), która wprowadziła swego rodzaju namiastkę liberalizacji gospodarczej, będącą jednak raczej próbą doraźnej poprawy fatalnego stanu gospodarki niż efektem rzeczywiście perspektywicznego spojrzenia na rozwój polskiej gospodarki. Brak było ustawodawstwa konstytuującego zasadę swobody prowadzenia działalności gospodarczej, jak i przepisów normujących swobodę międzysektorowego zaopatrzenia materiałowo-

¹ Dz.U. Nr 31, poz. 270.

² Dz.U. Nr 48, poz. 383.

³ Dz.U. Nr 63, poz. 418.

⁴ Dz.U. Nr 3, poz. 18 z późn. zm. Ustawa weszła w życie z dniem 1 stycznia 1988 r. Nowelizowano ją trzykrotnie.

⁵ Dz.U. z 1989 r. Nr 27, poz. 148 z późn. zm.

⁶ Dz.U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm. Ustawa ta została uchylona ustawą z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.), która następnie została niemalże w całości uchylona obowiązującą obecnie ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.).

-technicznego. Zasadniczą zmianę przyniosła dopiero ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej⁶, stanowiąca w art. 1, że podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej jest wolne i dozwolone każdemu na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa.

Gospodarka planowa, sterowana centralnie, mogła praktycznie obyć się bez przepisów antymonopolowych. W takim systemie procesy ekonomiczne nie są regulowane swobodną grą podaży i popytu. Od strony strukturalnej gospodarka planowa oznacza obecność jedynie państwowych podmiotów, które nie są stymulowane do konkutowania ze sobą, należą bowiem do jednego właściciela, który w drodze planu określa ich udział w rynku. Cechą charakterystyczną takich systemów jest więc występowanie monopolistów.

Ustawa z 1987 r. nie zawierała klasycznego podziału zachowań antykonkurencyjnych na niedozwolone porozumienia i nadużywanie pozycji dominującej. Zakres jej stosowania określono w art. 1, który stanowił, iż ustawa regulowała *zasady przeciwdziałania praktykom monopolistycznym stosowanym przez jednostki gospodarcze oraz przez ich zrzeszenia i związki, które wywołują skutki na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*. Zgodnie z art. 3 ust. 1 stosowanie ustawy wyłączono w odniesieniu do przedsiębiorstw państwowych podległych ministrom: Finansów, Obrony Narodowej, Sprawiedliwości, Spraw Wewnętrznych oraz Spraw Zagranicznych, a także przedsiębiorstw podległych Prezesowi Narodowego Banku Polskiego.

Na podstawie art. 9 ustawy z 1987 r. organ antymonopolowy mógł m.in. uznać za godzące w interes społeczny albo w interesy innych jednostek gospodarczych lub konsumentów (i zakazać) działania jednostki gospodarczej polegające na ograniczaniu produkcji, skupu lub zbytu towarów, mimo istnienia możliwości zaopatrzeniowych, niewykorzystanych zdolności produkcyjnych i niezaspokojonego popytu, prowadzące do podwyższenia ceny danego towaru. Z kolei w przypadku stosowania cen rażąco wysokich, organowi przysługiwała uprawnienia regulatora cenowego⁷. W konsekwencji ustawa nakierowana była bardziej na wychwytywanie nieefektywnościowych zachowań państwowych jednostek gospodarczych i stabilizowanie cen niż na tradycyjnie pojmowane zachowania antykonkurencyjne.

Ustawa antymonopolowa z 1987 r. przewidywała kary pieniężne w postaci wpłat na Fundusz Rozwoju Rynku i Demonopolizacji Handlu⁸, a w przypadku uporczywych naruszeń ustawy, w odniesieniu do niektórych jednostek gospodarczych możliwe było wydanie decyzji ustanawiającej nakaz ich podziału.

⁷ Art. 10 ust. 4 ustawy z 1987 r. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 26 lutego 1982 r. o cenach (Dz.U. z 1981 r. Nr 49, poz. 261 z późn. zm.).

⁸ Pierwotnie: Fundusz Rozwoju Rynku. Zob. art. 13 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o Funduszu Rozwoju Rynku i Demonopolizacji Handlu (Dz.U. Nr 30, poz. 159 z późn. zm.). Fundusz Rozwoju Rynku i Demonopolizacji Handlu został następnie zlikwidowany na mocy art. 25 pkt 10 ustawy z dnia 14 grudnia 1990 r. o zniesieniu i likwidacji niektórych funduszy (Dz.U. Nr 89, poz. 517 z późn. zm.), która weszła w życie z dniem 1 stycznia 1991 r.

Przewidziano także kary dla osób pełniących funkcję kierownika jednostki gospodarczej.

Postępowanie w sprawach przeciwdziałania praktykom monopolistycznym można było prowadzić z urzędu lub na wniosek. Uprawnionymi do wystąpienia z wnioskiem były m.in. właściwe miejscowo wojewódzkie rady narodowe i jednostki gospodarcze, których interes został lub mógł być naruszony przez praktykę monopolistyczną. Do postępowań w sprawach przeciwdziałania praktykom monopolistycznym zastosowanie znajdowały przepisy kodeksu postępowania administracyjnego. Nie przewidywano natomiast szczególnego, sądowego trybu odwołań od decyzji wydanych w toku postępowania administracyjnego. Decyzja organu antymonopolowego mogła być zaskarżona do Naczelnego Sądu Administracyjnego z powodu jej niezgodności z prawem; nie dotyczyło to jednak decyzji o łączeniu jednostek gospodarczych (nawiasem mówiąc przepisy dotyczące prewencyjnej kontroli koncentracji nie były nazbyt rozbudowane, przesuując punkt ciężkości rozstrzygnięć w tym zakresie na decyzje oparte na swobodnym uznaniu, nie zaś na określonych pograch wartościowych).

Ustawa antymonopolowa z 1990 r.

Rozpoczęcie transformacji ustrojowej skutkowało uchwaleniem 24 lutego 1990 r. ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym⁹. Na mocy tej ustawy utworzono Urząd Antymonopolowy jako centralny organ administracji państwowej w sprawach przeciwdziałania praktykom monopolistycznym, kierowany przez prezesa powoływanego i odwoływanego przez Prezesa Rady Ministrów. UA podlegał Radzie Ministrów. Prezes Urzędu mógł utworzyć delegatury Urzędu oraz określić ich siedziby, właściwość terytorialną i rzeczową.

Ustawa zawierała katalog praktyk monopolistycznych z wyodrębnieniem zakazanych porozumień i nadużywania pozycji dominującej. UA mógł wydawać decyzje nakazujące zaniechania praktyk monopolistycznych i określające warunki tego zaniechania. Jeżeli skutek stosowania praktyk monopolistycznych nastąpiło podwyższenie cen, Urząd Antymonopolowy mógł wydać decyzję o ich obniżeniu. Od decyzji przysługiwało odwołanie do Sądu Wojewódzkiego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego¹⁰.

Ustawa zawierała także przepisy dotyczące oddziaływania na kształtowanie struktur organizacyjnych podmiotów gospodarczych. Stosowny przepis stanowił, że zgłoszeniu do UA podlega zamiar łączenia i przekształcenia podmiotów gospodarczych, a także zamiar utworzenia nowego podmiotu w przypadku, gdy mógłby on uzyskać pozycję dominującą na rynku albo jedna ze stron go tworzących taką

⁹ Tekst pierwotny: Dz.U. Nr 14, poz. 88. Ustawa weszła w życie z dniem 13 kwietnia 1990 r.

¹⁰ Sąd Antymonopolowy utworzono na podstawie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 1990 r. w sprawie utworzenia Sądu Antymonopolowego (Dz.U. Nr 27, poz. 157), uchylonego następnie rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości o tym samym tytule z dnia 30 grudnia 1998 r. (Dz.U. Nr 166, poz. 1254).

pozycję posiada. Należy przy tym zaznaczyć, że ustawa stosowała się początkowo do „podmiotów gospodarczych”, przez które to pojęcie rozumiano osoby fizyczne i prawne, a także jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, prowadzące działalność gospodarczą.

Za stosowanie praktyk monopolistycznych przewidziano kary pieniężne – do 15% przychodu ukaranego podmiotu gospodarczego, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym.

Należy także zaznaczyć, że ustawa antymonopolowa z 1990 r. dokonywała również zmiany kodeksu postępowania cywilnego, polegającej na wprowadzeniu szczególnego rodzaju postępowania w sprawach gospodarczych, a mianowicie postępowania antymonopolowego. W postępowaniu tym sąd rozpatrywał odwołania od decyzji UA. Warto podkreślić szczególny tryb zaskarżania decyzji UA jako organu administracji państwowej. Ustawodawca zrezygnował bowiem w tym przypadku z toku drugiej instancji administracyjnej i następnie odwołania do Naczelnego Sądu Administracyjnego, na rzecz bezpośredniej kontroli nad decyzjami UA sprawowanej przez sąd powszechny.

Ustawa z 1990 r. była wielokrotnie nowelizowana. Zmiany te miały różne uzasadnienia – niejednokrotnie uwarunkowane nie tyle przyczynami gospodarczymi, co przemianami ustrojowymi. I tak, pierwsza zmiana¹¹ ustawy z 1990 r. związana była z przywróceniem w Polsce samorządu terytorialnego. Organy gmin uzyskały możliwość żądania wszczęcia postępowania antymonopolowego. Kolejna już jednak nowelizacja¹² dokonała w ustawie zmian wynikających ze świadomej polityki państwa, będącej efektem zmian zachodzących w gospodarce i zarazem efektem zdobywania nowej wiedzy o funkcjonowaniu ustawodawstwa antymonopolowego – m.in. podniesiono procentowy próg udziału w rynku, od którego domniemywało się zajmowanie przez dany podmiot gospodarczy pozycji dominującej (z 30 na 40%), wprowadzono przepis stanowiący, iż ciężar udowodnienia okoliczności, że dana praktyka monopolistyczna jest niezbędna do prowadzenia działalności gospodarczej i nie powoduje istotnego naruszenia konkurencji, spoczywa na podmiocie, który powołuje się na te okoliczności oraz ustanowiono czasowe ograniczenie możliwości wydania decyzji w sprawie stwierdzenia praktyk monopolistycznych¹³.

Daleko idące zmiany przyniosła z dniem 19 maja 1995 r. kolejna nowelizacja ustawy¹⁴. Rozszerzono pojęcie „podmiotów gospodarczych” uzupełniając je o jednostki organizujące lub świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej,

¹¹ Ustawa z dnia 17 maja 1990 r. o podziale zadań i kompetencji określonych w ustawach szczególnych pomiędzy organy gminy a organy administracji rządowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. Nr 34, poz. 198 z późn. zm.).

¹² Ustawa z dnia 28 czerwca 1991 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz.U. Nr 65, poz. 279).

¹³ Brak możliwości wydania takiej decyzji, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano stosowania praktyki monopolistycznej, upłynął rok.

¹⁴ Ustawa z dnia 3 lutego 1995 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz.U. Nr 41, poz. 208).

które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej; rozszerzono także pojęcie „porozumień”, które odtąd obejmowało nie tylko umowy pomiędzy podmiotami gospodarczymi, ale również umowy między związkami tych podmiotów oraz między podmiotami gospodarczymi i związkami. Wprowadzono także definicję „konkurentów”. Dokonano bardziej precyzyjnego podziału praktyk monopolistycznych na porozumienia i nadużywanie pozycji dominującej, przy czym w odniesieniu do tej ostatniej kategorii rozszerzono otwarty katalog przykładów przejawiania się nadużywania pozycji dominującej o dwa nowe elementy („narzucanie uciążliwych warunków umów, przynoszących podmiotowi gospodarczemu narzucającemu te warunki nieuzasadnione korzyści” oraz „uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia niezwiązanego z przedmiotem umowy, którego nie przyjęłaby lub nie spełniałaby mając zapewnioną możliwość wyboru”). Sprecyzowano również, że przepisy dotyczące odwołań od decyzji UA stosuje się odpowiednio do postanowień, na które służy zażalenie¹⁵.

W wyniku nowelizacji z 1995 r. rozszerzeniu uległy ponadto przepisy odnoszące się do kontroli koncentracji, zwanej wówczas „oddziaływaniem na kształtowanie struktur podmiotów gospodarczych”. Doprecyzowano obowiązek zgłoszenia UA zamiaru łączenia podmiotów gospodarczych, określono progi obrotu podmiotów gospodarczych uczestniczących w łączeniu, których osiągnięcie wiąże się z obowiązkiem zgłoszenia fuzji, a także określono podmioty zobowiązane do dokonania zgłoszenia, jak i informacje, które powinny być w zgłoszeniu zawarte (wprowadzono stosowną delegację ustawową dla Rady Ministrów w celu szczegółowego określenia tych informacji). Wskazano ponadto dokładnie rodzaje decyzji, które UA mógł wydać w sprawach oddziaływania na kształtowanie struktur podmiotów gospodarczych. Wprowadzono również przepis stanowiący, że UA może przedstawić podmiotom gospodarczym – przed wydaniem decyzji zakazującej łączenia – warunki, na jakich fuzja może nastąpić, wyznaczając termin na ustosunkowanie się do zgłoszonej propozycji.

Zmodyfikowano także przepisy dotyczące kar rozszerzając zakres odpowiedzialności (nie tylko, jak miało to miejsce dotychczas, za stosowanie praktyk monopolistycznych, ale generalnie za naruszenie przepisów ustawy) oraz sprecyzowano zasady nakładania tzw. kar przynagląjących. Pewne zmiany nastąpiły także w odniesieniu do postępowania przed UA – wprowadzono przepis o możliwości ograniczenia w niezbędnym zakresie określonym podmiotom prawa wglądu w materiał dowodowy załączony przez strony do akt sprawy, jeżeli udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem istotnych tajemnic przedsiębiorstwa.

¹⁴ Ustawa z dnia 3 lutego 1995 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz.U. Nr 41, poz. 208).

¹⁵ Z tym, że zażalenie wnosi się w terminie 7 dni, a nie dwutygodniowym, jak w przypadku decyzji.

Kolejna zmiana w ustawie antymonopolowej wpisała się w szerszy nurt reformy administracji centralnej i przeglądu aktów prawnych normujących funkcjonowanie gospodarki i administracji publicznej. Sens nowelizacji nie polegał w tym przypadku jedynie na zmianie nazwy organu antymonopolowego i doprecyzowaniu jego pozycji w systemie organów administracji rządowej, ale również na silniejszym zaakcentowaniu ochrony konsumenta, jako drugiego (obok ochrony konkurencji) podstawowego zadania. Nowelizacja z 1996 r.¹⁶ zmieniła nazwę organu antymonopolowego na Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Centralnym organem administracji rządowej stał się Prezes Urzędu, a nie jak dotychczas sam Urząd Antymonopolowy. Organ ten podlegał Radzie Ministrów. Swe zadania („przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym, rozwój konkurencji i ochrona interesów konsumentów”, art. 17 ust. 1 ustawy) Prezes UOKiK realizować miał za pomocą zespołu osobowego i administracyjno-technicznego, składającego się na jednostkę budżetową pod nazwą Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Wprowadzono też przepis, że Prezesowi UOKiK podlega Państwowa Inspekcja Handlowa, działająca na podstawie przepisów odrębnych. Mocą tej samej ustawy, choć z dniem 1 stycznia 1997 r., przyznano Prezesowi UOKiK prawo do wystąpienia z roszczeniami w stosunku do określonych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁷. Prawo to, w zamierzeniu ustawodawcy, miało mieć charakter wyjątkowy, jako że ustawa z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, obowiązująca do dzisiaj, dotyczy sfery cywilnoprawnej i przewiduje, że zgłaszanie roszczeń z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji pozostaje zasadniczo w gestii bezpośrednich uczestników rynku, czyli przedsiębiorców.

Omawianą nowelizację ustawy antymonopolowej uzupełniono następnie z dniem 1 stycznia 1997 r.¹⁸ o przepis stanowiący, iż Prezesa UOKiK powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów oraz że organizację Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów określa statut nadany, w drodze rozporządzenia, przez Prezesa Rady Ministrów¹⁹.

Silniejsze zaakcentowanie przez ustawodawcę potrzeby ochrony konsumenta przez dotychczasowy Urząd Antymonopolowy i – co za tym idzie – zmiana nazwy organu zapoczątkowały proces stopniowego rozszerzania jego kompetencji.

¹⁶ Ustawa z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zmianie niektórych ustaw normujących funkcjonowanie gospodarki i administracji publicznej (Dz.U. Nr 106, poz. 496 z późn. zm.). Zmian w ustawie o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym dotyczy art. 32, który wszedł w życie dnia 1 października 1996 r.

¹⁷ Tekst pierwotny: Dz.U. Nr 47, poz. 211. Zmiana dotyczyła art. 19 tej ustawy, następnie modyfikowanego, także w odniesieniu do zakresu kompetencji Prezesa UOKiK.

¹⁸ Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z reformą funkcjonowania gospodarki i administracji publicznej oraz o zmianie ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (Dz.U. Nr 156, poz. 775).

¹⁹ Rozporządzenie takie zostało wydane dnia 5 lutego 1997 r. (Dz.U. Nr 12, poz. 66 z późn. zm.). W późniejszym okresie statutu Urzędowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów nadawany był przez Prezesa Rady Ministrów w drodze zarządzenia.

Prezes UOKiK zaczął wypełniać zadania idące znacznie dalej niż ochrona rynku przed negatywnymi praktykami przedsiębiorców, mogącymi mieć wpływ na naruszenie zasad konkurencji. Wydaje się, że w tym kontekście ewolucję prawa konkurencji – a tej dziedziny dotyczy niniejsze opracowanie – przedstawić należy na nieco szerszym tle zwiększania zakresu kompetencji Prezesa UOKiK o uprawnienia, które pośrednio łączą się z ochroną funkcjonowania mechanizmów konkurencji na rynku.

Z dniem 1 stycznia 1999 r.²⁰ do ustawy wprowadzono przepisy stanowiące podstawę prawną funkcjonowania powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów. Dodany art. 17c ust.1 stanowił, że zadania samorządu powiatowego w zakresie ochrony praw konsumenta wykonuje powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów. Do zadań tych organów, usytuowanych w strukturze samorządu terytorialnego, należało przede wszystkim zapewnienie konsumentom bezpłatnego poradnictwa i informacji prawnej w zakresie ochrony ich interesów, a także wytaczanie powództw na rzecz konsumentów oraz przystępowanie, za ich zgodą, do toczącego się postępowania. Aby wzmocnić rolę powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów także w kwestii ochrony konkurencji, w wyniku kolejnej nowelizacji²¹ przyznano mu uprawnienie do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego. Natomiast w związku z reformą samorządową obok organów gminy uprawnienie do złożenia takiego wniosku otrzymały także organy samorządu powiatowego i samorządu województwa. Wspomniana nowelizacja przyniosła również ustawowe określenie siedzib delegatur UOKiK.

Ewolucji ulegała także pozycja instytucjonalna Prezesa UOKiK w systemie organów administracji rządowej. Z dniem 6 maja 2000 r. podległość Prezesa UOKiK Radzie Ministrów zamieniono na nadzór nad Prezesem UOKiK²², sprawowany przez Prezesa Rady Ministrów. Zmiana ta miała głębszy charakter niż jedynie modyfikacja brzmienia odpowiedniego przepisu. Akcentowała bowiem konieczność uniezależnienia Prezesa UOKiK od bieżącej polityki rządu, co miało przyczynić się do bardziej skutecznego wykonywania zadań w zakresie ochrony konkurencji i konsumentów.

Ostatnia nowelizacja ustawy antymonopolowej z 1990 r. dotyczyła rozszerzenia kompetencji Prezesa UOKiK o kwestię monitorowania pomocy publicznej udzielanej przedsiębiorcom. Wprowadzono ją w związku z przyjęciem przepisów o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla

²⁰ Ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej – w związku z reformą ustrojową państwa (Dz.U. Nr 106, poz. 668 z późn. zm.). Ustawa ta zmieniła tytuł ustawy antymonopolowej, który brzmiał odtąd: „Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów”.

²¹ Ustawa z dnia 22 października 1998 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz.U. Nr 145, poz. 938).

²² Środkiem tego nadzoru była m.in. nieobwarowana dodatkowymi warunkami możliwość odwoływania i powoływania Prezesa UOKiK przez Prezesa Rady Ministrów.

przedsiębiorców²³. Zgodnie z brzmieniem art. 23 tej ustawy organem nadzorującym przyznawanie pomocy publicznej stał się Prezes UOKiK. Do jego zadań w tym zakresie należało w szczególności nadzorowanie i monitorowanie wsparcia udzielanego przedsiębiorcom, a także opracowywanie i przedstawianie Radzie Ministrów sprawozdań na ten temat oraz realizacja, na zasadzie wzajemności, zobowiązań międzynarodowych Polski w zakresie wymiany informacji o pomocy przyznanej przedsiębiorcom i dokonywanie oceny jej skuteczności i efektywności. To ostatnie zadanie wynikało wprost z Traktatu Stowarzyszeniowego ze Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi i dotyczyło współpracy z Komisją Europejską.

Dla dopełnienia obrazu ewolucji kompetencji Prezesa UOKiK warto w tym miejscu także wspomnieć o uprawnieniach, jakie uzyskał mocą nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego z dniem 1 lipca 2000 r.²⁴, odnoszących się do wytaczania powództw w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone. Na mocy odpowiednich przepisów, które przewidywały szczególnie rodzaj postępowania przed ówczesnym Sądem Antymonopolowym – postępowania w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone – powództwo w tych sprawach mógł wytoczyć nie tylko każdy, kto według oferty pozwanego mógłby zawrzeć z nim umowę zawierającą postanowienie, którego uznania za niedozwolone żąda się pozwem, ale – obok organizacji społecznej, do której zadań statutowych należy ochrona interesów konsumentów i powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów – również Prezes UOKiK.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.

Przełomem w ewolucji polskiego prawa ochrony konkurencji było uchwalenie dnia 15 grudnia 2000 r. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów²⁵ – tradycyjnie wciąż nazywanej antymonopolową, choć zakres jej regulacji był już o wiele szerszy. Jak się wydaje, należy podkreślić trzy najważniejsze aspekty tego aktu.

Po pierwsze, ustawa przyniosła uporządkowanie dotychczas obowiązującego systemu ochrony konkurencji i konsumentów – znalazł się w niej obszerny słownik pojęć, zdefiniowano dokładnie zakres kompetencji Prezesa UOKiK odnośnie zakazu praktyk ograniczających konkurencję (pojęcie to obejmowało porozumienia antykonkurencyjne oraz nadużywanie pozycji dominującej), a także kontroli koncentracji przedsiębiorców. Rozbudowano znacznie przepisy dotyczące postępowania przed Prezesem UOKiK, które wykazywało daleko idącą

²³ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. (Dz.U. Nr 60, poz. 704 z późn. zm.). Ustawa ta weszła w życie z dniem 1 stycznia 2001 r.

²⁴ Ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. Nr 22, poz. 271 z późn. zm.).

²⁵ Tekst pierwotny: Dz.U. Nr 122, poz. 1319. Ustawa weszła w życie z dniem 1 kwietnia 2001 r.

odmienność w porównaniu z ogólnym postępowaniem administracyjnym i wzorowane było raczej – przynajmniej w pewnej części – na elementach właściwych postępowaniu cywilnemu. Należy wspomnieć, że zachowano także szczególny tryb odwoławczy od decyzji wydawanych przez Prezesa Urzędu, które nie podlegały rozpatrzeniu w drugim toku instancji administracyjnej ani w trybie sądownoadministracyjnym, a poddane były kontroli sądu powszechnego – Sądu Antymonopolowego – w odrębnie uregulowanym postępowaniu, zgodnie z przepisami kodeksu postępowania cywilnego.

W ustawie zawarto przepisy dotyczące kar pieniężnych, a także określono zasady funkcjonowania całego systemu ochrony konkurencji i konsumentów, w którym Prezes UOKiK zajmował centralne miejsce, a który obejmował także podległą mu Inspekcję Handlową²⁶ oraz odrębne kompetencje samorządu terytorialnego i organizacji konsumenckich.

Po drugie, nowa ustawa utrwaliła i pogłębiła tendencję uczynienia Prezesa UOKiK organem niezależnym oraz odsuniętym od nurtu bieżącej polityki, co należy traktować jako pewien standard ustawodawstwa antymonopolowego. Zawarto w niej nowatorskie wówczas w Polsce rozwiązanie stanowiące nie tylko o pięcioletniej kadencyjności Prezesa Urzędu, ale również o obowiązku jego wyłaniania w drodze konkursu. Prezes Rady Ministrów na stanowisko Prezesa UOKiK powołuje bowiem – stosownie do art. 24 ust. 2 ustawy – kandydata wyłonionego w drodze konkursu spośród osób posiadających wykształcenie wyższe, w szczególności z zakresu prawa, ekonomii lub zarządzania, i wyróżniających się wiedzą teoretyczną i doświadczeniem z zakresu gospodarki rynkowej oraz ochrony konkurencji i konsumentów. Dodatkowo w ustawie zawarto dla Prezesa Rady Ministrów delegację do wydania rozporządzenia dotyczącego szczegółowego sposobu i trybu przeprowadzania takiego konkursu, z uwzględnieniem konieczności zapewnienia obiektywności wyboru²⁷.

Po trzecie wreszcie – mając na uwadze spodziewane członkostwo Polski w Unii Europejskiej – przepisy definiujące niektóre pojęcia użyte w ustawie oraz praktyki ograniczające konkurencję, jak również określające reguły prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorców, ustawodawca sformułował z uwzględnieniem prawa wspólnotowego. W szczególności chodzi o art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, a także o mające częściowo charakter prawotwórczy orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji w tym zakresie, jak również stosowną praktykę orzeczniczą

²⁶ Poprzednio: Państwowa Inspekcja Handlowa. Zmiana nazwy nastąpiła mocą art. 14 pkt 1 ustawy z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej – w związku z reformą ustrojową państwa (Dz.U. Nr 106, poz. 668 z późn. zm.). Art. 14 tej ustawy wszedł w życie z dniem 1 stycznia 1999 r.

²⁷ Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie w sprawie sposobu i trybu przeprowadzania konkursu na stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w dniu 21 czerwca 2001 r. (Dz.U. Nr 69, poz. 720).

Komisji Europejskiej. W rezultacie brzmienie art. 5 ustawy, stanowiącego o zakazie porozumień ograniczających konkurencję jest zbieżne z brzmieniem art. 81 TWE, zaś brzmienie art. 8 ustawy, dotyczącego zakazu nadużywania pozycji dominującej – z brzmieniem art. 82 TWE. W odniesieniu do pierwszego rodzaju praktyk należy także wspomnieć o systemie wyłączeń spod zakazu zawierania niedozwolonych porozumień, o którym mowa w art. 6 ustawy, a który zbliżony jest do systemu określonego w art. 81 ust. 3 TWE. Ustawa antymonopolowa z 1990 r. nie przewidywała możliwości wydawania przez Radę Ministrów rozporządzeń przewidujących wyłączenia określonych porozumień spod ogólnego zakazu zawierania niedozwolonych porozumień.

Nowa ustawa antymonopolowa również poddawana była nowelizacjom. Z dniem 15 grudnia 2002 r.²⁸ wprowadzono przepisy dotyczące ochrony zbiorowych interesów konsumentów, stanowiące realizację dyrektywy 98/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, przez co rozszerzony został katalog rodzajów postępowań, jakie mogą być prowadzone przez Prezesa UOKiK – do postępowania wyjaśniającego i antymonopolowego dodano postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Także w wyniku tej nowelizacji Sąd Antymonopolowy zmienił nazwę na Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Wspomniano już, że jeszcze pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy antymonopolowej Prezes UOKiK uzyskał kompetencje związane z monitorowaniem pomocy publicznej udzielanej przedsiębiorcom. Zgodnie z art. 26 pkt 5 nowej ustawy nadzorowanie wsparcia udzielanego przedsiębiorcom na podstawie odrębnych przepisów także należało do zadań Prezesa UOKiK. W tym czasie jednak zmieniała się ustawa regulująca zasady udzielania tej pomocy i określająca w szczególności zadania Prezesa UOKiK w tym zakresie. Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców²⁹, uchylająca poprzednią ustawę z 2000 r., obowiązywać miała do momentu wstąpienia Polski do Unii Europejskiej.

Z kolei w związku z uchwaleniem dnia 30 sierpnia 2002 r. ustawy o systemie oceny zgodności³⁰, z dniem 1 stycznia 2003 r. zakres zadań Prezesa UOKiK rozszerzono o nadzór nad wyrobami wprowadzonymi do obrotu w zakresie ich zgodności z zasadniczymi wymaganiami, określonymi w dyrektywach wspólnotowych (tzw. dyrektywach nowego podejścia). Rozszerzenie o ten element istniejącego od początku uchwalenia ustawy nadzoru Prezesa UOKiK nad ogólnym bezpieczeństwem produktów przeznaczonych dla konsumentów, stanowiło znaczne wzmocnienie kompetencji Prezesa UOKiK w zakresie szeroko

²⁸ Ustawa z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawy – kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 129, poz. 1102).

²⁹ Dz.U. Nr 141, poz. 1177 z późn. zm.

³⁰ Dz.U. Nr 166, poz. 1360 z późn. zm.

rozumianego nadzoru rynku. Nie można też w tym kontekście nie wspomnieć o ustawie z dnia 23 stycznia 2004 r. o systemie monitorowania i kontrolowania jakości paliw ciekłych i biopaliw ciekłych³¹. Na jej podstawie utworzono System Monitorowania i Kontrolowania Jakości Paliw Ciekłych i Biopaliw Ciekłych, którego celem jest przeciwdziałanie wprowadzaniu do obrotu paliw ciekłych i biopaliw ciekłych niespełniających wymagań jakościowych określonych w odrębnych przepisach. Zarządzającym Systemem jest Prezes UOKiK, który wykonuje swe zadania (przede wszystkim kontrolne) za pomocą Inspekcji Handlowej.

Prawo antymonopolowe w Polsce po akcesji do Unii Europejskiej

Dzień 1 maja 2004 r. stanowi kolejny przełom w kształtowaniu zakresu kompetencji Prezesa UOKiK. Wstąpienie Polski do Unii Europejskiej oznacza przyjęcie wielu zobowiązań, w tym nałożonych na organy antymonopolowe państw członkowskich. Należy bowiem zaznaczyć, że we wszystkich państwach członkowskich UE funkcjonują podobne do UOKiK organy, choć ich umiejscowienie w systemach prawno-instytucjonalnych poszczególnych państw nie jest jednolite. Nie przeszkodziło to w stworzeniu Europejskiej Sieci Konkurencji – forum współpracy tych instytucji oraz Komisji Europejskiej zarówno w bieżącym toku rozstrzygania spraw z zakresu naruszenia prawa antymonopolowego mających wpływ na handel wspólnotowy, jak i w aspekcie ogólnym kształtowania prawodawstwa wspólnotowego w tym zakresie oraz omawiania najważniejszych problemów wyłaniających się w praktyce orzeczniczej. Na marginesie warto dodać, że w pracach ECN przedstawiciele UOKiK uczestniczyli aktywnie także przed dniem 1 maja 2004 r., mając wpływ na kształtowanie przyszłych reguł współpracy³².

Zmiany w ustawodawstwie antymonopolowym z dniem 1 maja 2004 r. stanowiły o tyle pewne *novum*, że przepisy prawne nakładające nowe obowiązki i przyznające nowe uprawnienia Prezesowi UOKiK nie były, jak to miało miejsce dotychczas, bezpośrednio wynikiem jedynie rozstrzygnięć polskiego ustawodawcy. Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej stworzyło bowiem możliwość stosowania przez Prezesa UOKiK zarówno pierwotnego prawa wspólnotowego, jak i prawa pochodnego. W odniesieniu do tej ostatniej kategorii wymienić należy przede wszystkim rozporządzenie Rady 1/2003/WE z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 TWE³³ oraz rozporządzenie Rady 139/2004/WE z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw³⁴, których wejście w życie (w odniesieniu do wszystkich 25 państw Unii) również nastąpiło 1 maja 2004 r. Stanowią one

³¹ Dz.U. Nr 34, poz. 293 z późn. zm.

³² Chodzi tu głównie o tzw. *Modernisation Package* – zbiór dokumentów w szczególności regulujących zagadnienia stosowania art. 81 i 82 TWE w zreformowanym systemie.

³³ Dz.Urz. WE L 001 z 4 stycznia 2003, s. 1.

³⁴ Dz.Urz. UE L 024 z 29 stycznia 2004, s. 1.

instrument gruntownej reformy wspólnotowego prawa antymonopolowego, która ma na celu nie tylko zmianę podejścia do prowadzonej przez Wspólnotę polityki ochrony konkurencji, ale przygotowała również istniejące mechanizmy na rozszerzenie UE o nowe państwa.

Rozporządzenie 1/2003/WE przewiduje decentralizację kompetencji Komisji Europejskiej w zakresie zwalczania niedozwolonych porozumień oraz nadużycia pozycji dominującej przez przedsiębiorców (art. 81 i 82 TWE). Punkt ciężkości przy rozstrzygnięciu, czy dane zachowanie przedsiębiorców narusza prawo wspólnotowe, przeniesiony został na organy ochrony konkurencji państw członkowskich, co oznacza, że przyznana im została kompetencję ich bezpośredniego stosowania norm tego prawa. Ilekroć dana praktyka ma wpływ na handel między państwami członkowskimi, tylekroć organ ochrony konkurencji (w tym także Prezes UOKiK), rozpatrując daną sprawę i stosując regulacje krajowe, ma obowiązek stosowania także przepisów wspólnotowych (system równoległych kompetencji). Komisja Europejska pozbawiona jest tym samym wyłączności dokonywania zwolnień spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 81 ust. 3 TWE. Zniesiony został także obowiązek zgłaszania (notyfikacji) porozumień, które mogłyby naruszać konkurencję. Przedsiębiorcy samodzielnie i na własną odpowiedzialność badają, czy ich działanie może naruszać wspólnotowe reguły antymonopolowe.

Rozporządzenie 139/2004/WE ustanawia generalną zasadę, zgodnie z którą Komisja Europejska ma wyłączną kompetencję w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorców mającej wymiar wspólnotowy, mierzony za pomocą wysokości obrotów osiąganych przez uczestniczących w koncentracji przedsiębiorców; w pozostałym zakresie zachowują kompetencję krajowe organy ochrony konkurencji. Stwierdzenie wymiaru wspólnotowego oznacza, że dana koncentracja, choćby kwalifikowała się do rozpatrzenia przez organy antymonopolowe państw członkowskich, nie może być przez nie rozstrzygnięta. Pewne odstępstwa od tej reguły stanowi uregulowany w rozporządzeniu system odesłań spraw między organami ochrony konkurencji państw członkowskich a Komisją Europejską. Znaczącą konsekwencją praktyczną tych regulacji jest utrata przez Prezesa UOKiK kompetencji do kontroli koncentracji spełniającej przesłanki określone w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, gdy transakcja jednocześnie ma wymiar wspólnotowy, tzn. uczestniczący w koncentracji przedsiębiorcy przekraczają próg obrotu określony w rozporządzeniu 139/2004/WE, wynoszący 5 mld euro.

Wynikające zarówno z pierwotnego, jak i pochodnego prawa wspólnotowego nowe zadania i kompetencje wymagały przeprowadzenia także formalnych zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Zmiany te uchwalił Sejm w dniu 16 kwietnia 2004 r.³⁵ Kluczowe znaczenie w tym kontekście miało wprowadzenie do art. 24 nowego ustępu 1a stanowiącego, że Prezes UOKiK

³⁵ Ustawa o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 93, poz. 891).

wykonuje zadania nałożone na władze państw członkowskich Unii Europejskiej na podstawie art. 84 i 85 TWE, a w szczególności, że Prezes UOKiK jest właściwym organem ochrony konkurencji w rozumieniu art. 35 rozporządzenia 1/2003/WE. W ustawie znalazły się też przepisy dotyczące uprawnień w prowadzonych przez Prezesa UOKiK postępowaniach „wspólnotowych”, przede wszystkim szersze uprawnienia kontrolne w stosunku do przedsiębiorców.

Nowelizacja była też okazją do skorygowania niektórych innych przepisów, których stosowanie w praktyce napotykało na pewne problemy.

Szczególną uwagę należy poświęcić nowelizacji przepisów dotyczących kar pieniężnych. Zgodnie z tendencją ogólnoeuropejską do polskiego porządku prawnego wprowadzono instytucję *leniency* polegającą na łagodniejszym karaniu przedsiębiorców uczestniczących w niedozwolonym porozumieniu, jeżeli spełnione zostaną określone przesłanki. Praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej, a także organów ochrony konkurencji niektórych państw członkowskich pokazała bowiem, że rozbitcie „solidarności” uczestników kartelu może mieć zasadniczy wpływ na wyeliminowanie takiej praktyki z rynku. Słusznie mogą się przy tym nasuwać analogie do funkcjonującej w prawie karnym instytucji świadka koronnego. Nowy art. 103a ustawy antymonopolowej szczegółowo określa przypadki, w których dany przedsiębiorca może skorzystać z dobrodziejstw polegających na odstąpieniu przez Prezesa UOKiK od wymierzenia kary lub obniżeniu jej wysokości.

W odniesieniu do nadzorowania wsparcia publicznego udzielanego przedsiębiorcom, wstąpienie Polski do Unii Europejskiej przyniosło także zasadnicze zmiany. Pomoc publiczna jest odtąd rozpatrywana z punktu widzenia art. 87 ust. 1 TWE i zasadniczą rolę w tym zakresie odgrywa Komisja Europejska. Oznacza to, że Prezes UOKiK nie ma obecnie kompetencji merytorycznego rozstrzygania o zgodności z prawem wspólnotowym zamiaru udzielenia pomocy publicznej. Jednakże na podstawie ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej³⁶ spoczywają na nim liczne obowiązki, m.in. dotyczące szeroko rozumianego opiniowania przedkładanych projektów programów pomocowych i pomocy indywidualnej oraz czynności związanych z notyfikowaniem ich Komisji Europejskiej.

Elementem, który w systemie instrumentów realizacji norm polskiego ustawodawstwa antymonopolowego pojawił się całkiem niedawno, jest wprowadzona z dniem 19 sierpnia 2004 r.³⁷ możliwość odwoływania się w drodze apelacji do sądu apelacyjnego od orzeczeń wydanych przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Dotychczas przysługiwała jedynie kasacja do Sądu Najwyższego. W wyniku wspomnianej nowelizacji – spowodowanej negującym

³⁶ Dz.U. Nr 123, poz. 1291.

³⁷ Na mocy ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy – kodeks postępowania cywilnego oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 172, poz. 1804).

dotychczasowe rozwiązania w tej kwestii orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego – system ochrony tych uczestników rynku, do których adresowane są normy ustawy antymonopolowej został w znacznej mierze ulepszony.

Podsumowanie

Proces ewolucji ustawodawstwa antymonopolowego przebiegał niejako w dwóch fazach. W pierwszej wysiłek ustawodawcy koncentrował się przede wszystkim na ustanowieniu podstawowych instrumentów ochrony konkurencji w warunkach gospodarki rynkowej.

Druga faza zmian w polskim ustawodawstwie antymonopolowym to – najogólniej rzecz ujmując – dążenie do dostosowania rozwiązań zawartych w prawie polskim do wymogów wspólnotowych. Dążenie to zostało zapoczątkowane właściwie z chwilą uchwalenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w 2000 r., a następnie uległo intensyfikacji w obliczu perspektywy członkostwa Polski w Unii Europejskiej.

Należy sądzić, że oba wymienione cele, a więc ulepszanie mechanizmów wolnego rynku i harmonizacja polskiego prawa z prawem wspólnotowym, będą wciąż brane pod uwagę przez ustawodawcę w razie wystąpienia potrzeby dokonania ewentualnych zmian w prawie. Wydaje się jednak, że proces ten straci nieco na dynamice, choć coraz bogatsze orzecznictwo Prezesa UOKiK oraz Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a od niedawna także uczestnictwo w tworzeniu i stosowaniu wspólnotowych reguł w tym zakresie, zawsze będzie stanowiło asumpt do szukania jeszcze lepszych rozwiązań niż dotychczasowe.

Anna Fornalczyk

PIERWSZE DOŚWIADCZENIA URZĘDU ANTYMONOPOŁOWEGO

Rozwój konkurencji był oczywistym elementem procesu tworzenia gospodarki rynkowej w Polsce po 1990 r. Konkurencja w gospodarce centralnie planowanej była traktowana jako zbędny mechanizm prowadzący do marnotrawstwa. Przed rokiem 1989 rolę rynku coraz mniej skutecznie spełniał centralny planista, co doprowadziło do powstania gospodarki pogłębiających się niedoborów i było koronnym argumentem przemawiającym za likwidacją centralnego planowania. Promowanie i ochrona konkurencji po blisko pięćdziesięciu latach wyłączenia jej z regulacji gospodarczej, wymagały rozsądnej i konsekwentnej polityki konkurencji realizowanej nie tylko przez nowo powstały Urząd Antymonopolowy, ale także przez wszystkie organy władzy publicznej (sejm, samorządy lokalne, administrację publiczną: rządową i samorządową, wymiar sprawiedliwości).

Polskie doświadczenia sprzed 1990 r.

Polska ma swoją historię ochrony konkurencji. Pierwsza ustawa zwalczająca praktyki monopolistyczne pochodzi z 1926 r., a w 1933 r. weszła w życie ustawa antykartelowa. Po 1945 r. ustawy te nie zostały uchylone, a tylko uchylono ich przepisy karne. Prawo konkurencji nie było jednak stosowane w gospodarce centralnie planowanej, ponieważ uznano, że monopole są cechą charakterystyczną gospodarki kapitalistycznej.

W latach osiemdziesiątych rosnące niedobory rynkowe były przyczyną zachowań przedsiębiorstw typowych dla rynków zmonopolizowanych. Centralny planista nie bardzo mógł poradzić sobie z sytuacją określaną w ekonomii jako rynek producenta/sprzedawcy. Próba zaradzenia tej sytuacji było uchwalenie przez

Sejm 28 stycznia 1987 r. ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej¹. Ustawa weszła w życie 1 stycznia 1988 r. i miała wyłącznie regulacyjny charakter bez możliwości oddziaływania Ministra Finansów, jako organu antymonopolowego, na strukturę rynku, ponieważ nie przewidziano w niej przepisów pozwalających likwidować lub ograniczać przyczyny monopolizacji gospodarki.

Minister Finansów, działający poprzez Departament Przeciwdziałania Monopolizacji Gospodarki Narodowej, miał niewielkie możliwości dyscyplinowania rynkowych zachowań monopolistów. Od stycznia 1988 do kwietnia 1990 r. zostało wszczętych 220 postępowań administracyjnych (1988 – 52, 1989 – 134, 1990 – 34). Minister Finansów wydał 182 decyzje, z czego w 101 przypadkach stwierdzono praktyki monopolistyczne, a jedyną sankcją był zakaz ich stosowania. Organem odwoławczym od decyzji Ministra Finansów był Naczelny Sąd Administracyjny, który rozpoznał 26 odwołań, utrzymując w mocy 25 decyzji, a jedną przekazując do ponownego rozpatrzenia².

Postępowania antymonopolowe w tamtych latach dotyczyły głównie indywidualnych praktyk monopolistycznych, które polegały na: narzucaniu cen, form płatności korzystnych dla sprzedawców i umów wiązanych oraz wymuszaniu przedpłat od nabywców (np. uzależnianie sprzedaży towarów od: odsprzedaży środków dewizowych, świadczenia usług, dostarczania producentowi surowców i materiałów trudnych do zdobycia, udzielania nieoprocentowanych lub niskoprocentowanych pożyczek). Praktyki te, jako zachowania charakterystyczne dla rynku producenta/sprzedawcy, wynikały wprost z gospodarki niedoborów.

Przedmiotem postępowań antymonopolowych prowadzonych przez Ministra Finansów były także porozumienia między przedsiębiorstwami (ograniczające dostęp do rynku lub eliminujące z rynku przedsiębiorstwa spoza porozumienia). Zważywszy ułomność rynku w tamtych latach, wynikającą z przewagi popytu nad podażą, porozumienia te dotyczyły sprzedaży trudno dostępnych towarów określonym odbiorcom, najczęściej pośrednikom. Powodowało to wzrost cen, przechwytywanie części nadwyżki konsumenta przez sprzedawców oraz wzrost inflacji. Minister Finansów miał ustawowe prawo do opiniowania rządowych projektów aktów prawnych z punktu widzenia ich zgodności z ustawą antymonopolową. Nie na wiele się to jednak zdało, ponieważ cały system gospodarczy był nastawiony antykonkurencyjnie.

Orzecznicze doświadczenia pierwszego okresu dyscyplinowania rynkowych zachowań monopolistów posłużyły do przygotowania nowej ustawy chroniącej skuteczniej gospodarkę przed monopolizacją, dzięki wprowadzeniu regulacji pozwalających zapobiegać nadmiernej koncentracji przedsiębiorstw (kontrola

¹ Dz.U. Nr 3, poz. 18 z późn. zm.

² *Sprawozdanie z działalności Departamentu Przeciwdziałania Monopolizacji Gospodarki Narodowej w latach 1988–1990*, Tekst niepublikowany, Warszawa 1990 r.

przekształceń własnościowych i koncentracji przedsiębiorstw) oraz wzmocnieniu sankcji za naruszanie zasad ochrony konkurencji (kary pieniężne). Pracownicy Departamentu Przeciwdziałania Monopolizacji Gospodarki Narodowej stanowili pierwszą kadre nowotworzonego organu chroniącego konkurencję.

Powstanie Urzędu Antymonopolowego

Ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym była elementem pakietu ustaw wprowadzających rynkową reformę w Polsce³. Zmonopolizowana struktura gospodarki odziedziczona po systemie centralnego planowania mogła w istotny sposób ograniczyć powodzenie zmian gospodarczych. W tej sytuacji szczególne znaczenie miało promowanie konkurencji, tworzenie warunków powstawania konkurencyjnych rynków i przeciwdziałanie stosowaniu praktyk monopolistycznych. Nie bez znaczenia było także przełamywanie stereotypów myślenia i działania kadry kierowniczej przedsiębiorstw i administracji publicznej, ukształtowanych w systemie centralnego planowania. Fakt, że ustawa weszła w życie 13 kwietnia 1990 r. i że był to piątek, nie przyniósł pecha nowej instytucji. O pechu mogli mówić raczej przedsiębiorcy, którzy nie zauważyli zmiany systemu gospodarczego w Polsce albo traktowali te zmiany jako kolejną i przejściową reformę systemu centralnego planowania, jakich wiele przetrwali w przeszłości.

Na mocy ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym został utworzony Urząd Antymonopolowy, którego pracami kierował Prezes jako organ centralnej administracji rządowej, podległy Prezesowi Rady Ministrów oraz dysponujący odrębnym budżetem. Prezes UA był powoływany przez premiera i każda zmiana rządu mogła oznaczać także zmianę szefa Urzędu⁴. Stabilność kadrowa w UA, pomimo pięciokrotnej zmiany ekip rządowych w latach 1990–1995, wynikała z faktu, że w tych latach realizowane były zmiany systemowe o prokonkurencyjnym charakterze, a pracownicy UA wykonywali swoje ustawowe zadania nie angażując się w politykę. Nie oznacza to, że nie było kolizji między polityką gospodarczą i wymogami rozwoju konkurencji, ale udawało się znajdować kompromisy.

Prezes Urzędu nie był konstytucyjnym członkiem Rady Ministrów, ale mógł uczestniczyć i uczestniczył w jej pracach, jeżeli wymagał tego charakter sprawy rozstrzyganej przez to gremium. W pierwszej połowie lat dziewięćdziesiątych przygotowywane i realizowane były przez kolejne rządy sektorowe programy

³ Dz.U. Nr 14, poz. 88 z późn. zm.

⁴ Dopiero ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 122, poz. 1319 z późn. zm.) wprowadziła pięcioletnią kadencyjność sprawowania funkcji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dawniej: Urząd Antymonopolowy) wyłanianego w drodze konkursu oraz określiła kryteria jego odwołania przez Prezesa Rady Ministrów przed upływem kadencji.

restrukturyzacji i prywatyzacji. Ekonomia czasu wymagała stałego udziału przedstawiciela kierownictwa UA w pracach Rady Ministrów, ponieważ urząd opiniował te programy i mógł zablokować realizację poszczególnych przedsięwzięć korzystając ze swoich ustawowych uprawnień.

W pierwszym roku działania UA zostały powołane delegatury Urzędu, których jest aktualnie dziewięć (Bydgoszcz, Gdańsk, Lublin, Łódź, Katowice, Kraków, Poznań, Warszawa, Wrocław). Szybkie ich utworzenie było podyktowane chęcią dotarcia z polityką konkurencji do przedsiębiorców i nowo powstających samorządowych i administracyjnych władz lokalnych. Wiązało się to także z monitorowaniem przez UA procesu komunalizacji mienia państwowego. W pierwszym okresie działania rolą delegatur było dostarczanie informacji niezbędnych do postępowań prowadzonych w warszawskiej centrali urzędu. Szybko jednak delegatury zyskały uprawnienia do prowadzenia postępowań przeciwko praktykom monopolistycznym stosowanym przez przedsiębiorców zlokalizowanych na terenie ich działania. Jednolitość orzecznictwa w zdecentralizowanej strukturze UA zapewniały comiesięczne spotkania w warszawskiej centrali, w czasie których omawiane były najważniejsze i precedensowe postępowania prowadzone w całej strukturze Urzędu. Warto przy tym dodać, że w tamtych latach nie było sieci komputerowej obejmującej całą strukturę organizacyjną UA, w której mogłaby być tworzona baza danych o postępowaniach i decyzjach dotyczących promowania i ochrony konkurencji.

Ustawa z 1990 r., w odróżnieniu od wcześniejszej, znacznie rozszerzała uprawnienia polskiego organu chroniącego konkurencję i stworzyła możliwość wpływania na zmiany organizacyjnej struktury gospodarki przez kontrolę przekształceń własnościowych przedsiębiorstw państwowych, koncentracji przedsiębiorstw oraz podział lub rozwiązanie przedsiębiorstw, które posiadając pozycję dominującą na rynku „trwale ograniczają konkurencję lub warunki jej powstania” (art. 12, ust. 1 ustawy antymonopolowej). To ostatnie uprawnienie było wykorzystywane w szczególnie uzasadnionych przypadkach, które wynikały z rządowych programów demonopolizacji wybranych dziedzin gospodarki (np. podział przedsiębiorstw przemysłu zbożowo-młynarskiego jako działanie na rzecz demonopolizacji otoczenia rolnictwa).

Priorytety Urzędu Antymonopolowego

Poza działaniami organizacyjnymi, w pierwszym roku funkcjonowania UA istotne było określenie sposobu realizacji jego ustawowych zadań. Jako priorytet przyjęto promowanie konkurencji przez współudział Urzędu w decyzjach dotyczących organizacyjnej i własnościowej struktury gospodarki (kontrola przekształceń własnościowych przedsiębiorstw państwowych, kontrola koncentracji, podział przedsiębiorstw). Strukturalne podejście do stosowania prawa konkurencji wynikało z przekonania, że bardziej efektywne jest likwidowanie lub ograniczanie przyczyn praktyk monopolistycznych (demonopolizacja gospodarki), aniżeli

skoncentrowanie się na stosowaniu sankcji za antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorstw, wynikające z ich dominującej pozycji na rynku właściwym (podejście regulacyjne).

Demonopolizacji gospodarki sprzyjała także liberalizacja importu, dzięki czemu na polskim rynku pojawiły się towary lepszej jakości w porównaniu z rodzimymi produktami (import konkurencyjny) oraz towary nowe, dotąd nieznanne polskiemu konsumentowi (import uzupełniający). Na przykład – wielkie kontrowersje, protesty i polityczne dyskusje na początku lat dziewięćdziesiątych wzbudzał import wody mineralnej i przetworów mlecznych. Popyt na te towary, stworzony przez import, skłonił krajowych producentów do wejścia na te rynki i dzisiaj polscy konsumenci mają szeroki wybór rodzimych wód mineralnych oraz jogurtów i innych przetworów mleczarskich.

Udział Urzędu w liberalizacji importu polegał na tym, że jego przedstawiciele uczestniczyli w pracach Międzyresortowej Komisji ds. Aktualizacji i Modyfikacji Taryfy Celnej Importowej oraz w pracach zespołów opracowujących kryteria i zasady wprowadzania kontyngentów i koncesji importowych. Rola UA polegała na opiniowaniu projektów zmian taryfy celnej z punktu widzenia rozwoju konkurencji w kraju, tzn. zgłaszaniu argumentów przeciwko nadmiernej ochronie polskiego rynku przed konkurencyjnym importem. Źródłem tych argumentów był monitoring przez UA stanu konkurencji na szczególnie zmonopolizowanych rynkach. Z badań przeprowadzonych przez UA wynikało, że w 1993 r. udział jednego przedsiębiorstwa przekraczający 80% zanotowano na 177 rynkach właściwych. Wyniki tych badań posłużyły do modyfikowania taryfy celnej tak, aby miała ona znaczenie prokonkurencyjne.

O strukturalnych priorytetach UA przekonuje także statystyka. W latach 1990–1994 UA rozpatrzył 2850 wniosków o przekształcenie lub koncentrację przedsiębiorstw, z czego w 2697 przypadkach Prezes UA powiadomił zainteresowanych o braku zastrzeżeń co do planowanego przedsięwzięcia, w 102 przypadkach wydana była zgoda warunkowa, a w 29 przypadkach wydana była decyzja zakazująca realizacji planowanego przekształcenia lub koncentracji. W tym samym okresie UA prowadził 782 postępowania w sprawach praktyk monopolistycznych, z czego w 234 przypadkach została stwierdzona praktyka monopolistyczna.

Polityka gospodarcza i skuteczność prawa konkurencji

Przyjęte na początku lat dziewięćdziesiątych strukturalne podejście do stosowania prawa konkurencji zakładało, że zakres administracyjnej ingerencji w antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorstw dominujących na rynkach właściwych powinien się stopniowo zmniejszać w miarę rozwoju konkurencji i zanikania tej dominacji. Dość przewrotnie, ale prawdziwie, brzmiała dewiza nowo powstałego UA ogłaszana na konferencjach prasowych, że priorytetem

Urzędu będzie działanie na rzecz takiego rozwoju konkurencji, aby Urząd był jak najmniej potrzebny.

Przykładem świadczącym o poprawności takiego podejścia może być pierwsza decyzja UA z października 1990 r., dotycząca praktyk cenowych Fabryki Samochodów Osobowych w Warszawie. FSO była jedynym wówczas producentem i silnie dominującym sprzedawcą samochodów osobowych średniolitrażowych. Po przeprowadzeniu postępowania przeciwko trzykrotnemu (w czerwcu 1990 r.) podwyższeniu ceny samochodu Fiat 125, Prezes UA podjął decyzję nakazującą obniżenie ceny. Decyzji tej towarzyszył wniosek do Rady Ministrów o zawieszenie cła na ten typ samochodów. Rada Ministrów zdecydowała o 70% obniżeniu cła i w 1991 r. import samochodów osobowych średniolitrażowych trzykrotnie przewyższał produkcję krajową, tworząc w ten sposób konkurencję na rynku. W piętnastoletnim okresie działania Urzędu nie było już potrzeby ingerowania na rynku osobowych samochodów średniolitrażowych, ponieważ import i rodzima produkcja doprowadziły do powstania konkurencji między sprzedawcami z korzyścią dla konsumentów.

Truizmem dzisiaj jest twierdzenie, że skuteczność stosowania prawa konkurencji jest tym większa, im bardziej prokonkurencyjna jest polityka gospodarcza, o której decyduje rząd i parlament. Najtrafniej ujęte jest to w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Najwyższego, do którego trafiła wspomniana wcześniej sprawa FSO (decyzje Urzędu podlegają kontroli władzy sądowniczej – Sąd Antymonopolowy, dzisiaj: Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów). W uzasadnieniu tego orzeczenia, podtrzymującego wyrok Sądu Antymonopolowego uchylającego decyzję UA, stwierdza się, że w działaniu organu centralnej administracji rządowej widoczna jest niekonsekwencja. Polega ona na tym, że z jednej strony krajowy producent chroniony jest przez rząd cłami, z drugiej zaś organ tego samego rządu zakazuje przedsiębiorcy działań wynikających logicznie z takiej ochrony. To słuszne stanowisko sądu było wykorzystywane w orzecznictwie Urzędu w innych przypadkach (np. sprawy: Fiat Auto Poland, zmowa cenowa producentów nawozów).

Wymóg spójności działania wszystkich agend rządowych na rzecz rozwoju konkurencji i tym samym wzrostu konkurencyjności gospodarki, przekładać się powinien na prokonkurencyjny charakter polityki gospodarczej. Taki konsensus jest jednak często trudny do osiągnięcia w praktyce, zwłaszcza w procesie transformacji gospodarczej. Na przykład, negatywne efekty zewnętrzne restrukturyzacji zatrudnienia (wzrost bezrobocia) czy ochrony środowiska (wzrost kosztów produkcji) wpływają na hamowanie procesów zmian z powodów ekonomicznych, społecznych i politycznych.

Wymóg spójności prokonkurencyjnej polityki gospodarczej wynika z faktu, że o konkurencyjności polskich przedsiębiorstw na rynku europejskim i międzynarodowym decydują takie warunki, jak: dostępność kapitału niezbędnego dla ich rozwoju, koszty pracy (klin podatkowy), poziom i stabilność podatków,

stabilizacja gospodarki, ograniczanie pomocy publicznej, przeciwdziałanie antykonkurencyjnym zachowaniom przedsiębiorców. Kolejność wymienionych czynników konkurencyjności przedsiębiorstw nie jest przypadkowa. Wynika ona stąd, że za poprawę ich konkurencyjności nie może być odpowiedzialna tylko agenda rządowa chroniąca konkurencję, ale także organy władzy ustawodawczej (parlament i samorząd lokalny), wykonawczej (rząd i administracja lokalna) i sądowniczej (Sąd Antymonopolowy i Sąd Najwyższy). Stosowanie prawa do wymuszania na przedsiębiorcach zachowań zgodnych z zasadami konkurencji nie poprawi ich konkurencyjności, jeżeli inne z wymienionych warunków nie zostaną spełnione.

Należy przy tym dodać, że działanie Urzędu było tym bardziej skuteczne, im bardziej prokonkurencyjna była polityka gospodarcza państwa. Co dwa lata Urząd przygotowywał i przedkładał Radzie Ministrów projekt programu rozwoju konkurencji. Pierwszy taki program został przyjęty przez rząd w maju 1991 r., a następny w 1993 r. Programy te zawierały zadania dla poszczególnych organów administracji państwowej z terminami ich realizacji. Urząd przedkładał Radzie Ministrów sprawozdania z realizacji tych programów i nawet jeżeli nie wszystkie z zadań wymienionych w programach zostały zrealizowane, to informacja ta miała znaczenie opiniotwórcze i edukacyjne dla polityków, administracji publicznej i przedsiębiorców.

Wpływ UA na kształt podmiotowej struktury rynku

Od początku swego działania Urząd był włączony w proces restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, a także całych sektorów. Odbywało się to w dwojaki sposób: przez ustawową kontrolę przekształceń własnościowych przedsiębiorstw państwowych (do 1998 r.) oraz udział przedstawicieli UA w pracach zespołów rządowych przygotowujących sektorowe programy restrukturyzacji i prywatyzacji (sektor węglowy, paliwowy, stalowy, petrochemiczny, ciężkiej chemii, elektroenergetyczny, ciepłowniczy, zbrojeniowy, motoryzacyjny, cukrowniczy). Rola przedstawicieli Urzędu w pracach tych zespołów polegała na zapobieganiu nadmiernemu ograniczaniu konkurencji w projektowanych rozwiązaniach oraz przerzucaniu na konsumentów ciężarów restrukturyzacji – przez podwyżki cen zakładane w programie lub realizowane przez same przedsiębiorstwa.

Przykładem może być udział przedstawicieli Urzędu w pracach nad restrukturyzacją sektora górnictwa węgla kamiennego. Na początku lat dziewięćdziesiątych

⁵ W 1992 r. UA skierował do Komitetu Ekonomicznego Rady Ministrów ocenę zagrożeń w realizacji *Rządowego programu rozwoju konkurencji na lata 1991–1993*, w którym stwierdza: *Chodzi tutaj o zasadę włączania do tworzonych holdingów kopalń strukturalnie nieefektywnych, a więc takich, których funkcjonowanie musi przynosić straty. Utrzymanie tego rodzaju kopalń w ramach większych organizmów oznaczać będzie pojawienie się znanych z przeszłości mechanizmów wewnętrznej subsydiowania,*

UA był autorem skutecznej argumentacji przeciwko utworzeniu Polskiego Koncernu Węglowego, w którym połączone miały być kopalnie rentowne ze wszystkimi nierentownymi. Przeciwko takiej koncepcji łączenia kopalń Urząd występował także wówczas, kiedy zaproponowano utworzenie holdingów węglowych, które ostatecznie powołano jako spółki węglowe i jeden holding⁵.

W latach 1992–1993 UA uczestniczył w przygotowaniu programu Narodowych Funduszy Inwestycyjnych (NFI). Rola Urzędu polegała na przygotowaniu przepisów antymonopolowych w ustawie o NFI zapobiegających koncentracji zarządzania funduszami i przekształceniu ich w branżowe zrzeszenia. Przy włączaniu przedsiębiorstw do poszczególnych NFI w 1994 r. przyjęto zasadę, że w jednym funduszu mogą znaleźć się przedsiębiorstwa, których udział w danym rynku właściwym nie przekracza 30%. Ustalono także, że włączanie przedsiębiorstw do NFI nie będzie podlegało indywidualnym zgłoszeniom do UA w ramach ustawowej kontroli koncentracji. Urząd zastrzegł sobie jednak prawo dokonywania wyłączeń przedsiębiorstw przewidzianych do danego funduszu, jeżeli mogłoby to oznaczać nadmierną koncentrację sektorową w jednym funduszu. Z tych uprawnień UA korzystał w 1994 r. monitorując przekazywanie spółek Skarbu Państwa do poszczególnych NFI. Z założenia bowiem fundusze miały zajmować się restrukturyzacją przedsiębiorstw przeznaczonych do prywatyzacji, a nie zaś powielać branżowe struktury wywodzące się z gospodarki centralnie planowanej.

Wpływ Urzędu na kształt podmiotowej struktury gospodarki realizowany był poprzez jego uprawnienia do kontrolowania połączeń przedsiębiorstw i przejęć kapitałowych oraz – do 1998 r. – przekształceń własnościowych. Kontrola przez Urząd przekształceń przedsiębiorstw państwowych w jednoosobowe spółki Skarbu Państwa, spółki pracownicze albo spółki gmin, skutkowałą niekiedy nałożeniem warunków, od spełnienia których uzależniony był brak zastrzeżeń wobec zamierzonego przedsięwzięcia. Niespełnienie tych warunków było równoznaczne z wydaniem decyzji zakazującej realizacji przekształcenia. Podstawowe kryterium stanowiło dążenie Urzędu do rozwoju konkurencji.

Na przykład w dużych aglomeracjach miejskich warunkiem przekształcenia przedsiębiorstwa oczyszczania miasta z własności państwowej na komunalną, było wydzielenie wysypiska śmieci. Z wcześniejszego orzecznictwa Urzędu wynikało bowiem, że powstające nowe, prywatne przedsiębiorstwa, konkurencyjne wobec dotychczasowego monopolisty, zmuszone były płacić za korzystanie

które nie tylko osłabią motywacje proefektywnościowe tych kopalń, ale przede wszystkim osłabią mechanizm eliminowania z rynku słabych kopalń. (...) z uwagi na centralistyczny model holdingu, każdy z nich będzie dążył do utrzymania stanu posiadania, zaś fakt, iż na mocy decyzji administracyjnej włączono w skład holdingu również nieefektywne kopalnie, będzie wykorzystywany przez kierownictwo poszczególnych holdingów jako argument uzasadniający łagodzenie reguł gry ekonomicznej oraz osłabienie nacisków konkurencji wewnętrznej i zewnętrznej. Urząd Antymonopolowy, Tekst niepublikowany, Warszawa 1992.

z wysypiska wyższe ceny aniżeli ceny płacone przez zakłady oczyszczania będące własnością gmin. Miało to wpływ na ceny świadczonych usług, czyniąc niekonkurencyjnymi nowe przedsiębiorstwa. Poprzez takie decyzje Urząd zapobiegał powstaniu przyczyn stosowania praktyk monopolistycznych.

Tworzenie prawa

Ważną rolą Urzędu był udział w tworzeniu nowego systemu prawa gospodarczego dostosowanego do potrzeb gospodarki rynkowej. Zasady konkurencji były wprowadzane przez UA trzema metodami: przygotowywanie projektów ustaw i aktów wykonawczych, przygotowywanie zapisów promujących konkurencję w ustawach i aktach wykonawczych dotyczących różnych sfer działalności gospodarczej oraz opiniowanie projektów ustaw i aktów wykonawczych opracowanych przez inne centralne organy administracji rządowej.

Projekty ustaw przygotowane przez UA to: ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (1993 r.) oraz kolejne nowelizacje ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Przyjęto także zasadę, że ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym nie będzie zawierała sektorowych regulacji, ale ogólne przepisy materialne i proceduralne dotyczące ochrony konkurencji niezależnie od rodzaju rynku właściwego. Zasada ta spowodowała zaangażowanie Urzędu w przygotowanie przepisów chroniących konkurencję w ustawach dotyczących: NFI, obrotu papierami wartościowymi, usług telekomunikacyjnych, regulacji rynku energetycznego.

Równie ważnym obszarem działania Urzędu było opiniowanie projektów ustaw przygotowywanych przez rząd. W pierwszym roku, w trybie uzgodnień międzyresortowych, do Urzędu trafiały projekty, w których były zapisy odnoszące się bezpośrednio do konkurencji. Rychło jednak okazało się, że z pozoru odległe zapisy mogą mieć istotne znaczenie dla promowania lub ograniczania konkurencji. Przykładem może być nowela do ustawy regulującej zasady dopuszczania żywności do obrotu (1992 r.). W pierwszej wersji projektu było zapisane, że w każdym przypadku produkty żywnościowe muszą przejść badania dopuszczające je na rynek. Wprowadzono jednak dość istotną dyskryminację podmiotów zajmujących się tym obrotem. Otóż, jeżeli wynik badań byłby negatywny, wówczas wprowadzający do obrotu miał pokrywać ich koszt. Przy pozytywnym wyniku badania miały być finansowane ze środków budżetowych. Jednak, jeżeli byłby to produkt importowany, w obu przypadkach badania miały być finansowane przez zlecającego. Urząd uznał to za dyskryminację i zapis został wycofany z projektu noweli do ustawy. Takich przykładów można byłoby przytoczyć więcej, ale nie oznacza to, że zawsze postulaty UA były realizowane.

Międzynarodowe kontakty Urzędu Antymonopolowego

Polska była pierwszym krajem w Europie Centralnej i Wschodniej, w którym wprowadzone zostało prawo konkurencji i utworzono centralny organ administracji rządowej odpowiedzialny za stosowanie tego prawa. W kształtowaniu działalności UA bardzo pomocna była współpraca z ekspertami OECD, Federalnej Komisji Handlu i Ministerstwa Sprawiedliwości (DAMS) USA, która rozpoczęła się wiosną 1990 r. Pierwsi byli Amerykanie. W końcu kwietnia 1990 r. do Warszawy przyjechała duża grupa przedstawicieli rządowych instytucji USA z zamiarem podzielenia się własnymi doświadczeniami z polskimi reformatorami. W grupie tej była szefowa Federalnej Komisji Handlu, Janet Stiger i zastępca prokuratora generalnego USA, szef Departamentu Antytrustowego Ministerstwa Sprawiedliwości USA, Jim Rill. W roboczej atmosferze zostało ustalone, że za pięć miesięcy UA odwiedzą eksperci z obu instytucji celem określenia form współpracy i zakresu pomocy. Tak też się stało i do UA przyjeżdżali doradcy amerykańscy, a pracownicy Urzędu wyjeżdżali na staże do FKH i DAMS. Takie formy współpracy były bardzo pomocne, ponieważ wiele spraw, które były nowe dla pracowników UA, miały swoje odpowiedniki w historii działania obu amerykańskich instytucji antytrustowych.

Udział przedstawicieli UA w spotkaniach Komitetu ds. Praktyk Restrykcyjnych OECD jako obserwatorów włączył Urząd w system współpracy międzynarodowej. Sprzyjało temu także uczestnictwo w grupach roboczych Komitetu, które przygotowywały metodologiczne i merytoryczne rozstrzygnięcia wnoszone na posiedzenia Komitetu. Udział w tych pracach był dla UA znakomitą szkołą stosowania prawa antymonopolowego. Warto dodać, że eksperci OECD przygotowali słownik terminów antytrustowych, który w tamtych latach był nieocenioną pomocą w komunikowaniu się ze środowiskiem antytrustowym krajów o dojrzałej gospodarce rynkowej.

Po zakończeniu w 1991 r. negocjacji nad Układem Europejskim między rządem RP i komisją EWG, UA rozpoczął współpracę z Dyrekcją Generalną ds. Konkurencji. Dzięki przychylności ówczesnego Komisarza ds. Konkurencji Sir Leona Brittana i Dyrektora Generalnego Klausa D. Ehlermanna, Urząd korzystał z dorobku Dyrekcji ds. Konkurencji poprzez współpracę z ekspertami i staże zawodowe pracowników urzędu w Komisji Europejskiej.

Uzyskanie przez Polskę statusu kraju stowarzyszonego spowodowało nawiązanie współpracy z urzędami ochrony konkurencji z krajów członkowskich Wspólnot Europejskich. Dotyczyło to takich krajów, jak: Niemcy, Francja, Wielka Brytania i Dania.

UA podejmował także współpracę z innymi krajami Europy Centralnej i Wschodniej już na etapie przygotowywania w tych krajach prawa konkurencji i tworzenia organów odpowiedzialnych za jego realizację. Pierwsze

doświadczenia UA spotykały się z zainteresowaniem tych krajów oraz ekspertów zachodnich, jako że transformacja gospodarcza była nowatorskim przedsięwzięciem ekonomicznym, społecznym i politycznym, o którym nie było wówczas dostatecznej wiedzy. Promowanie konkurencji i jej ochrona wymagały często działań niekonwencjonalnych w porównaniu z tymi, które wynikały z doświadczeń krajów o dojrzałej gospodarce rynkowej.

Do tradycji weszły międzynarodowe doroczne konferencje organizowane przez UA z udziałem przedstawicieli organów chroniących konkurencję w krajach o rozwiniętej gospodarce rynkowej oraz w krajach w transformacji. Spotkania te były okazją do poznania grona osób, które uczestniczyły w tworzeniu prawa i instytucji chroniących konkurencję w krajach transformujących swoje gospodarki. Spotkania te służyły wymianie doświadczeń w budowaniu nowego porządku prawnego ochrony konkurencji.

Negocjacje o członkostwo Polski w Unii Europejskiej

Od pierwszego roku istnienia UA był zaangażowany w negocjacje ze Wspólnotami Europejskimi o członkostwo Polski w Unii Europejskiej. Urząd był odpowiedzialny za negocjacje zapisów art. 63, który dotyczył reguł konkurencji i pomocy publicznej. O ile zasady ochrony przed skutkami antykonkurencyjnych porozumień (art. 81 TWE) oraz nadużywaniem pozycji dominującej (art. 82 TWE) miały swoje odpowiedniki w polskim prawie antymonopolowym, to negocjacje o zasadach udzielania pomocy publicznej rozpoczęły dopiero przygotowania Polski do ustanowienia takich zasad zgodnych ze standardami europejskimi. Po podpisaniu Układu Europejskiego między rządem RP i Komisją Europejską w grudniu 1991 r., od stycznia 1992 r. w UA rozpoczęto prace harmonizacyjne przy udziale ekspertów z Komisji Europejskiej i krajów członkowskich. Dla pracowników UA organizowane były staże w Komisji i organach konkurencji krajów członkowskich. Współpraca ta była realizowana przez cały okres trwania negocjacji stowarzyszeniowych.

Podsumowanie

1. Organizowanie działalności Urzędu Antymonopolowego, kreowanie podstaw polityki konkurencji, określanie priorytetów w stosowaniu prawa konkurencji, to wyzwania na miarę początku lat dziewięćdziesiątych. Urząd Antymonopolowy był instytucją uczestniczącą w głębokich przemianach gospodarczych w Polsce. Strukturalne podejście do stosowania prawa konkurencji polegało na uczestnictwie pracowników UA w rządowych i międzyresortowych zespołach przygotowujących programy restrukturyzacji i prywatyzacji wielkich

przedsiębiorstw państwowych lub całych sektorów ważnych dla funkcjonowania gospodarki. Promowanie konkurencji oznaczało w praktyce znajdowanie kompromisów między wynikami rachunku ekonomicznego i krótkookresowymi celami społecznymi i politycznymi.

2. Nadanie priorytetu strukturalnemu podejściu w stosowaniu prawa konkurencji wynikało z faktu zmonopolizowania gospodarki odziedziczonej po gospodarce centralnie planowanej. W tej sytuacji bardziej skuteczne były likwidacja lub ograniczanie przyczyn stosowania praktyk monopolistycznych przez jej demonopolizację, aniżeli przeciwdziałanie praktykom wynikającym z istniejącej struktury.

3. UA wpisał się w proces wchodzenia Polski w międzynarodowe struktury gospodarcze, w których ochrona konkurencji stanowi ważny element rozwoju gospodarczego. W szczególności dotyczyło to negocjacji o członkostwo Polski w Unii Europejskiej. Aktywność Urzędu w tej dziedzinie polegała na harmonizacji prawa konkurencji i orzecznictwa do standardów wspólnotowych.

Witold M. Orłowski

**PIĘTNAŚCIE LAT WALKI Z MONOPOLEM
– KILKA UWAG Z PERSPEKTYWY
MAKROEKONOMICZNEJ**

**PRAKTYKI MONOPOLISTYCZNE
W POLSKIEJ GOSPODARCE 1990–2005**

Kiedy w roku 1989 powstawał w Polsce pierwszy niekomunistyczny rząd Tadeusza Mazowieckiego, wśród najcięższych problemów, z którymi przyszło mu się zmagać, był stan polskiej gospodarki. Poczynając od drugiego kwartału roku 1989 spadała produkcja przemysłowa, głównie z powodu problemów strony popytowej (jednocześnie jednak spadał popyt inwestycyjny zgłaszany przez duże przedsiębiorstwa państwowe). W tym samym czasie gospodarka zbliżała się do inflacyjnej katastrofy, bowiem bank centralny powoli tracił kontrolę nad podażą pieniądza. Szoki podażowe, związane głównie z nieudolnie przeprowadzoną liberalizacją cen żywności, doprowadziły do wzrostu stopy inflacji w końcu roku 1989 do ponad 700%. Radykalny program dostosowawczy wdrożony w pierwszych miesiącach roku 1990 doprowadził do przywrócenia względnej równowagi, przy jednoczesnym zliberalizowaniu większości cen i wprowadzeniu wewnętrznej wymiennalności waluty. Stabilizacja odbyła się jednak kosztem poważnego ograniczenia skali realnego popytu i produkcji, co z miejsca stało się przedmiotem gorącej dyskusji wśród ekonomistów na temat wybranego kierunku reform. Dyskusja ta wygasła dopiero w latach 1992–1993, kiedy gospodarka weszła na ścieżkę wzrostu produkcji.

W rzeczywistości jednak przed Polską stało wyzwanie daleko większe niż doprowadzenie do wzrostu gospodarczego i ponownego ożywienia produkcji. Głównym

problemem, na który kraj natknął się w wyniku demokratycznych przemian, był całkowicie nieprzystosowany do wymogów współczesnego świata systemem gospodarczy – nieefektywny, zdominowany przez własność publiczną, niezdolny do rozwoju w warunkach otwartości na świat. A jednym z głównych problemów był brak konkurencyjnych rynków.

Konkurencyjne rynki stanowią niezbędny element umożliwiający długookresowy, efektywny rozwój gospodarczy. Jedynie konkurencja jest w stanie wyeliminować z rynku podmioty, które nie działają w sposób sprawny – a tym samym umożliwić bardziej racjonalne wykorzystanie zasobów, którymi dysponuje społeczeństwo – i spowodować, że produkcja dostosowuje się do potrzeb, a ceny nie odbiegają rażąco od uzasadnionych kosztów wytwarzania, powiększonych o powszechnie akceptowaną stopę zysku. Konkurencyjny rynek jest więc warunkiem wysokiej efektywności gospodarczej, możliwej dzięki niezakłóconemu funkcjonowaniu sygnałów cenowych, presji na eliminację marnotrawstwa zasobów oraz toczącej się stale walce o klienta. Rzecz jasna, w gospodarczej rzeczywistości – w odróżnieniu od podręczników ekonomii – rzadko spotykamy się z idealnie funkcjonującymi, przejrzystymi i doskonale konkurencyjnymi rynkami (John Kay podaje jako przykład takiego funkcjonowania rynek kwiatowy w San Remo, na którym nabywcy doskonale orientują się w obecnej i przewidywanej podaży, nikt nie jest w stanie wpłynąć na poziom cen, transakcje są jawne, a spekulacje niemożliwe¹). Zazwyczaj mamy do czynienia z rynkami w mniejszym lub większym stopniu niedoskonałymi. W szczególności konkurencja zakłócona jest bardzo często przez praktyki monopolistyczne, których celem jest wygenerowanie dodatkowych, nieuzasadnionych zysków.

Problem praktyk monopolistycznych nie ogranicza się do narzucenia nabywcy wyższej ceny. Monopol jest zjawiskiem ogólnie szkodliwym dla rozwoju gospodarczego i dla poziomu życia społeczeństwa. Jak zauważa Kay, (...) *społeczny koszt monopolu jest zazwyczaj większy, niż zysk monopolisty. Monopol zamyka drogę zdyscyplinowanemu pluralizmowi i utrudnia innowację produktową i technologiczną*² i dalej konkludując: *Pluralizm zapewnia, że dobra i usługi, które mogą być dostarczone na konkurencyjnym rynku, są dostarczane. Tam, gdzie monopol jest nieunikniony – np. przy dystrybucji elektryczności i wody – utrata pluralizmu powinna być ograniczana. Istnienie monopolu w jednej dziedzinie nie może być podstawą do rozszerzania monopolu. Dystrybucja elektryczności jest monopolem naturalnym, ale wytwarzanie elektryczności – nie*³.

Wysokie zagrożenie praktykami monopolistycznymi na kształtującym się polskim rynku wynikało z szeregu czynników. Po pierwsze, gospodarka komunistyczna, utrudniająca – lub wręcz uniemożliwiająca – skuteczne wejście na rynek podmiotom prywatnym, doprowadziła do silnej koncentracji produkcji

¹ [J. Kay], *The Truth About Markets*, Penguin Books, London 2003.

² *Ibidem*, str. 287.

³ *Ibidem*, str. 360.

w stosunkowo nielicznych, wielkich państwowych przedsiębiorstwach. W momencie, gdy przedsiębiorstwa te zaczęły operować na rynku, mogły z łatwością skorzystać ze swej silnej pozycji (w szczególności tam, gdzie istniał monopol naturalny albo ograniczone możliwości konkurencji ze strony podmiotów zagranicznych – np. w telekomunikacji, transporcie i energetyce). Po drugie, praktykom monopolistycznym służył stosunkowo niski stopień otwartości gospodarki. Wprawdzie jednym z najważniejszych posunięć w ramach programu gospodarczego w roku 1990 było otwarcie gospodarki i wprowadzenie wewnętrznej wymienialności waluty, jednak prawdziwie silna konkurencja ze strony importu mogła początkowo się pojawić jedynie stopniowo, głównie na rynkach dóbr handlowych. Po trzecie, proces wzrostu presji konkurencyjnej był w wielu sektorach hamowany przez nacisk grup interesów, których celem stało się doprowadzenie do powstania na nowo stosunkowo wysokich barier celnych i pozataryfowych (tak np. stało się w odniesieniu do żywności) lub do ograniczenia dostępu do rynku dla nowych graczy (krajowych i zagranicznych). Skuteczność tych działań ewidentnie zwiększana była przez słabości polskiego systemu politycznego i polskich instytucji publicznych, a wiele działań służących ograniczeniu konkurencji promowano powołując się na fałszywy „interes narodowy”. Po czwarte wreszcie, praktykom monopolistycznym sprzyjał stosunkowo niski stopień świadomości konsumenckiej, umożliwiającą zarówno jawne gwałcenie praw słabszych uczestników rynku, jak uzyskanie dużego poparcia dla fałszywych argumentów na temat konieczności ograniczania konkurencji ze względu na ważny interes społeczny.

Konieczność aktywnej ochrony konkurencji rynkowej stała się więc jasna od początku polskiego procesu transformacji gospodarczej. Nie będzie przesadą stwierdzenie, że proces demonopolizacji i wspierania konkurencji był mniej zauważalnym, ale równie ważnym elementem zasadniczych zmian strukturalnych w gospodarce polskiej w latach 1990–2005, jak znacznie bardziej powszechnie dyskutowane problemy prywatyzacji i restrukturyzacji przedsiębiorstw i instytucji finansowych. Sprawne i efektywne przedsiębiorstwo musi być poddane reżimowi konkurencji – jest to warunkiem tego, by realizacja interesu prywatnego właściciela nie rozmięła się z celem społecznym funkcjonowania firmy.

Uświadomienie sobie tego faktu zaowocowało stopniowym rozwojem polskiej polityki wspierania konkurencji i przeciwdziałania praktykom monopolistycznym. Polityka ta musiała być budowana od podstaw – w gospodarce komunistycznej brak było jakichkolwiek jej elementów, które mogłyby posłużyć za punkt wyjścia do dalszego rozwoju (różniło to politykę wspierania konkurencji od wielu innych elementów polityki regulacji rynku, które musiały być rozwinięte równolegle). Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym została przyjęta już w roku 1990. Powoływała ona specjalny Urząd Antymonopolowy, który w roku 1996 przekształcony został w Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sąd Antymonopolowy. Dalszym, potężnym bodźcem do rozwoju stał się proces integracji gospodarczej Polski z Unią Europejską. Stworzona została w ten sposób solidna

podstawa do prowadzenia polityki ochrony konkurencji, a dzięki kolejnym nowelizacjom ustawy prawodawstwo polskie stopniowo dostosowane zostało w pełni do prawa unijnego⁴.

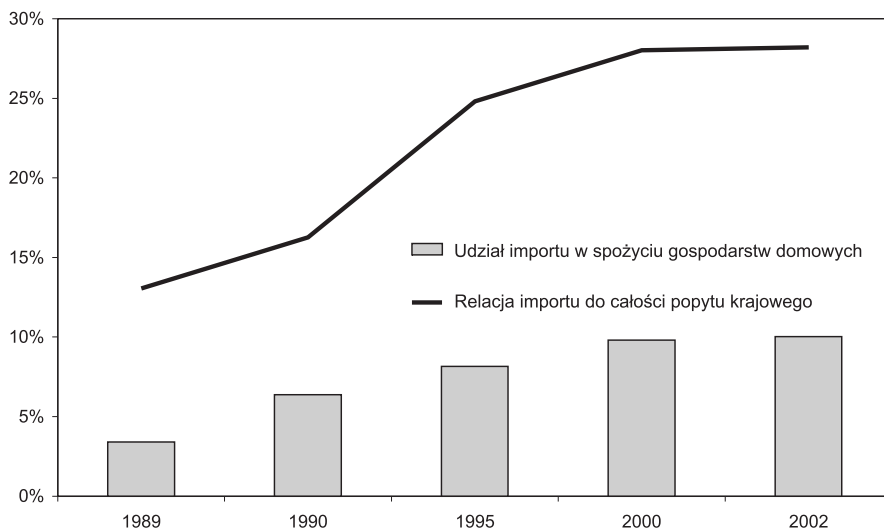
Analizując proces kształtowania się w Polsce konkurencyjnego rynku, należy zwrócić uwagę na trzy procesy. Pierwszym z nich było stosunkowo szybkie otwieranie się polskiej gospodarki na świat, a w szczególności szybko rosnąca penetracja polskiego rynku przez producentów zagranicznych. W sektorach, w których wzrost penetracji ze strony importu następował stosunkowo łatwo – a więc np. w dziedzinie towarów przemysłowych – polski rynek stosunkowo szybko nabierał cech konkurencyjnych. Proces ten nasilał się wraz z redukcją barier celnych, realnym wzmocnieniem się złotego (które ułatwiało wejście na rynek produktów importowanych), procesem wchodzenia na polski rynek wielkich firm międzynarodowych (związanym ściśle z napływem inwestycji bezpośrednich) oraz pełną liberalizacją kolejnych sektorów gospodarki w wyniku umowy stowarzyszeniowej z UE, porozumienia w sprawie przystąpienia Polski do OECD oraz – ostatecznie – w wyniku akcesji Polski do UE.

Rosnącą rolę dostawców zagranicznych na polskim rynku, która w ostatecznym rachunku oznaczała w większości przypadków wzrost presji konkurencyjnej, ilustruje Rycina 1. W ciągu lat dziewięćdziesiątych relacja całkowitego polskiego importu do popytu krajowego podwoiła się, podnosząc się z 13% w roku 1989 i 16% w roku 1990 do blisko 30% w latach 2000–2002. Jednocześnie silnie wzrastała obecność towarów importowanych na rynku. Według szacunków uzyskanych w oparciu o tablice przepływów międzygałęziowych, udział towarów importowanych w całości spożycia indywidualnego wzrósł z 3% w roku 1989 i 6% w roku 1990 do około 10% w latach 2000–2002. Taki wzrost skali penetracji rynku przez import w znacznym stopniu przyczynił się do zwiększenia konkurencji rynkowej.

Drugim zjawiskiem, występującym równolegle z poprzednim, był stopniowy proces demonopolizacji rynków usług oraz wzrost konkurencji na rynkach towarów. Proces ten nie da się łatwo opisać liczbowo. Warto jednak zwrócić uwagę na dane zamieszczone w Tablicy 1, uzyskane w wyniku skonfrontowania informacji o wielkości sprzedaży największych polskich przedsiębiorstw (tzw. „listy 100” i „listy 500”) z danymi GUS dotyczącymi całego sektora przedsiębiorstw finansowych i niefinansowych.

⁴ E. Kawecka-Wtrzykowska (red.), *Ocena stopnia realizacji Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi*, IKC HZ, Warszawa 1998.

Ryc.1. Stopień otwartości polskiej gospodarki, 1989–2002



Źródło: Obliczenia własne na podstawie danych GUS.

Tablica 1. Udział największych firm w całości polskiego rynku

	1996	2004
Relacja przychodów 30 największych firm do produkcji globalnej kraju	18%	15%
Relacja przychodów 5 największych firm danego sektora do całości przychodów ze sprzedaży:		
1. Przemysł przetwórczy	15%	15%
2. Przemysł wydobywczy i energetyczny	30%	34%
3. Usługi finansowe	52%	39%
4. Usługi handlu detalicznego, transportu i łączności	35%	31%

Źródło: Obliczenia na podstawie 100 największych przedsiębiorstw, *Życie Gospodarcze*, maj 1998; *Lista 500*, Rzeczpospolita, kwiecień 2005; *Rocznik Statystyczny GUS*.

Porównanie sytuacji w latach 1996 i 2004 pokazuje, że w okresie tym wielkość sprzedaży zrealizowanej przez 30 działających w Polsce firm o największych przychodach w relacji do całej produkcji globalnej kraju zmniejszyła się z 18 do 15%, przy czym spadek udziału największych firm w rynku był szczególnie widoczny w sektorach usługowych (odwrotne zjawisko wystąpiło natomiast w dziedzinie przemysłu wydobywczego i energetyki, gdzie – skutkiem świadomych,

choć zdecydowanie niekorzystnych z punktu widzenia konkurencji rynkowej wyborów polityki gospodarczej – stopień koncentracji produkcji w wielkich firmach uległ zwiększeniu). Mniejsza koncentracja produkcji utrudnia zmywy monopolistyczne – choć oczywiście ich nie wyklucza.

Trzecim wreszcie z najważniejszych procesów, które doprowadziły do wzrostu konkurencji na polskim rynku, były działania prowadzone w ramach polityki wspierania konkurencji. Część z tych działań – zwłaszcza zasadnicze decyzje dotyczące liberalizacji poszczególnych rynków usług – podjęte zostały jako decyzje strategiczne, często w wyniku silnej presji związanej z akcesją do UE. Jednocześnie jednak należy zauważyć, że do stałego postępu w tej dziedzinie przyczyniły się coraz bardziej energiczne działania instytucji powołanych w celu walki z praktykami monopolistycznymi.

Polski konsument w latach 1990–2005

Jak wspomniałem powyżej, jedną z barier w zakresie rozwoju konkurencji był w Polsce niski stopień świadomości konsumenckiej. Można twierdzić, że był on w znacznej mierze efektem odziedziczonym z przeszłości – w gospodarce komunistycznej prawa konsumenckie były absurdem, ze względu na absolutną dominację na rynku producentów. Transformacja gospodarcza stworzyła przesłanki do zmiany tej sytuacji.

Należy stwierdzić, że w pierwszych latach zmian ustrojowych postęp w tej dziedzinie nie był szybki. Na większości rynków zniknęła wprawdzie zdecydowana dominacja producentów, jednak nadal prawa konsumenta łamane były nagminnie na skutek asymetrycznej informacji, powszechnej niewiedzy, nadużywania przewagi finansowej, a wreszcie zwykłych oszustw. Proces ograniczania tych zjawisk miał charakter stopniowy, a ważną rolę edukacyjną odgrywały w nim działania UOKiK.

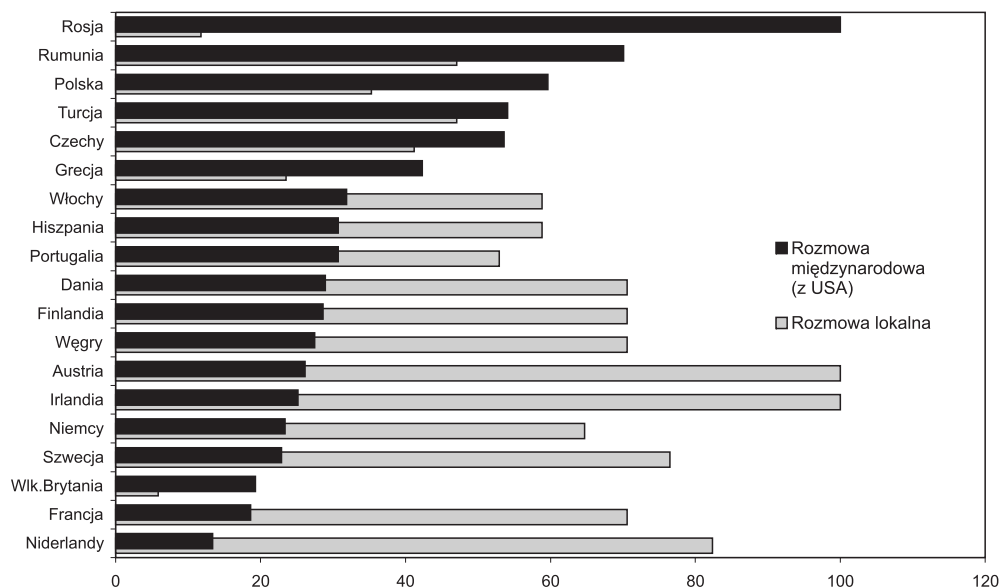
Bardziej radykalnych efektów dla konsumentów można się było natomiast spodziewać po działaniach w zakresie deregulacji i liberalizacji rynków usług. Szczególnie wyraźnie widocznym i powszechnie dyskutowanym przykładem niekorzystnego dla konsumentów sposobu organizacji rynku był długo utrzymujący się monopol w zakresie telefonii stacjonarnej (ostatecznie znoszony dopiero w latach 2000–2002). Monopolistyczna organizacja rynku, zamykająca dostęp do najbardziej lukratywnych połączeń zamiejscowych dla konkurentów Telekomunikacji Polskiej SA powodowała, że ich ceny utrzymywały się w Polsce na niezwykle wysokim poziomie, a postęp w dziedzinie poprawy jakości usług telekomunikacyjnych był stosunkowo powolny (zwracała na to uwagę Komisja Europejska w swoim *avis* dotyczącym polskiej aplikacji o członkostwo⁵. Dane potwierdzające takie kształtowanie się relacji cenowych, a jednocześnie pokazujące możliwy w warunkach monopolu proces subsydiowania cen połączeń lokalnych przez zawyżanie cen połączeń

⁵ *Commission Opinion on Poland's Application for Membership of the European Union*, European Commission, Brussels 1997.

zamiejscowych, zamieszczone zostały na Rycinie 2. W roku 1998 wyraźniejsze niż w Polsce efekty praktyk monopolistycznych na rynku telefonii stacjonarnej występowały w Rosji i Rumunii, a porównywalne w Turcji i Czechach. Na Węgrzech oraz we wszystkich krajach Unii Europejskiej – w tym również w krajach południowoeuropejskich, gdzie proces liberalizacji rynku był najwolniejszy – sytuacja była zdecydowanie lepsza niż w Polsce.

Jak pokazują doświadczenia światowe, korzyści, które może uzyskać konsument w wyniku demonopolizacji i deregulacji rynku oraz doprowadzenia do pojawienia

Ryc.2. Koszt 3-minutowej rozmowy telefonicznej, 1998 r. (max = 100)



Źródło: *World Development Indicators*, World Bank, 2003.

się silnej presji konkurencyjnej, mogą być bardzo znaczne. Przykładowo, deregulacja rynku usług lotniczych w USA na początku lat osiemdziesiątych dała konsumentom korzyści (wzrost dobrobytu) szacowane na 0,3–0,5% PKB, a producentom dodatkowo rzędu 0,1% PKB. Zbliżone efekty przyniosła liberalizacja międzystanowego transportu samochodowego⁶. Z drugiej strony należy jednak zauważyć, że nie wszędzie samo formalne zniesienie ograniczeń w dostępie do rynku i prawne dopuszczenie konkurencji oznacza, że rynek zaczyna z miejsca funkcjonować w sposób konkurencyjny. Jak pokazują liczne studia dotyczące liberalizacji rynku (np. w sektorze telefonii stacjonarnej albo energetyki) w przypadku, jeśli na tym rynku w momencie liberalizacji istnieje firma monopolistyczna albo dominująca, a więc

⁶ *The State in a Changing World*, World Bank, Washington 1997.

znacznie przekraczająca swoją siłą rynkową ewentualnych konkurentów, niezbędna staje się urzędowa interwencja w proces kształtowania cen przez tę firmę⁷. Jest to głównie wynikiem faktu, że firma dominująca może nadużywać swojej pozycji albo dla korzystania nadal z renty monopolistycznej (zawyżania cen dla konsumenta), albo dla takiego kształtowania cen, które utrudnia lub uniemożliwia wejście na rynek konkurentów (zazwyczaj w drodze czasowego stosowania zaniżonych cen).

Proces liberalizacji polskiego rynku telefonii stacjonarnej wyraźnie potwierdzał powyższe spostrzeżenie. Mimo formalnego zniesienia monopolu, dominująca pozycja TP SA umożliwiała dalsze stosowanie praktyk szkodzących konkurencji, w tym również polegających na skrajnym utrudnieniu wchodzenia na rynek nowych dostawców usług. W takiej sytuacji działania organu antymonopolowego okazały się niezbędne po to, by przyspieszyć korzystne dla konsumentów zmiany i umożliwić stopniowe kształtowanie się konkurencyjnego rynku.

Pomoc publiczna

Pomoc publiczna jest działaniem, które narusza warunki konkurencji i uprzywilejowuje te przedsiębiorstwa, które ją uzyskują w porównaniu z tymi, które ze wsparcia nie korzystają. Wobec negatywnego wpływu na funkcjonowanie rynku wewnętrznego Unii, możliwość stosowania pomocy publicznej została ograniczona przez art. 87 Traktatu Rzymskiego. Wraz z przystąpieniem Polski do Unii, obowiązek monitorowania i analizy wpływu pomocy publicznej na konkurencję został nałożony na UOKiK.

Subsydiowanie przedsiębiorstw było bardzo rozpowszechnionym sposobem sterowania ich dochodowością w gospodarce komunistycznej, tłumaczonym po części niezależnym od woli przedsiębiorstw kształtowaniem cen zbytu. Zjawisko to rozwinęło się w Polsce na masową skalę poczynając od końca lat siedemdziesiątych. W warunkach gospodarki rynkowej nie stanowiło ono oczywiście zagrożenia dla konkurencji – której tak czy owak nie było – stanowiło jednak rosnący ciężar dla finansów publicznych. Pierwszą motywacją, która skłoniła na początku lat dziewięćdziesiątych do podjęcia działań ograniczających skalę pomocy publicznej, była więc troska o równowagę budżetową. Według szacunków Banku Światowego, skala subsydiów wypłaconych polskim przedsiębiorstwom państwowym w roku 1988 sięgała 16% PKB. Realna wartość subsydiów zmalała nieco w roku kolejnym, głównie skutkiem niespodziewanie wysokiej inflacji, a po kolejnych trzech latach zmniejszyła się do niecałych 4% PKB⁸. Dane te nie uwzględniały jednak coraz bardziej powszechnego na początku lat dziewięćdziesiątych procederu nieodprowadzania przez przedsiębiorstwa (głównie państwowe) należnych podatków i składek na ubezpieczenia społeczne. Gdyby uwzględnić również te formy pomocy publicznej okazałoby się, że w pierwszej

⁷ P. De Bijl, *Competition and Regulation in Telecommunications Markets*, CPB, The Hague 2000.

⁸ *Poland. Policies for Growth and Equity*, World Bank, Washington 1994.

połowie lat dziewięćdziesiątych jej łączna wielkość ustabilizowała się na stosunkowo wysokim poziomie około 5% PKB.

W połowie lat dziewięćdziesiątych pomoc publiczna zaczęła być jednak w coraz większym stopniu postrzegana właśnie w kategoriach zagrożenia dla konkurencji. Bez wątplenia, na taką zmianę optyki wpłynęło dążenie Polski do członkostwa w UE. Problem pomocy publicznej stał się szczególnie drażliwy wówczas, gdy korzystać z niej zaczęły nie tylko przynoszące straty przedsiębiorstwa państwowe, ale również nowo powstałe, nowoczesne zakłady wybudowane przez zagranicznych inwestorów. Zjawisko to, szczególnie silne w przypadku polskich specjalnych stref ekonomicznych, okazało się niesłychanie trudnym problemem negocjacyjnym w czasie ustalania ostatecznych warunków wejścia naszego kraju do UE⁹. W ostatecznym rachunku Polska musiała w pełni przyjąć rozwiązania unijne dotyczące pomocy publicznej, a zadanie jej monitorowania i oceny złożono na UOKiK.

Dane na temat skali pomocy publicznej w latach 1995, oraz 2002–2003 zawiera Tablica 2.

Tablica 2. Wielkość i struktura pomocy publicznej w Polsce

	W procentach PKB			Udział w całości pomocy publicznej		
	1995	2002	2003	1995	2002	2003
Dotacje	0,7	0,5	0,3	22%	38%	9%
Subsydia podatkowe	1,4	0,4	2,3	42%	27%	66%
Subsydia inwestycyjne	0,1	0,0	0,2	2%	0%	5%
Miękkie kredytowanie	1,0	0,2	0,4	30%	12%	12%
Poreczenia i gwarancje	0,1	0,3	0,3	4%	23%	8%
Razem pomoc publiczna	3,2	1,3	3,5	100%	100%	100%

Źródło: Obliczenia własne na podstawie danych Ministerstwa Gospodarki, UOKiK, GUS.

Niestety, jak do tej pory brak jest możliwości pełnej oceny wpływu pomocy publicznej na konkurencję. W raporcie UOKiK¹⁰ zwraca się jednak uwagę na kilka charakterystycznych dla Polski cech udzielanej pomocy – zwłaszcza bardzo wysoki udział górnictwa węglowego oraz subsydiów podatkowych w całości pomocy. Nie są to zjawiska korzystne. Bardzo wysoki odsetek subsydiów podatkowych – faktycznie są to zazwyczaj w znacznej mierze subsydia wymuszone przez wielkie przedsiębiorstwa państwowe (w roku 2003 sięgał on 66% całości,

⁹ Red. E. Kawecka-Wtryzkowska (red.), *Ocena stopnia realizacji Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi*, IKC HZ, Warszawa 1998.

¹⁰ *Raport o pomocy publicznej w Polsce udzielonej przedsiębiorcom w 2003 roku*, UOKiK, Warszawa 2004.

skutkiem ogromnego procesu oddłużenia kopalń; w latach poprzednich wahał się między 27 a 42%, wobec przeciętnego udziału w krajach „starej” Unii rzędu 24%) – oznacza pomoc o charakterze pasywnym i całkowicie retroaktywnym. Z kolei bardzo duży udział w pomocy sektorów starzejących się i przeżywających kłopoty (zwłaszcza górnictwa) oznacza, że brak jest środków na daleko bardziej pożądane działania horyzontalne, w tym badania i rozwój (środki na działania horyzontalne stanowią przeciętnie w „starej” Unii 73% całości wsparcia publicznego, wobec 34% w Polsce w roku 2002; w tym w szczególności wydatki na badania i rozwój stanowią przeciętnie w „starej” Unii 15% całości wsparcia publicznego, wobec 4% w Polsce). W roku 2003 ze względu na realizację ogromnego programu oddłużenia kopalń, wydatki na działania horyzontalne spadły w Polsce o ok. 20%, w tym wydatki na badania i rozwój o 30% (ibidem). Jest to sprzeczne ze sformułowaną w Unii strategią rozwoju, stawiającą na eksponowanym miejscu problemy konkurencyjności i rozwoju opartego na wiedzy (Strategia Lizbońska).

Wzrost

Na koniec, nie sposób nie zadać sobie pytania na temat wpływu polityki ochrony konkurencji na długookresowy rozwój gospodarczy Polski.

Jak pokazują doświadczenia światowe, regulacje sprzyjające konkurencji przyspieszają wzrost gospodarczy, zwłaszcza w krajach, w których istnieje poważna luka technologiczna wobec światowej czołówki¹¹. Głównym powodem tego zjawiska jest fakt, że w krajach, w których konkurencja rynkowa jest słaba, trudno o rzetelne porównanie wyników osiągniętych przez firmy, a przedsiębiorcy działający słabo nie są zagrożeni przez konsekwencje swojej niskiej efektywności. W rezultacie tego czynią mniejszy wysiłek w zakresie wzrostu wydajności i zmniejszania luki technologicznej, niż gdyby działali na rynku bardziej konkurencyjnym.

Regulacje prokonkurencyjne sprzyjają również wzrostowi innowacyjności. W szczególności chodzić tu może o przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym polegającym na strategicznym nadużywaniu praw własności intelektualnej. Polityka ochrony konkurencji, a zwłaszcza ograniczania barier wejścia na rynek dla nowych firm, sprzyja wzrostowi wydajności pracy i rozwojowi produkcji. W konkluzji OECD sugeruje, że regulacje wspierające konkurencję rynkową sprzyjają poprawie zarządzania, innowacyjności, rozwojowi nowych technologii i wzrostowi.

Teoria ekonomii sugeruje istnienie kilku kanałów, za pomocą których zwiększona skala konkurencji rynkowej przekłada się na korzyści w zakresie dobrobytu i szybszy wzrost gospodarczy. Najbardziej znanym argumentem jest podręcznikowe stwierdzenie, że w wyniku konkurencji ceny rynkowe dążą do krańcowych kosztów produkcji, co wymusza bardziej efektywną alokację czynników produkcji

¹¹ *The Sources of Economic Growth in OECD Countries*, OECD, Paris 2003.

(monopol wiedzie do nieefektywności w tym zakresie, a zatem do strat zagregowanego dobrobytu). Takie korzyści, o charakterze statycznym, uzupełniane są jednak przez wiele korzyści dynamicznych, wynikających z zachowania firm: w warunkach konkurencji zmuszane są one do podejmowania szeregu działań zwiększających efektywność produkcji, które nie zostałyby podjęte w przypadku słabszej presji konkurencyjnej. W teorii ekonomii zwraca się w szczególności uwagę na fakt, że realizowana w warunkach monopolu renta przeznaczana jest często na swoiste pokrycie kosztów nieefektywnego zarządzania firmami lub zmniejszonego wysiłku ze strony pracowników. W warunkach silnej konkurencji zachowanie takie jest jednak niemożliwe: silniejszy nadzór właścicielski (związany z możliwością bardziej przejrzystej oceny działania firmy) oraz większe ryzyko bankructwa zwiększają presję na zarządzających, a w pewnej mierze również na pracowników¹². Z drugiej strony, stosunkowo wysoka elastyczność cenowa popytu występująca na konkurencyjnym rynku powoduje, że uzyskane w wyniku postępu technicznego i innowacji redukcje kosztów produkcji – a w ślad za tym cen – przekładają się na wyższy wzrost produkcji. Generalnie rzecz biorąc, polityka wspierająca konkurencję rynkową dobrze służy rozwojowi gospodarstwu i wzrostowi konkurencyjności kraju.

Precyzyjna ocena, w jakim stopniu występowanie praktyk monopolistycznych mogło osłabić dynamikę rozwoju gospodarczego Polski w ciągu minionego piętnastolecia, praktycznie nie jest możliwa. Warto jednak zauważyć, że problemy związane z wiarygodną oceną sytuacji firm oraz wymuszeniem szybkiej restrukturyzacji znajdowały się w centrum uwagi polityki gospodarczej skierowanej na stymulowanie wzrostu¹³. Z drugiej strony, zawyżone ceny i utrudniony dostęp do tych usług, których rynki nie zostały szybko zliberalizowane, w oczywisty sposób ujemnie wpłynęły na ogólną konkurencyjność polskich przedsiębiorstw. Negatywny wpływ na wzrost gospodarczy miała też stosunkowo duża skala pomocy publicznej, przyczyniająca się do utrzymywania się nadmiernych deficytów sektora publicznego, a w ślad za tym do wysokiej ceny kapitału. Polityka wspierająca konkurencję w stopniu, w którym była w stanie przeciwdziałać tym zjawiskom, odgrywała więc bez wątpienia rolę pro wzrostową. Można liczyć na to, że rolę tę będzie w jeszcze większym stopniu spełniać w przyszłości.

¹² B. Nalebuff, J. Stiglitz, *Information, Competition and Markets*, American Economic Review, vol. 73, 1983.

¹³ *Poland. Policies for Growth and Equity*, World Bank, Washington 1994.

Claes Norgren

SPRAWNIE FUNKCJONUJĄCE RYNKI – WYZWANIE DLA URZĘDÓW ANTYMONOPOLOWYCH I RZĄDÓW

Liczne badania międzynarodowe pokazują, że na otwarciu rynku dla konkurencji można wiele zyskać. Konsumenci otrzymują nie tylko większy wybór, ale też umacnia się ich pozycja na rynku, gdyż zwiększa się liczba dostawców. Innym pozytywnym skutkiem otwarcia rynków dla konkurencji i zwiększenia liczby przedsiębiorstw na nich działających jest powiększenie rynku pracy z punktu widzenia pracowników, których wybór nie będzie już ograniczony do jednego lub niewielkiej liczby potencjalnych pracodawców.

Nacisk wywierany przez aktywne wybory konsumentów oraz rywalizacja między konkurującymi przedsiębiorstwami wspomaga w kraju wzrost gospodarczy, z którego korzystają wszyscy. Co istotne, każde przedsiębiorstwo spotykające się na rynku z rzeczywistą konkurencją musi wydajnie gospodarować swoimi zasobami w celu zmniejszenia kosztów, aby móc zaoferować dobrej jakości produkty po przystępnych cenach. Na przedsiębiorstwa niemuszące rywalizować z innymi nie ma żadnego zewnętrznego nacisku na zapewnienie ciągłej wydajności wewnętrznej. Wiele badań odnotowało istnienie pozytywnego związku między konkurencją a wzrostem produktywności.

Nie można ocenić pozytywnego wpływu polityki wspierającej konkurencję badając jedynie krótkofalowe wyniki statystyczne. Konkurencja trwale i długofalowo wpływa na gospodarkę zachęcając przedsiębiorstwa do inwestowania w zakłady produkcyjne, opracowywanie nowych produktów itp. Jednocześnie

mniej wydajne przedsiębiorstwa są wypychane z rynku i zastępowane przez wydajniejsze.

Europa znajduje się obecnie w trakcie procesu rozszerzania i przekształceń strukturalnych, w którym dobrze funkcjonujące rynki odgrywają zasadniczą rolę w budowaniu dobrobytu konsumentów, jak również w integracji narodów. Jest to więc dogodna chwila na szczegółowe rozważenie tych procesów i zastanowienie się nad tym, w jaki sposób zmieniła się rola instytucji zajmujących się ochroną konkurencji i konsumentów, jak również w jaki sposób rządy mogą wspierać i wspomagać konkurencję.

I. Zmiany strukturalne

Kraje Unii Europejskiej bez wątplenia przeszły przez okres znacznych zmian strukturalnych. Zmiany polityczne, które zaszły w ciągu ostatnich dekad, stworzyły całkiem nowe tło dla konkurencji w Europie. Wraz z przystąpieniem do Unii nowych państw członkowskich powiększył się rynek wewnętrzny. W tym kontekście ważnym jest rozważenie najważniejszych motorów zmian strukturalnych i wpływu na rynki, konkurencję i konsumentów.

Innowacje technologiczne

Jedną z najważniejszych zmian strukturalnych stanowi innowacja technologiczna w zakresie technologii teleinformatycznych. Powstały tu nie tylko nowe rynki dla produktów i usług, ale również nowe modalności dla produkcji, dystrybucji i konsumpcji.

Rozwój technologii teleinformatycznych rozpoczął się kilka dziesięcioleci temu, ale to na przełomie drugiego i trzeciego tysiąclecia nastąpiło jego gwałtowne przyspieszenie. Pojawiły się nowe produkty i usługi. Spowodowało to nie tylko powstanie nowych rynków, np. na bazie starej infrastruktury, ale też rozmyła się granica między poszczególnymi z nich – zapoczątkowany został proces konwergencji.

W następstwie powyższego wezbrała nowa fala konkurencji tworząc podstawę dla lepiej funkcjonujących rynków, co z kolei jest bardzo korzystne dla konsumentów.

Globalizacja

Spoglądając na proces globalizacji z perspektywy Unii, widać wyraźnie, że wiele europejskich przedsiębiorstw znajduje się wśród największych graczy wchodzących na nowe rynki całego świata. Jednocześnie konsumenci w Unii Europejskiej skorzystali na wprowadzeniu nowych towarów i usług oferowanych przez producentów z całego świata. Był to bardzo korzystny proces, który już zmienił krajobraz naszych rynków krajowych.

Nieustający proces internacjonalizacji i globalizacji w dużym stopniu wpłynął na politykę konkurencji. Dostęp do towarów i usług pochodzących z nowych

państw członkowskich oraz takich krajów, jak Rosja, Chiny i Indie¹, zmniejszy ceny w krajach OECD. Istotną rzeczą będzie pozwolić tej presji na ceny zadzia-
łać na rynkach lokalnych, aby nie tworzyć nowych ograniczeń w handlu. Jedno-
cześnie nacisk na konkurencję będzie wielkim wyzwaniem dla przemysłu Unii
Europejskiej. Obecna dyskusja na temat liberalizacji przepisów regulujących
import tekstyliów z Chin do Unii Europejskiej wyraźnie wskazuje na złożoność
tej kwestii. Transformacja europejskiego przemysłu tekstylnego, zmuszonego
do przystosowania do tanich produktów z Chin, będzie trudnym procesem.
Szwecja przeszła go kilka dziesięcioleci temu – z branży tekstylnej niewiele po-
zostało, lecz wysokiej jakości produkty niszowe i tworzone przez projektantów
mody z powodzeniem weszły na rynki międzynarodowe. Jednakże bez wątpie-
nia pracochłonna produkcja wyrobów tekstylnych w Unii Europejskiej napotka
ogromne trudności podczas walki o przetrwanie.

Rynek wewnętrzny Unii Europejskiej

Zmieniła się mapa Europy, ale też coś więcej. Granice, które rozdzielały ludzi
i rynki od siebie, przestały istnieć. Wewnętrzny rynek Unii Europejskiej dał
nowe możliwości nie tylko producentom, którzy mogą oferować swoje towary
i usługi w innych krajach, ale także konsumentom.

Ta nowa sytuacja stawia konsumenta w uprzywilejowanej sytuacji, ponieważ
zwiększyła się gama towarów i usług, z których może wybierać. Stanowi to wy-
zwanie dla lokalnych wytwórców. Przykładem jest rynek mleka, który tradycyj-
nie uznawany był za najbardziej zlokalizowany. Dziś konsumenci w Szwecji mogą
po niższych cenach kupić mleko producentów niemieckich, którzy energicznie
weszli na szwedzki rynek sprzedaży detalicznej.

Nowe państwa członkowskie Unii Europejskiej bez wątpienia przyczynią się
do ożywienia wewnętrznego rynku Unii. Trzeba wykorzystać możliwości wyni-
kające z handlu transgranicznego, zaś bariery handlowe i inne sztuczne przes-
zkody w jego rozwoju muszą zostać zminimalizowane. Doprowadzi to do silnej
presji konkurencji na wielu tradycyjnych rynkach i przyspieszy proces zmian
strukturalnych w Unii Europejskiej. W tym samym czasie rozrosną się rynki
eksportowe dla przedsiębiorstw operujących na terenie Unii.

W zakresie polityki konkurencji może to spowodować falę nowych fuzji. Zwa-
żywszy na obecnie niewielkie tempo wzrostu gospodarczego w starych państwach
członkowskich, przedsiębiorstwa mogą zapragnąć wykorzystać synergie raczej
poprzez przejęcia niż przez samodzielny rozwój. Niskie stopy procentowe i roz-
wój rynku wewnętrznego stwarzają ku temu dogodne warunki.

¹ Kraje te są ogromnymi rynkami z bardzo dużym potencjałem rozwoju. Opierając się na licz-
nych prognozach można się spodziewać, że rynki te całkiem niedługo przejmą rolę sił napędzają-
cych wzrost gospodarczy.

Reformy regulacyjne

Na dotychczas zmonopolizowanych rynkach europejskich zachodziły i wciąż zachodzą znaczne zmiany. Gwałtowny rozwój technologiczny, zwłaszcza w branży telekomunikacyjnej, w połączeniu ze zwiększeniem popytu na różnorodne usługi oraz międzynarodową liberalizacją, zasadniczo zmieniły panujące warunki. Zwiększyła się liczba samodzielnych przedsiębiorstw.

Dość często stosowano koncepcję deregulacji w celu scharakteryzowania transformacji przedsiębiorstw sieciowych, w szczególności tych, które już zaszły. Proces ten jednakże nie obejmował deregulacji we właściwym tego słowa znaczeniu. Wprowadzano raczej nowe zasady lub zmieniano stare, mając na względzie ułatwienie konkurencji w przypadkach, gdy nowe przedsiębiorstwa rzuciły wyzwanie dominującym operatorom. Ponadto w niektórych sektorach zastosowano rozdział niepijonowe.

W latach dziewięćdziesiątych zeszłego wieku w Szwecji zrealizowano istotne reformy. W 1992 r. nastąpiła liberalizacja krajowego rynku lotniczego, zaś w 1993 r. uwolniono rynki pocztowy i telekomunikacyjny. W roku 1996 wprowadzono nowe zasady dla rynku energetycznego, w wyniku czego powstała konkurencja w zakresie produkcji i sprzedaży energii elektrycznej.

W innych krajach Unii Europejskiej zachodziły podobne zmiany, w związku z czym zadano sobie pytanie, jak powinno się regulować nowe rynki, aby promować konkurencję i chronić interesy konsumentów. Chociaż wiele problemów wciąż pozostaje nierozwiązanych, wydaje się oczywistym, że reformy te stworzyły nowe rynki i przyczyniły się do poprawy dobrobytu konsumentów poprzez doprowadzenie do obniżenia cen lub poprawienia jakości i podaży towarów i usług.

Z doświadczenia zdobytego przez Szwecję wyciągnąć można jeden ogólny wniosek: ceny uległy zwiększeniu na rynkach, na których przedsiębiorstwu dominującemu pozwolono przez długi czas zachować swą silną pozycję, podczas gdy odwrotna sytuacja miała miejsce w przypadkach, w których nowi gracze zwiększyli swój udział. Praktyka wskazuje, że w niektórych przypadkach musi upłynąć pewien czas, zanim nowe przedsiębiorstwa skutecznie zaistnieją na rynku.

Liberalizacja wymaga obecności aktywnych i niezależnych organów regulacyjnych oraz instytucji zajmujących się ochroną konkurencji. Konieczne jest zatem ograniczenie, a najlepiej wyeliminowanie konfliktów, jakie mogą powstać, na przykład w przypadku, gdy regulator musi zaspokoić różne, często sprzeczne ze sobą interesy.

Żaden rynek nie może wydajnie działać bez aktywnego udziału konsumentów. Jednakże większa wolność wyboru spowodowana większą liczbą przedsiębiorstw na rynku czyni koniecznym zwiększoną świadomość konsumentów, aby byli oni w stanie czerpać pełnię korzyści z procesu restrukturyzacji i zwiększonej konkurencji. Dobrze poinformowani konsumenci mają większe możliwości wpływania na produkcję i poprawę działania danego rynku.

Często zaniebywanym problemem dotyczącym restrukturyzowanych rynków, na których istnieje konkurencja, jest niewystarczająca ilość informacji o rywalach przedsiębiorstwa dominującego. Poza tym, poszukujący informacji konsumenci muszą być w stanie porównać ceny i warunki oferowane przez różne przedsiębiorstwa, co częstokroć jest czasochłonnym i kosztownym przedsięwzięciem. To z kolei może zmniejszyć mobilność konsumentów na rynku, a więc zmniejszyć konkurencję.

Oczekiwania powstające przed wprowadzeniem planowanej reformy mogą okazać się nierealne. W takich przypadkach reforma może sprawiać wrażenie nieudanej, pomimo faktycznego stworzenia bardziej wydajnego rynku. Najlepszym sposobem na uniknięcie takiej sytuacji jest odpowiednie informowanie konsumentów.

Bardzo istotną rolę odgrywa rząd. Jeżeli władze podejmą w innych miejscach kroki prowadzące do zwiększenia cen, jak na przykład podniesienie podatków (takich jak podatek VAT), reforma może w oczach konsumentów pogorszyć sytuację na rynku. Ponadto rząd może promować korzystne tendencje rynkowe i wspomagać rozwój atmosfery sprzyjającej dokonywaniu inwestycji poprzez podejmowanie decyzji zmniejszających niepewność przyszłości potencjalnych inwestorów.

II. Silni konsumenci

Dobrze funkcjonujące rynki potrzebują dobrze poinformowanych i silnych konsumentów, którzy mogą zmieniać swoje decyzje o zakupie towarów i usług w zależności od jakości produktu i własnych preferencji. Jednakże często konsument może znaleźć się w niekorzystnej sytuacji z powodu asymetrii informacyjnej. Aby konkurencja działała poprawnie niezbędna jest polityka konsumencka.

Zmiany strukturalne i liberalizacja rynków doprowadziły do powstania nowych możliwości dla konsumentów. Dziś warunki poprawnego funkcjonowania rynków przedstawiają się dużo lepiej. Głównym powodem takiego obrotu spraw jest połączenie rewolucji w technologii teleinformatycznej z otwarciem granic dzielących do tej pory rynki krajowe. Konsumenci wyraźnie korzystają z nowych możliwości, które uczyniły ich silnymi i zwiększyły ich wpływ na rynek. Krajowi monopolisci nie mogą już egzystować nie napotykać żadnej konkurencji.

Rewolucja informatyczna

Prawa konsumentów zostały wzmocnione szeregiem środków prawnych, ale wydaje się, że siła konsumentów wzrosła najbardziej dzięki internetowi. Sieć ułatwia ludziom dotarcie do poszukiwanych informacji i ustalenie tego, kto oferuje najlepsze warunki. Ludzie korzystają z wyszukiwarek w celu uzyskania informacji o produktach i ich cenach. Szczególnie młodsze pokolenie postrzega internet jako dominujące medium.

Obserwujemy gwałtowny rozwój handlu elektronicznego. Badania przeprowadzone niedawno przez magazyn *The Economist* wykazały, że struktura wydatków dokonywanych w sieci internet coraz bardziej przypomina strukturę wydatków w „świecie rzeczywistym”. Najbardziej popularnym towarem kupowanym za pośrednictwem internetu były ubrania. Na kolejnych miejscach plasowały się zabawki, gry wideo i elektronika. Ponadto w internecie rozwijają się również usługi. Dotyczy to zwłaszcza kupna biletów. Rozwój ten doprowadził do sytuacji, w której dokonywanie zakupów przez sieć internet stanowi nie tylko bezpośrednią alternatywę dla sklepów. Wielu konsumentów porównywało oferty w internecie przed udaniem się do tradycyjnego sklepu. Dla przykładu, 80% klientów koncernu Ford w Stanach Zjednoczonych zbadało już możliwość dokonania zakupów za pomocą internetu zanim przybyli do salonu. Wygląda na to, że dobrze poinformowani konsumenci przejmują kontrolę nad sposobem, w jaki dowiadują się o różnych produktach.

W dzisiejszych czasach technologia zapewnia konsumentom nie tylko komputery. Telefony komórkowe również w znaczny sposób przyczyniają się do zwiększenia siły konsumentów. Za pomocą telefonu komórkowego można sprawdzić saldo na swoim rachunku bankowym, jak również uzyskać dostęp do wielu innych usług. Rozwój szerokopasmowego, bezprzewodowego dostępu do internetu może sprawić, że telefony komórkowe staną się jeszcze ważniejszym narzędziem w rękach konsumenta wkraczającego do sklepu.

Konkurencja może być jednakże ograniczona przez uciążliwości związane z przejściem od jednego dostawcy do drugiego. Uciążliwości te zależą od wielu czynników. Na przykład w przypadku transportu lotniczego czynniki te obejmują rozmiar przewoźnika, liczbę odlotów, liczbę odlotów u konkurencji, ale również programy lojalnościowe, takie jak programy dla często latających pasażerów. Programy te przyczyniają się do zwiększenia uciążliwości związanych z przejściem, ponieważ stanowią dla konsumentów silną zachętę do wybierania usług tej samej linii lotniczej więcej niż raz, co zwiększa uciążliwość, na jaką narażony jest konsument zmieniający linię lotniczą.

Innym przykładem uciążliwości związanych z przejściem jest brak możliwości przenoszenia numeru w sektorze telekomunikacyjnym. Przenoszenie numeru oznacza, że abonent ma możliwość zachowania swojego numeru telefonu przy zmianie operatora. W Szwecji przenoszenie numeru w telefonii komórkowej spowodowało wzrost ruchu na rynku, co z kolei wzmogło konkurencję między operatorami sieci komórkowych i innymi dostawcami usług.

III. Rola urzędów ochrony konkurencji

„Dobrobyt dzięki dobrze funkcjonującym rynkom” jest wizją przyświecającą Szwedzkiemu Urzędowi Ochrony Konkurencji przy wykonywaniu jego obowiązków i ustalaniu priorytetów. Urzędy antymonopolowe mają bez wątpienia do

odegrania centralną rolę w sprawianiu, aby rynki funkcjonowały z pożytkiem dla konsumentów. Zmiany strukturalne uczyniły tę rolę jeszcze ważniejszą.

Egzekwowanie przepisów prawnych dotyczących konkurencji jest najważniejszym zadaniem każdego urzędu antymonopolowego. W ostatnich dekadach krajowe regulacje dotyczące konkurencji w Europie zostały wzmocnione i stały się bardziej zbieżne. Art. 81 oraz 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską zawierające podstawy regulacyjne dla działania urzędów ochrony konkurencji mają już długą historię. Różnią się jednakże sposoby, w jaki zostały one wprowadzone w poszczególnych państwach członkowskich. Może się wydać zaskakującym, że w Polsce pierwsze nowoczesne prawo konkurencji weszło w życie w roku 1990, podczas gdy w Szwecji nastąpiło to w roku 1993. Jednakże tło historyczne w obu tych przypadkach było zupełnie inne. To w minionym dziesięcioleciu europejskie regulacje dotyczące konkurencji znacznie „przyspieszyły”.

Niedawna modernizacja europejskiego prawa konkurencji stworzyła nową, rozbudowaną platformę prawną dla naszych działań. Od 1 maja 2004 r. art. 81 oraz 82 są stosowane bezpośrednio we wszystkich państwach członkowskich. Ponadto uchwalona została nowa regulacja dotycząca fuzji, zaś obecnie trwają prace nad zmianą brzmienia art. 82.

Zakazy wprowadzone do prawa konkurencji odnośnie porozumień między przedsiębiorstwami (art. 82), nadużywania pozycji dominującej (art. 82) oraz eliminujących konkurencję fuzji są potężnymi narzędziami, które można wykorzystać do poprawy funkcjonowania rynków. Harmonizacja i wzmocnienie przepisów prawa konkurencji przełożyło się ogólnie na bardziej nieustępliwe egzekwowanie przepisów.

Walka z kartelami ma w naszej pracy najwyższy priorytet – umowy między konkurentami dążące do ustalenia poziomu cen i podzielenia między siebie rynków są działaniami niezgodnymi z prawem, które wyrządzają wiele szkód konsumentom. Te poważne naruszenia prawa konkurencji muszą być karane z całą surowością, zarówno z powodu wyrządzonych szkód, jak i w celu odstraszenia przedsiębiorstw od zawierania takich umów w przyszłości dzięki. Łagodzenie kar dla przedsiębiorstw, które zgłoszą się do władz, przekażą im stosowne informacje i będą współpracować z urzędem ochrony konkurencji (tzw. program *leniency*), może okazać się skutecznym narzędziem wspomagającym urzędy ochrony konkurencji w wykrywaniu niedozwolonych porozumień.

Przedsiębiorstwo dominujące na rynku może poprzez nadużycie swojej pozycji utrudnić konkurentom wejście na rynek - na przykład stosując nadmiernie wygórowane ceny i dyskryminację cenową. W przypadku niedawno zliberalizowanych rynków urzędy ochrony konkurencji muszą zwrócić na ten aspekt szczególną uwagę. Działania te wiążą się często ze skomplikowanymi dochodzeniami gospodarczymi. Istnieje potrzeba opracowania nowych podejść do walki z nadużyciami, które powstają na przykład na rynku technologii informatycznych.

Wiele rynków charakteryzuje się dość ograniczoną liczbą działających podmiotów. Nawet pomimo tego, że na skoncentrowanych rynkach może mieć miejsce zaciekle konkurencja, należy im poświęcić szczególną uwagę, gdyż fuzje mogą

doprowadzić do jeszcze większej koncentracji. Coraz częściej mamy do czynienia z fuzjami transgranicznymi, zaś w wielu przypadkach rynków już nie można traktować jako ograniczonych do jednego kraju.

Zachodzące obecnie w Europie zmiany strukturalne sprawiły, że urzędy ochrony konkurencji stoją przed trudniejszym wyzwaniem. Aby sprostać temu wyzwaniu, krajowe organy antymonopolowe i Komisja Europejska ściśle współpracują w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji. Od maja 2004 r. ten system współpracy, dążący do wzmocnienia i bardziej wydajnego stosowania przepisów prawa konkurencji obowiązujących we Wspólnocie Europejskiej, służy nie tylko wymianie informacji, ale również przydziałowi zadań i pomocy w zakresie zbierania informacji. Jak dotąd efekty jego działania są bardzo obiecujące.

Jednakże nie tylko urzędy ochrony konkurencji egzekwują przepisy konkurencji. Sądy będące w stanie rozpatrywać sprawy związane z konkurencją w rozsądnych ramach czasowych oraz zdolna do badania skomplikowanych kwestii natury ekonomicznej są niezbędne do skutecznego egzekwowania przepisów prawa konkurencji. W wielu krajach kwestia sądów jest przedmiotem dyskusji.

Poza egzekwowaniem prawa, urzędy antymonopolowe przyczyniają się do poprawy funkcjonowania rynków informując władze, regulatorów i inne organy publiczne o zakłóceniach konkurencji, które mogą wyniknąć z obowiązujących bądź planowanych regulacji na innych obszarach. Doradztwo to stanowi istotne uzupełnienie egzekwowania przepisów, zwłaszcza w czasach znacznych zmian strukturalnych.

IV. Rola rządów

Sama polityka antymonopolowa nie wystarczy do zapewnienia sprawnego funkcjonowania rynków. Rządy muszą wspierać konkurencję za pomocą innych środków, takich jak regulacje sektorowe, polityka strukturalna i polityka konsumencka.

Regulacje i nadzór sektorowy

Zarówno ogólne prawo konkurencji jak i szczególne przepisy są istotnymi narzędziami walki z nadużywaniem dominującej pozycji rynkowej oraz promowania konkurencji na rynkach, na których nie jest ona jeszcze wystarczająca. Interwencje dokonywane na podstawie prawa konkurencji są niezbędne do zwalczania nadużyć dominującej pozycji rynkowej, np. w sektorze telekomunikacyjnym i na krajowym rynku transportu lotniczego. W zdecydowanej większości przypadków nie jest to kwestia tego, czy potrzebna jest regulacja, ale tego, jak powinna ona zostać ujęta, szczególnie pod względem dostępu do infrastruktury i klientów dominujących przedsiębiorstw. Uregulowanie dostępu uzupełniające ogólną politykę antymonopolową jest kluczową kwestią w momencie, gdy nowe rynki są otwierane dla konkurencji, ale jest to również działanie problematyczne i kontrowersyjne. Różne modele mają zarówno zalety, jak i wady.

Trudności przy tworzeniu wydajnych i konkurencyjnych rynków w przypadku branż sieciowych sprawia fakt, że przy braku regulacji, umożliwienie dostępu do infrastruktury konkurentom nie leży w interesie jej właściciela. Właściciele infrastruktury mogą na przykład pobierać tak wysokie opłaty za dostęp (wąskie gardło), że konkurenci już operujący na rynku zostaną wyeliminowani, zaś potencjalni nowi konkurenci nie będą w stanie wejść na rynek. W celu zapobieżenia takiej sytuacji regulator musi zdecydować, które zasady powinny mieć zastosowanie do udzielania dostępu do infrastruktury.

Na regulowanym rynku trudniej jest właścicielom infrastruktury pobierać opłaty przekraczające rzeczywisty koszt świadczonej usługi, jako że wysokość tych opłat musi być uzasadniona. Właściciele znajdują się jednakże na pozycji umożliwiającej im podnoszenie kosztów dla konkurencji oferując wyłącznie pakiety usług, zamiast poszczególnych usług oddzielnie. Konkurencja musi wtedy kupować więcej usług niż jej potrzeba do konkurowania z przedsiębiorstwem dominującym, co oznaczałoby płacenie nadmiernie wygórowanej ceny. Innym środkiem prowadzącym do tych samych efektów jest udostępnianie usług infrastrukturalnych niższej jakości.

Opisane powyżej ryzyko wyłączenia z rynku nie jest tak ewidentne w przypadku sytuacji bardziej symetrycznych, tj. gdy dwa lub więcej przedsiębiorstw posiada własną infrastrukturę. Częstokroć wykorzystanie infrastruktury innego przedsiębiorstwa leży w interesie wszystkich zainteresowanych i żadne przedsiębiorstwo nie może (z zasady) dyktować własnych warunków. Nie oznacza to, że w takim przypadku regulacja nie jest potrzebna do walki z zawieraniem nieuczciwych umów między przedsiębiorstwami. Jednakże teoria ekonomiczna dotycząca dostępu wzajemnego (dwukierunkowego) nie jest w żadnym stopniu tak dobrze rozwinięta, jak teoria dostępu jednokierunkowego.

Specjalne regulacje powinny być w miarę możliwości ujmowane w taki sposób, aby uwzględniały wszelkie problemy związane z konkurencją, jakich się można początkowo spodziewać. Regulator nie może jednakże ryzykować wpadnięcia w pułapkę przeregulowania. Stanowcze zasady mogą w bliskiej perspektywie promować konkurencję, ale w dłuższej perspektywie powodują jej zaniknięcie, ograniczając skłonność przedsiębiorstw do dokonywania inwestycji w infrastrukturę i opracowywania nowych produktów.

Główną trudnością, z którą rządy muszą się uporać, jest opracowanie regulacji prowadzących do równowagi między środkami mającymi na celu zwiększenie konkurencji w zakresie infrastruktury, tj. konkurencji między sieciami, a środkami mającymi na celu zwiększenie konkurencji w zakresie usług w ramach pojedynczej sieci. W przypadkach, gdy osiągnięcie konkurencji w zakresie infrastruktury jest wykonalne, powinna być ona stawiana szczebel wyżej na drabinie ważności od konkurencji w zakresie usług w ramach pojedynczej sieci. Pierwsza wymaga mniejszych regulacji, tj. istnieje mniejsze ryzyko wprowadzenia chybionych przepisów. Ponadto w przypadkach, gdy konkurują ze sobą sieci, presja konkurencyjna powstaje w całej rozciągłości łańcucha wartości. Jednakże w przypadku pokaźnych korzyści skali konkurencja w zakresie usług może okazać się bardziej skuteczna.

Teoria ekonomiczna dotycząca regulacji dostępu jest rozległa w kontekście statycznym. Jednakże nie przeprowadzono wystarczających analiz sposobu, w jaki opłaty za dostęp wpływają (w miarę upływu czasu) na skłonność przedsiębiorstw do inwestowania w sieci i opracowywania nowych produktów, tj. wpływu efektów dynamicznych. W chwili, gdy zmieniają się warunki na rynku, regulatorzy stają przed szczególnym zbiorem problemów i sprzecznych celów. Regulacja dostępu może być kwestią niesłychanie skomplikowaną w momencie, gdy stara się zaspokoić wiele różnych – częstokroć sprzecznych ze sobą – interesów. Aby zachęcić nowe przedsiębiorstwa do wchodzenia na rynek, opłaty za dostęp muszą być odpowiednio niskie. Jednakże (nadmiernie) niskie opłaty za dostęp zmniejszają opłacalność inwestycji w infrastrukturę, a bez konkurencyjnej infrastruktury regulacja nie może (z zasady) zostać zniesiona. Formułowanie regulacji polega więc na stworzeniu zarówno odpowiedniej zachęty do dokonywania inwestycji, jak i na zminimalizowaniu barier napotykanych przez przedsiębiorstwa wchodzące na rynek. W niektórych przypadkach możliwości opracowania skutecznych ram regulacyjnych dla dostępu do rynku padały ofiarą faktu, że doświadczenie zdobyte w jednej branży nie zostało odpowiednio wykorzystane w innych branżach borykających się z takimi samymi problemami.

Polityka strukturalna

Rozdzielenie strukturalne może posłużyć za narzędzie wspomżenia konkurencji, na przykład poprzez zwiększenie liczby przedsiębiorstw operujących na rynku, lub poprzez wyrównanie warunków, na jakich operują przedsiębiorstwo dominujące i jego konkurenci. Pionowe rozdzielenie, tj. wydzielenie infrastruktury z pierwotnego monopolisty, może zostać wykorzystane jako dodatek do regulacji dostępu. Przedsiębiorstwo działające wyłącznie na polu infrastruktury, tj. nieprowadzące działalności na polu usług itp., nie będzie szczególnie zainteresowane ograniczeniem konkurencji, co zmniejsza potrzebę wprowadzania regulacji i kontrolowania rynku, a więc zmniejsza koszty nadzoru. Istnieje jednak jedna ujemna strona takiego rozwiązania, a mianowicie brak możliwości wykorzystania potencjalnej synergii między etapem wąskiego gardła a pozostałymi. Niemniej jednak dokonanie podziału przedsiębiorstwa może znajdować uzasadnienie. Dzieje się tak na przykład w przypadkach, gdzie korzystny wpływ zwiększonej konkurencji i niższych kosztów nadzoru przewyższa niekorzystny wpływ wyższych kosztów produkcji.

W praktyce pionowe rozdzielenie może zostać przedsięwzięte wyłącznie w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolujące infrastrukturę jest własnością państwa. Na przykład własność i kontrola nad infrastrukturą kolejową w Szwecji została odebrana dominującemu przewoźnikowi kolejowemu SJ poprzez stworzenie Krajowej Administracji Kolejowej, zaś krajowa sieć energetyczna została oddzielona od kontrolowanego przez państwo przedsiębiorstwa Vattenfall poprzez utworzenie nowej spółki Skarbu Państwa,

Svenska Kraftnät. W przypadku prywatyzacji przedsiębiorstw kontrolujących infrastrukturę, jeszcze ważniejszym stanie się wprowadzenie skutecznych regulacji dotyczących dostępu do infrastruktury.

Rozdzielenie pionowe zmniejsza potrzebę regulowania i kontrolowania rynku, tj. zmniejsza koszty nadzoru. Analizy muszą jednakże zawsze opierać się na konkretnej sytuacji panującej w danej branży, z uwzględnieniem korzyści skali i wspólnego wytwarzania na rzecz różnych usług. Stanowi to nawiązanie do zalecenia OECD, w którym zachęca się państwa członkowskie do uważnego równoważenia korzyści i kosztów rozdzielania lub integracji w drodze decyzji regulacyjnych.

Polityka strukturalna jest istotna również w odniesieniu do inwestycji w infrastrukturę. Inwestycje takie są niezbędne w wielu sektorach w celu zmodernizowania podstawowych warunków konkurencji na rynku. Przykłady takich inwestycji w krajach skandynawskich to na przykład most nad cieśniną między Szwecją i Danią, zwiększone możliwości międzyoperatorskie w zakresie transmisji energii elektrycznej oraz stworzenie infrastruktury telekomunikacyjnej trzeciej generacji. Wyglądając w przyszłość można stwierdzić, że dalsze inwestycje tego typu odgrywają istotną rolę dla sposobu funkcjonowania konkurencji, jak również dla zdolności Europy do konkurowania na rynkach światowych.

Polityka konsumencka

Jak wspomniano powyżej, pozycja konsumentów uległa poprawie, nawet pomimo tego, że w rzeczywistości jesteśmy jeszcze dalecy od wizji „idealnego człowieka ekonomii”. Przedsiębiorstwa opracowują strategie, które mogą przeciwdziałać temu pozytywnemu postępowi. Ponadto asymetria informacji oraz fakt, że konsumenci mogą znajdować się na gorszej pozycji, wymaga silnej polityki konsumenckiej.

Rządy muszą upewnić się, że polityka konsumencka jest tak zaprojektowana, aby sprostać bieżącym wyzwaniom i zmianom strukturalnym. Istotnymi składnikami takiej polityki są: zdecydowane egzekwowanie przepisów, lepsza informacja dla konsumentów i sądowe środki zaradcze. W wielu krajach polityka konsumencka musi zostać zmieniona i wzmocniona, aby sprostać tym nowym wyzwaniom.

V. Uwagi końcowe

Istnieje wiele powodów, aby wierzyć, że efektywniejsza konkurencja zwiększy dynamikę rynkową i wzrost gospodarczy w Europie. Zmiana taka jest niezbędna, jeżeli Europa ma być w stanie konkurować na rynkach światowych. Zmiany strukturalne, silniejsi konsumenci i bardziej stanowcze egzekwowanie przepisów prawa konkurencji, są w tym procesie najważniejszymi czynnikami. Jednakże nowa sytuacja wymaga zastosowania jeszcze innych środków. Aby rynki funkcjonowały z korzyścią dla konsumentów, działania władz muszą być aktywne i wydajne, jak również wsparte

przez dobrze funkcjonujące ramy regulacyjne, strategie długofalowe oraz zobowiązania polityczne rządów i parlamentów.

Ostateczne wyniki naszych działań zostaną ocenione przez konsumentów. Pozostają wciąż liczne pytania, na które należy znaleźć odpowiedź. Na przykład, czy rynki dostarczają większą ilość możliwości wyboru towarów i usług; czy skutecznie zaatakowano uzgadnianie cen i nadużycia rynkowe; czy wyeliminowano bariery stojące na drodze konkurencji?

Andrzej Turlinśki

MIEJSCE SĄDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW W SYSTEMIE ORGANÓW OCHRONY PRAWNEJ

WYBRANE ZAGADNIENIA PROCESOWE PIERWSZOINSTANCYJNEJ SĄDOWEJ KONTROLI DECYZJI ADMINISTRACYJNYCH PREZESA URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Sądowa kontrola gospodarczych stosunków cywilnoprawnych pod kątem naruszeń swobody konkurencji po raz pierwszy w Polsce wprowadzona została ustawą z dnia 28 marca 1933 r. o kartelach (Dz.U. Nr 31, poz. 270). Na jej podstawie utworzony został Sąd Kartelowy. Od obecnej kontrola ta różniła się jednoinstancyjnością i orzekaniem przez sąd na wniosek organu administracji rządowej, a nie w stosunku do jego decyzji. Ochrona prawna ograniczała się do eliminowania porozumień kartelowych przedsiębiorców zagrażających „dobru publicznemu”, w szczególności wywołujących „skutki gospodarczo szkodliwe”. Sąd Kartelowy ustanowiony został przy Sądzie Najwyższym. Jego działalność została przerwana wybuchem drugiej wojny światowej.

Aktualnie sądową kontrolę decyzji administracyjnych wydanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów sprawują sądy powszechne i Sąd Najwyższy. Ponowne poddanie antymonopolowych aktów administracyjnych orzecznictwu sądowemu nastąpiło w wyniku utworzenia przez Ministra Sprawiedliwości rozporządzeniem z dnia 13 kwietnia 1990 r. (Dz.U. Nr 27, poz. 157) w Sądzie Wojewódzkim w Warszawie odrębnej jednostki organizacyjnej – Sądu

Antymonopolowego (od 1 kwietnia 2001 r. Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – SOKiK). Zakres kompetencji tego sądu stopniowo rozszerzano i w chwili obecnej rozpoznaje on sprawy z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów, regulacji energetyki, telekomunikacji i transportu kolejowego oraz o uznanie postanowień wzorca umownego za niedozwolone.

W istniejącym systemie sądów powszechnych działa tylko jeden Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów i do jego wyłącznej właściwości rzeczowej i funkcjonalnej należy rozpoznawanie w pierwszej instancji sądowej odwołań od decyzji i zażeń od postanowień Prezesa UOKiK oraz organów regulacji tzw. zmonopolizowanych gałęzi gospodarki, a także pozwów o wykluczenie z obrotu prawnego postanowień wzorców umów oferowanych konsumentom, a niezgodnych z normami kodeksu cywilnego. SOKiK nie został włączony do struktury sądów gospodarczych, ponieważ delegacja ustawowa do jego powołania znajduje się w art. 20 prawa o ustroju sądów powszechnych, podczas gdy sądy gospodarcze tworzone są na podstawie prawnej wskazanej w art. 19 ust. 1 i 2, art. 19² i art. 27¹ tego prawa. SOKiK nie będąc sądem gospodarczym stosuje jednak przy rozstrzyganiu spraw w pierwszej kolejności przepisy odrębnego postępowania rozpoznawczego w sprawach gospodarczych, a dopiero w następnej postępowania rozpoznawczego „zwykłego”.

Z wyjątkiem spraw o uznanie postanowień wzorca umownego za niedozwolone, wszystkie pozostałe rozpoznawane przez SOKiK należą do dziedziny materialnego prawa administracyjnego. Cywilnymi są więc tylko formalnie, ponieważ rozstrzygane są w procesie cywilnym z mocy ustaw szczególnych. Takie rozwiązanie przewiduje art. 1 kodeksu postępowania cywilnego. Właśnie formalnie cywilny charakter wymienionych spraw przesądza o wyłączeniu ich spod kognicji sądownictwa administracyjnego. W sprawach tych rola sądów administracyjnych ogranicza się w zasadzie do rozpoznawania skarg na bezczynność organu administracji rządowej w postępowaniu administracyjnym.

Przyczyną przekazania przez ustawodawcę spraw z odwołań (zażeń) w przedstawionych wyżej rodzajach spraw administracyjnych na drogę postępowania cywilnego był zamiar poddania ich treści kontroli merytorycznej, sprawowanej przez SOKiK jako sąd powszechny, a nie wyłącznie kontroli pod kątem legalności charakterystycznej dla sądownictwa administracyjnego. Kontrolę merytoryczną decyzji i postanowień administracyjnych zapewnia możliwość wydawania przez SOKiK, a także Sąd Apelacyjny w Warszawie jako sąd drugiej instancji i Sąd Najwyższy, orzeczeń reformatoryjnych. Ma to niewątpliwie przełożenie na rozwój doktryny i literatury przedmiotu, a w konsekwencji na wykładnię i ewolucję norm prawa administracyjnego.

Ponadto możliwość zmieniania przez sądy zaskarżonych decyzji przy uchybieniach mniejszej wagi i przez to oszczędne korzystanie z ich uchylania powinno mieć w znacznym stopniu wpływ na efektywność postępowania

i uzyskanie przez strony w rozsądnym terminie prawomocnego orzeczenia w sprawach publicznoprawnych. Niewątpliwie przyjęte rozwiązanie przyczyniać się ma także do zwiększenia pewności obrotu prawnego dokonywanego w otoczeniu szybko zmieniających się przepisów prawa ochrony konkurencji, energetycznego i telekomunikacyjnego.

W sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów strona niezgadzająca się z treścią wydanej decyzji ma prawo do jej zaskarżenia do SOKiK w drodze odwołania – pod warunkiem, że była stroną bądź uczestnikiem w postępowaniu administracyjnym. Z tego powodu odwołania wniesione przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu administracyjnym podlegają odrzuceniu na podstawie art. 479^{31a} § 2 kpc w związku z art. 479²⁹ § 1 i 2 kpc ze względu na brak interesu prawnego w zaskarżeniu decyzji, przekładający się bezpośrednio na brak legitymacji czynnej procesowej.

Taki sam skutek w postaci odrzucenia odwołania wywiera objęcie jego zakresem żądań niebędących przedmiotem rozstrzygnięcia w decyzji. W szczególności sytuacja taka ma miejsce, gdy strona odwołująca się, z pominięciem drogi postępowania administracyjnego, domaga się nakazania przedsiębiorcy dominującemu na konkretnym rynku zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. Skoro bowiem na podstawie art. 479²⁸ § 1 pkt 1 kpc sąd jest właściwy do rozstrzygania spraw z odwołań od decyzji Prezesa UOKiK, to warunkiem koniecznym do wdania się w spór sądowy jest zaskarżenie decyzji administracyjnej istniejącej, nie zaś decyzji nieistniejącej.

W tym drugim przypadku stronie przysługuje żądanie uzupełnienia decyzji, jednak tylko w zakresie, w jakim Prezes UOKiK nie objął rozstrzygnięciem materii określonej postanowieniem o wszczęciu postępowania administracyjnego. Wystąpienie na drogę sądową z odwołaniem co do zagadnień nieobjętych treścią decyzji, powoduje odrzucenie środka zaskarżenia z powodu niedopuszczalności tej drogi, na podstawie art. 479^{31a} § 2 kpc w związku z art. 199 § 1 pkt 1 kpc.

Jak już wskazano, skuteczne wniesienie przez stronę odwołania od decyzji Prezesa UOKiK wywiera ten skutek, że sprawa administracyjna toczy się od tego momentu jako cywilna według przepisów kodeksu postępowania cywilnego. Oczywiście jest przy tym, że wszystkie czynności prawidłowo przedsięwzięte w postępowaniu administracyjnym pozostają w mocy. Wątpliwości budzą natomiast sytuacje, kiedy czynności te przeprowadzono nieprawidłowo, w szczególności z naruszeniem zasad postępowania administracyjnego, np. z naruszeniem prawa strony do podjęcia obrony jej praw, prowadzeniem postępowania dowodowego z pominięciem obowiązku dojścia do prawdy obiektywnej czy też wydaniem decyzji z naruszeniem art. 107 kodeksu postępowania administracyjnego. Powstaje pytanie, jaki wpływ na orzeczenia sądu wywierają te uchybienia?

Istotną wskazówką dla rozstrzygnięcia przedstawionej kwestii stało się ostateczne przesądzenie przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 czerwca 2002 r. sygn. akt P.13/01 wydanym w odpowiedzi na pytanie prawne postawione przez SOKiK, że niezgodne z Konstytucją RP jest poddanie wyroków SOKiK kontroli orzeczniczej Sądu Najwyższego w drodze rozpoznania kasacji, z pominięciem apelacji wnoszonej do sądu powszechnego drugiej instancji. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego doprowadził do umieszczenia w kodeksie postępowania cywilnego nowego art. 479³⁵ § 2 kpc przewidującego instancję apelacyjną dla kontroli orzeczeń SOKiK. Nowy stan prawny ostatecznie przeciął spory i wątpliwości, czy SOKiK jest sądem pierwszej czy drugiej instancji. W chwili obecnej postępowanie przed tym sądem jest postępowaniem pierwszoinstancyjnym. Dlatego musi odpowiadać regułom charakterystycznym dla pierwszoinstancyjnego postępowania cywilnego, z uwzględnieniem postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych. Oznacza to, że SOKiK powinien osądzić sprawę od początku. Charakter postępowania administracyjnego wyklucza bowiem możliwość oparcia orzeczenia sądu na ustaleniach organu administracyjnego. Wyczerpanie drogi tego postępowania warunkuje jedynie dopuszczalność drogi sądowej, ale nie zastępuje pierwszej instancji sądowej. Dlatego też postępowanie sądowe nie zmierza bezpośrednio do przeprowadzenia kontroli postępowania administracyjnego, lecz do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy przedstawionej w odwołaniu, przy czym sąd w tym postępowaniu związany jest zarówno zakresem decyzji jak i zakresem odwołania. Powinien on zatem w ramach swoich zadań jurysdykcyjnych w pierwszej kolejności ustalić jakie są okoliczności sporne między stronami, a następnie przejść do ustalenia stanu faktycznego odnośnie faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, to jest odpowiadających hipotezom wchodzących w grę przepisów prawa materialnego. Jak wiadomo, przy rozstrzygnięciu merytorycznym wszystkie elementy hipotezy normy prawnej muszą być wyjaśnione. Przy ustalaniu podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, sąd ma obowiązek rozważenia, zgodnie z art. 233 § 1 kpc, całego zgromadzonego materiału z uwzględnieniem materiału przedsądowego postępowania administracyjnego, a więc twierdzeń stron, przedstawionych dokumentów urzędowych i prywatnych, zeznań świadków i stron, a także opinii biegłych. Sąd rozważając zebrany materiał dowodowy powinien dokonać własnych ustaleń z przywołaniem dowodów, na których się oparł oraz omówić dowody przeciwstawne, wyjaśniając dlaczego nie dał im wiary.

W postępowaniu sądowym obowiązują zasady dyspozycyjności i kontradiktoryjności. Dlatego też Prezes UOKiK będąc w tym postępowaniu pozwanym powinien uczestniczyć w nim mając na uwadze obowiązki wynikające z tych zasad. Chociaż zachowanie zasady kontradiktoryjności ma charakter wiodący, to jednak możliwość dopuszczenia przez SOKiK dowodów niewskazanych przez strony powinna być ujmowana szerzej, zwłaszcza w sytuacji, gdy brak jest ustaleń w przedmiocie przesłanki, której istnienie warunkuje ocenę, czy

zastosowanie danej normy prawa materialnego było w okolicznościach faktycznych sprawy uzasadnione, czy też normę tę zastosowano niewłaściwie. W sprawach z zakresu ochrony konkurencji oceniane są często skomplikowane, a nieraz ukrywane przez strony działania ekonomiczne i nierzadko występuje sytuacja, w której analizy i dane, a nawet kategorie ekonomiczne zrozumiałe dla przedsiębiorców okazują się niezrozumiałe dla sądu, dlatego ich ocena wymaga wiadomości specjalnych. W takim wypadku konieczne jest przeprowadzenie przez sąd z urzędu dowodu z opinii biegłego, mimo braku odpowiedniego wniosku stron. Taka decyzja nie narusza w żadnym razie przepisu art. 278 § 1 kpc i mieści się w treści art. 232 zd. drugie kpc. Na temat zadań SOKiK w postępowaniu rozpoznawczym wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyrokach: z dnia 27 sierpnia 2003 r. sygn. akt I CKN 184/03, z dnia 7 kwietnia 2004 r. sygn. akt III SK 27/04 oraz z dnia 25 maja 2004 r. sygn. akt III SK 50/04.

Przedstawione rozważania dają podstawę do wyrażenia poglądu, że wyroki SOKiK uchylające zaskarżoną decyzję powinny być wydawane ostrożnie, przede wszystkim w przypadkach rażącego naruszenia zasad postępowania administracyjnego, nierozpoznania istoty sporu oraz istotnych wad samej decyzji administracyjnej. Pozostałe uchybienia powinny być naprawione w trakcie postępowania sądowego. Wiele tu jednak zależy od aktywnej roli stron w wykorzystaniu instrumentów prawa procesowego, a szczególnie twierdzeń i wniosków dowodowych na ich poparcie. Prezes UOKiK jako strona, a jednocześnie organ ochrony konkurencji, powinien bronić wydanej decyzji aktywnie przeciwstawiając się stronie powodowej (odwołującemu się) i wskazywać sądowi środki dowodowe umożliwiające dokonanie subsumcji i merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy.

W związku z uprawnieniem sądu do zmieniania wyrokiem zaskarżonej decyzji wyłania się pytanie, czy możliwa jest jej zmiana na niekorzyść strony odwołującej się. Skoro bowiem postępowanie przed SOKiK jest pierwszoinstancyjnym, to nie ma do niego zastosowania art. 384 kpc zakazujący sądowi drugiej instancji uchylenia lub zmiany wyroku na niekorzyść strony wnoszącej apelację, chyba że strona przeciwna również wniosła apelację. Oczywistym jest, iż przepis art. 384 kpc nie ma swojego odpowiednika w postępowaniu pierwszoinstancyjnym. Zasygnalizowany problem może wystąpić w praktyce przy wyrokowaniu SOKiK w dwóch sytuacjach.

Z pierwszą z nich mamy do czynienia, gdy sąd przyjmuje, że stan faktyczny sprawy daje podstawę do stwierdzenia i zakazania stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję innej niż przyjęta w zaskarżonej decyzji. Druga sytuacja ma miejsce, gdy w ocenie sądu kara pieniężna wymierzona przedsiębiorcy w decyzji jest zbyt niska.

Przed dalszymi rozważaniami wyjaśnić należy, że w sądowym postępowaniu z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów nie dochodzi do zaskarżenia decyzji ze strony odwołującego się i zainteresowanego, gdyż tylko jeden z nich ma interes prawny w złożeniu środka odwoławczego. Natomiast pozwany

Prezes UOKiK nigdy nie odwołuje się od własnej decyzji, lecz broni jej zasadności. Nie dochodzi więc do zaskarżenia decyzji (przy decyzji wielopunktowej – tego samego punktu decyzji) przez posiadających przeciwstawne interesy przedsiębiorców, co automatycznie znosiłoby przymus brania pod uwagę przy orzekaniu zakazu *reformationis in peius*.

Jeśli chodzi o pierwszą z przedstawionych sytuacji, od dłuższego już czasu SOKiK nie zmienia w wyroku zaskarżonej decyzji w kierunku stwierdzenia odmiennej niż Prezes UOKiK praktyki ograniczającej konkurencję, ale decyzję tę uchyla z podaniem w motywach konieczności zbadania w postępowaniu administracyjnym przesłanek istnienia tej odmiennej praktyki. Przyczyną takiego rozstrzygnięcia jest założenie niedopuszczalności postępowania sądowego i wyrokowania co do praktyki antykonkurencyjnej, która nie była przedmiotem postępowania administracyjnego i decyzji Prezesa UOKiK. W przeciwnym razie strona kwestionująca w odwołaniu antykonkurencyjną praktykę przypisaną jej w decyzji, traciłaby bezpowrotnie prawo do rozpatrzenia swojego zachowania pod kątem praktyki określonej przez sąd w wyroku reformatoryjnym, w przysługującej jej instancji przedsądowej.

Do przedstawionego rozumowania nie da się przyporządkować drugiej z rozważanych sytuacji. Przedsiębiorca skarżący decyzję nakładającą na niego karę pieniężną, niezależnie od tego, czy kwestionuje karę co do samej zasady czy tylko co do jej wysokości, powinien liczyć się z możliwością jej podwyższenia wyrokiem sądu. Jak już bowiem wskazano, w postępowaniu przed SOKiK nie działa zakaz *reformationis in peius*, a kara pieniężna jest przedmiotem decyzji kończącej przedsądowe postępowanie administracyjne.

W dotychczasowej praktyce SOKiK nie podwyższał nakładanych decyzją kar pieniężnych, które z reguły są bardzo niskie. Założyć jednak trzeba, że po piętnastu latach funkcjonowania prawa ochrony konkurencji i konsumentów, świadomość przedsiębiorców powinna obejmować fakt istnienia ustawodawstwa antymonopolowego. W konsekwencji kary za jego naruszenie powinny być relatywnie bardziej surowe od dotychczasowych, co może prowadzić do ich podwyższenia przez sąd na niekorzyść strony odwołującej.

KONKURENCJA, KONKURENCYJNOŚĆ, WOLNY RYNEK

Leszek Balcerowicz

KONKURENCJA – WYNAŁAZEK ZACHODU

Zdecydowana większość dóbr (pieniędzy, towarów, ważnych stanowisk itp.) jest ograniczona, a zdecydowana większość ludzi przedkłada interes własny (i własnej rodziny) nad interes innych ludzi, a więc woli, aby owe ograniczone dobra przypadły im, niż miałyby się dostać innym. Te dwa fakty wystarczają, aby w świecie powszechnie występowała konkurencja. Nie da się jej wyeliminować, można jedynie różnie kształtować miejsce jej występowania i formy.

Istnieją trzy podstawowe rodzaje konkurencji: konkurencja o centralnie rozdzielane zasoby, czyli walka o podział, konkurencja między nabywcami, konkurencja między dostawcami. Różne ustroje gospodarcze tworzą różne pola dla owych odmian konkurencji i to decyduje o wpływie tych systemów na warunki życia ludzi oraz czyni z konkurencji bądź siłę napędową rozwoju gospodarczego, bądź jego hamulec.

Walka o podział

Konkurencja o centralnie rozdzielane zasoby występowała na masową skalę w socjalizmie, gdzie w miejsce rynku dominował mechanizm nakazowo-rozdzielczy, tzn. kierowanie gospodarką za pomocą całego systemu nakazów i przydziałów. W tych warunkach wielkość przydziałów środków i inne istotne decyzje zależały od siły rozmaitych polityczno-branżowych *lobbies*, a także od osobistych preferencji socjalistycznych dostojników.

Walka o podział ma miejsce w pewnym zakresie również w gospodarce

niesocjalistycznej. Jej uczestnikami są różne grupy interesu, które naciskają na państwo, aby uzyskać rozmaite korzyści: ochronę przed konkurencją ze strony innych dostawców, dotacje budżetowe itp. Silne nagromadzenie takich grup grozi zahamowaniem rozwoju gospodarczego. Sama ich działalność jest bowiem formą marnotrawstwa społecznej energii – czasu poświęcanego na *lobbying* nie można jednocześnie przeznaczyć na poprawę swojej działalności gospodarczej. Szkodliwy jest również wynik tej działalności: w miejsce jednolitych ram gospodarowania pojawia się mozaika warunków, zależnych od siły politycznego nacisku. Niebezpieczeństwa zrzeszeń reprezentujących i forsujących grupowe interesy opisał wybitny amerykański badacz Mancur Olson. W książce pt. *Rozkwit i upadek narodów*¹ rzuca ciekawe światło m.in. na przyczyny różnic w tempie rozwoju między krajami Zachodu i na problemy gospodarcze Trzeciego Świata.

Konkurencja wśród nabywców

Drugi rodzaj konkurencji – wśród nabywców – występował również na masową skalę w socjalizmie, obok intensywnej walki o podział. Współwystępowanie tych dwóch rodzajów konkurencji nie było przypadkiem, lecz miało wspólną przyczynę. Był nią mechanizm nakazowo-rozdzielczy i struktury niezbędne dla jego funkcjonowania (wieloszczeblowa hierarchia organizacyjna, znikoma rola handlu zagranicznego, sztywne ceny). Warunki te były dokładną odwrotnością tych, które są konieczne dla istnienia konkurencji wśród dostawców. W socjalizmie to nabywcy konkurowali zatem między sobą o towary i starali się pozyskiwać względy dostawców. Wyrazem tych dążeń były znajomości, „dojścia”, prezenty dla sprzedawców itp. – szara socjalistyczna strefa, która była tak ogromna, że traktowano ją jak normalność i nie dostrzegano jej patologii. Przy tej konkurencji dostawcy nie mieli oczywiście żadnych bodźców, aby działać sprawnie, stąd m.in. zjawisko socjalistycznych bubli oraz produkowanie gorszych wersji wyrobu na rynek krajowy, a lepszych na eksport – gdzie trzeba było stawiać czoło konkurencji. Dlatego „odrzut eksportowy” był przedmiotem marzeń konsumentów w socjalizmie. W sumie gospodarka, gdzie nabywcy konkurują między sobą o względy dostawców, była skazana na niegospodarność. Lepsze ekonomiczne warunki życia może tworzyć jedynie system, gdzie konkurencja występuje między dostawcami i gdzie nie ma intensywnej walki o podział między różnymi grupami interesu.

Wybór dostawców

Konkurencja między dostawcami – ta wielka motywacyjna siła napędowa – występuje jednak tylko w takich ustrojach gospodarczych, gdzie są spełnione trzy warunki:

¹ Zob. M. Olson, *Rozkwit i upadek narodów. Rozwój gospodarczy, stagflacja, nieelastyczność struktur społecznych*, Warszawa–Sosnowiec 1995.

1. popyt, czyli pieniądze nabywców mogą się swobodnie przenosić między ofertami różnych dostawców,
2. wśród dostawców są tacy, których działania przyciągają ów popyt,
3. powszechnie przesunięcie się popytu ma ważne skutki motywacyjne dla dostawców: jest źródłem silnych nagród dla tych, którzy popyt przyciągają, a źródłem ważnych kar dla tych, którzy popyt tracą.

Te warunki muszą być spełnione jednocześnie. A zatem wystarczy brak jednego z nich, aby usunąć konkurencję między dostawcami albo przynajmniej silnie ją ograniczyć.

Popatrzmy, co kryje się za wymienionymi warunkami. Swobodna wędrówka pieniędzy nabywców między ofertami różnych dostawców jest oczywiście niemożliwa, jeśli nabywcy są „przypisani” do poszczególnych sprzedawców. A tak zwykle jest w przypadku stosowania rozdzielnictwa (reglamentacji) towarów. Wtedy bowiem warunkiem dostępu do dóbr jest nie tylko pieniądź; istotniejsze nawet okazuje się posiadanie przydziału. Powszechne stosowanie administracyjnego rozdzielnictwa w socjalizmie eliminowało więc konkurencję. Brak reglamentacji nie gwarantuje jednak możliwości swobodnego przesuwania się popytu między sprzedawcami. Na danym rynku może bowiem działać tylko jeden dostawca (albo wąska grupa sprzedawców działających w zмовie). Wtedy nabywcy nie mają po prostu wyboru. W pewnych rzadkich przypadkach jest to nieuniknione ze względów technicznych – mówi się wtedy o monopolu naturalnym. Jego głównym przykładem jest sieć energetyczna albo gazownicza. Monopole naturalne wymagają specjalnego nadzoru – tak, aby nie mogły wyzyskiwać swoich odbiorców. Poza tym przypadkiem brak możliwości wyboru rozmaitych ofert jest rezultatem barier dla konkurencji, tworzonych zwykle przez niewłaściwą działalność państwa. Bariery te ograniczają lub eliminują możliwości wchodzenia nowych dostawców na poszczególne rynki. Obejmują one administracyjne utrudnienia w tworzeniu przedsiębiorstw oraz w zmianie pola działania przez firmy wcześniej utworzone. Szczególnie niebezpiecznym dla konkurencji rozwiązaniem jest oddanie zrzeczeniom już działających wytwórców prawa do rozstrzygnięcia, kto może podejmować działalność w ich dziedzinie. Na takiej zasadzie działały średniowieczne cechy. Dzisiaj bliskie temu modelowi są m.in. Izby Lekarskie w Polsce.

Dostawcy nie lubią zwykle konkurencji; uniemożliwia ona bowiem łatwe uzyskiwanie dochodów, np. przez osiągnięcie wysokich monopolistycznych cen. Stąd niebezpieczeństwo, że mogą działać w zмовie, czyli tworzyć kartel. Najważniejszym zabezpieczeniem przed kartelami jest swoboda wejścia nowych dostawców na dany rynek. Chodzi tu przede wszystkim o swobodę zakładania nowych przedsiębiorstw w rozmaitych dziedzinach. Blokada takiego wejścia jest zatem głównym środkiem wspierania kartelowej zмовy wśród dostawców. Państwo, które toleruje lub – co gorsza – tworzy takie bariery, popełnia jedno z największych wykroczeń przeciw interesom gospodarczym społeczeństw. Takie wykroczenie

popęłnił polski rząd w 1994 r., organizując m.in. kartel w cukrownictwie. Rozumny interwencjonizm domaga się bowiem akurat odwrotnego postępowania: aktywnego zwalczania przez państwo struktur i zachowań monopolistycznych.

Wyjątkowo groźną barierą konkurencji jest wreszcie protekcyjnizm, czyli eliminowanie lub silne ograniczanie wstępu na krajowy rynek dla ofert zagranicznych dostawców. Silne ograniczenia importu są wręcz zabójcze dla efektywności w małych państwach, gdzie liczba krajowych dostawców jest zwykle zbyt mała, aby mogli stworzyć sobie nawzajem konkurencję. Ale i odwrotnie: liberalizacja handlu zagranicznego jest tym potężniejszym środkiem tworzenia konkurencji – a przez to i większej gospodarności – im mniejsze są rozmiary krajowej gospodarki. Tu kryje się jedna z nielicznych przewag małych organizmów gospodarczych nad dużymi w wyścigu do sprawnej rynkowej gospodarki. Te pierwsze mogą szybciej uruchamiać siły konkurencji niż drugie.

Konkurencyjne zagrożenie

Pieniądze nabywców mogą mieć możliwość wędrówki między różnymi dostawcami, a konkurencja może być – mimo wszystko – silnie ograniczona lub wręcz wyeliminowana. Wymaga ona, aby przynajmniej niektórzy dostawcy byli zdolni i skłonni inicjować działania, których wyniki przyciągają do nich popyt. W ten sposób tworzą oni zagrożenie konkurencyjne, pobudzające do sprawniejszego działania innych dostawców. Aby tak było, wytwórcy muszą mieć możliwość różnicowania swoich ofert pod względem ceny, jakości, warunków dostaw itp. Innymi słowy – nie mogą podlegać bardzo ścisłej standaryzacji, która ogranicza lub usuwa ich zdolność do wprowadzania innowacji. A tak właśnie było w średniowiecznych cechach, wskutek czego wielość dostawców nie towarzyszyła tam konkurencja między nimi. Innowacje rozwinęły się poza organizacjami cechowymi, doprowadzając stopniowo do ich rozbitcia i do wyzwolenia potężnych sił rozwoju, związanych z wolnorynkowym kapitalizmem – głównym wynalazkiem Zachodu. Warto pamiętać, że dopiero to osiągnięcie zapewniło mu zdecydowaną przewagę gospodarczą i militarną nad innymi cywilizacjami. W innych kulturach, m.in. w Chinach i Japonii, utrzymały się struktury typu cechowego i w rezultacie innowacyjność oraz szybki rozwój gospodarczy nie występowały tam aż do momentu przyjęcia zachodnich wzorców instytucjonalnych².

Współczesną, mniej skrajną formą ograniczania innowacyjnej konkurencji jest poddawanie wytwórców w niektórych dziedzinach ścisłej regulacji administracyjnej. Grozi to spiralą interwencji. Jeśli w danym kraju producenci są bardziej skrupowani niż w innych krajach, to mają mniejsze możliwości stawiania czoła

² Zob. N. Rosenberg, L.E. Birdzell, *Historia kapitalizmu*, Kraków 1994; produkt narodowy brutto krajów Zachodu rósł średnio co roku w latach 1820–1989 osiem razy szybciej niż w epoce przedkapitalistycznej.

zagrożeniu konkurencyjnemu z zagranicy. Będą więc domagać się od państwa ochrony przed importem. Dlatego państwo rozgałęzionego i krępującego interwencjonizmu jest zarazem państwem silnego protekcjonizmu. Jedno i drugie ogranicza gospodarność i rozwój.

Różne typy przedsiębiorstw mają różną zdolność i skłonność do podejmowania działań, których wyniki przyciągają popyt i w ten sposób tworzą zagrożenie konkurencyjne dla innych dostawców. Przedsiębiorstwa prywatne, wyposażone w potężny mechanizm pobudzania oparty na zysku, są z reguły prężniejsze i bardziej innowacyjne niż firmy nieprywatne. Jest to głównie sprawa bodźców w stosunku do tych, którzy podejmują i wykonują decyzje, a nie wynik różnic w jakości ludzi. Im więcej jest zatem w gospodarce przedsiębiorstw prywatnych, tym silniejsza wzajemna konkurencja będzie panować między dostawcami i w efekcie – tym prężniejsza będzie cała gospodarka. Wzrost udziału sektora prywatnego będzie też nasilać presję konkurencyjną wywieraną na przedsiębiorstwa państwowe³, co może podwyższać sprawność ich działania – albo też zwiększać naciski na uzyskiwanie kompensaty od państwa.

Powyższe wskazuje, że nie należy przeciwstawiać własności i konkurencji. Owszem, konkurencja jest w stanie poprawić sprawność niektórych firm państwowych, ale – jeszcze bardziej – poprawia efektywność firm prywatnych. Co najważniejsze: natężenie konkurencji zależy od struktury własności w kraju.

Konkurencyjne zagrożenie nie musi pochodzić tylko od firm krajowych, można je też sprowadzać z zagranicy. Importować można nie tylko produkty i technologie, ale i bodźce konkurencyjne, mobilizujące krajowych producentów. O znaczeniu tego ostatniego czynnika dobitnie świadczy porównanie lat siedemdziesiątych i dziewięćdziesiątych w Polsce. W tym pierwszym okresie nastąpił wzmożony import licencji i urządzeń, ale bez liberalizacji gospodarki i związanej z nią konkurencji. Wynik: nie nastąpił żaden technologiczny i jakościowy przełom w krajowej produkcji, narosły natomiast zagraniczne długi. Oparte na zagranicznych licencjach jogurty zaczęły szybko kwaśnieć i upodabniać się do rodzimych mlecznych wytworów. Po 1989 r. importowi technologii towarzyszyła zagraniczna (i krajowa) konkurencja – efekt przełomu w systemie gospodarczym. Po krótkim czasie nastąpiła kolosalna poprawa jakości i zakresu wyboru produktów. Wytwarzane w Polsce jogurty już nie kwaśniejają i nie ustępują jakością zagranicznym.

Dwie pierwsze przesłanki istnienia konkurencji: zdolność popytu do przeniesienia się między ofertami rozmaitych sprzedawców oraz występowanie dostawców stwarzających – przez swoje innowacyjne i usprawniające działania – zagrożenie konkurencyjne, można sprowadzić do jednego podstawowego warunku: szerokiego zakresu wolności gospodarczej. Oznacza to swobodę

³ Por. P. Jasiński, *The Transfer and Redefinition of Property Rights: Theoretical Analysis of Transferring Property Rights and Transformational Privatisation in the Post-Stes, Communist Economies and Economic Transformation* nr 2, 1992, s. 163–189.

zakładania przedsiębiorstw rozmaitych typów, ich szeroką autonomię oraz nierestrykcyjny system, regulujący stosunki gospodarcze z zagranicą. Wolność gospodarcza jest podstawą konkurencyjnego rynku.

Nagrody i kary na rynku

Można sobie jednak wyobrazić sytuację, gdy – pomimo wolności gospodarczej – konkurencja jest słaba. Tu dochodzimy do trzeciego warunku: konkurencja działa wtedy, gdy werdykt rynku, tzn. przesuwanie się pieniędzy nabywców między dostawcami, ma dla tych drugich ważne motywacyjne skutki. Ci, którzy przyciągają więcej popytu, muszą być nagradzani, a ci, którzy tracą pozycję na rynku – karani. Nagroda ma charakter satysfakcji z rynkowego sukcesu i wzrostu poczucia własnej wartości – te psychologiczne czynniki mają z pewnością niebagatelne znaczenie dla ludzi kierujących przedsiębiorstwami. Ale oprócz tego nagrodą jest wzrost dochodu i majątku, związany z sukcesem firmy. Kara dla tych, którzy tracą wyrażane w pieniądzu względy nabywców, ma również składnik psychologiczny i ekonomiczny, tyle że o odwrotnym znaku: obniżona satysfakcja, zredukowany dochód. Werdykt rynku może być jednak osłabiony lub wręcz unieważniony, a konkurencja przez to – sparaliżowana. Jednym ze sposobów podważania werdyktu rynku jest silne progresywne opodatkowanie indywidualnych dochodów. Zaburza ono związek między sukcesem firmy na rynku a finansowymi nagrodami dla głównych decydentów w przedsiębiorstwie, a przez to – może tam osłabiać samo dążenie do innowacji i usprawnień. Skala tego osłabienia zależy od relatywnego znaczenia psychologicznych i finansowych nagród dla przedsiębiorców i menedżerów. Psychologia nie daje na ten temat precyzyjnych odpowiedzi. Nie ulega jednak wątpliwości, że silnie progresywne opodatkowanie powoduje osłabienie bodźców do lepszego gospodarowania. A poza tym kapitał jest mobilny, będzie więc wędrować do krajów o korzystniejszym opodatkowaniu. Z jednego i drugiego powodu w państwie o wysokich podatkach tracą biedni.

Innym sposobem unieważniania werdyktu rynku i paraliżowania w ten sposób konkurencji jest pokrywanie strat przedsiębiorstw przez państwo i podtrzymywanie ich przy życiu – wbrew opiniom nabywców, których pieniądze kierują się ku innym dostawcom. Dotacje przekazywane przegrany na rynku pochodzą z kieszeni podatników albo z prasy drukarskiej, czyli z inflacji. Tu pojawia się następna zależność między konkurencją a strukturą własności w kraju. Doświadczenie pokazuje mianowicie, że pokrywane w ten sposób przez państwo straty koncentrują się w sektorze państwowym. W dużej mierze wynika to z faktu, że przedsiębiorstwa państwowe są z samej swojej natury zależne od państwa, czyli organizacji politycznej, a przez to – są szczególnie przez polityków krępowane lub wykorzystywane w celach politycznych, np. dla tworzenia czysto formalnego zatrudnienia, rozdawania stanowisk itp. Im więcej w gospodarce państwa,

tym więcej w niej upolitycznienia, sprzecznego z szybkim rozwojem gospodarczym. Państwo, które krępuje lub deformuje działalność przedsiębiorstw, musi – chcąc nie chcąc – brać odpowiedzialność za ich ekonomiczne wyniki – stąd finansowanie ich strat. Może to przybierać formę nie tylko jawnych, ale i ukrytych dotacji – tolerowania zaległości podatkowych, „taniach” kredytów itp.

Pokrywanie owych strat i – szerzej – wszelkie preferencyjne finansowanie wybranych dostawców w danej dziedzinie można uznać za formę nieuczciwej konkurencji, czyli nieuzasadnionego ekonomicznie różnicowania szans uczestników rynkowej rywalizacji. Jej szczególną formą jest dzika prywatyzacja, występująca w sferze usług medycznych w Polsce. Polega ona na wykorzystywaniu państwowego majątku do prowadzenia prywatnej działalności zarobkowej – oczywiście bez zapłaty należnych podatków. Utrudnia to, rzecz jasna, rozwój legalnej prywatnej praktyki lekarskiej. Generalnie: nieuczciwa konkurencja dokonująca się w sposób nieuczciwy prowadzi do jej ograniczenia.

W sumie widać, co ostatecznie decyduje, jakie formy konkurencji dominują w danym kraju: rola państwa w gospodarce. Państwo skupione na swoich niezbywalnych funkcjach, utrzymujące ustrój wolności gospodarczej, tworzy szerokie pole dla konkurencji wśród dostawców, eliminuje tym samym konkurencję między odbiorcami i minimalizuje zakres walki o podział. Państwo rozgałęzionego i szczegółowego interwencjonizmu ogranicza lub wręcz usuwa rywalizację między dostawcami i uruchamia intensywną walkę o centralnie rozdawane przywileje. W pierwszym przypadku kraj może się szybko rozwijać, w drugim – grozi mu gospodarczy paraliż. Nikomu nie udało się bowiem zastąpić konkurencji wśród dostawców jako siły wyzwalającej z ludzi pomysłowość i inicjatywę⁴ oraz jako czynnika umożliwiającego rozwój sprawniejszych producentów i eliminującego mniej sprawnych.

⁴ Rolę konkurencyjnego rynku jako czynnika odkrywania nowych możliwości szczególnie podkreślał Fryderyk Hayek. Zob. *Wykorzystanie wiedzy w społeczeństwie*, w: F. Hayek, *Indywidualizm i porządek ekonomiczny*, Kraków 1998.

Robert Gwiazdowski

O ZALETACH KONKURENCJI I POTRZEBIE JEJ EFEKTYWNEJ OCHRONY

Wyższość konkurencji wynika nie tylko stąd, że jest ona najskuteczniejszą ze znanych metod realizacji własnych zamierzeń, ale także, a może nawet bardziej, z tego, że jest jedyną metodą, dzięki której nasze działania mogą się do siebie wzajemnie dostosowywać, bez przymusu ze strony władzy i bez jej arbitralnej interwencji.

FRIEDRICH HAYEK¹

Piętnasta rocznica powstania Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który rozpoczynał swoje funkcjonowanie jako Urząd Antymonopolowy, skłania do podjęcia rozważań o istocie i roli konkurencji zarówno w gospodarce światowej, jak i krajowej oraz o działaniach regulacyjnych podejmowanych przez UOKiK, a także samej pozycji ustrojowej i strukturze organizacyjnej tego Urzędu.

1. O rynku i konkurencji

1. Najważniejszym zagadnieniem każdego systemu społecznego i gospodarczego jest sposób koordynowania działalności gospodarczej wielu jednostek. Może on się opierać na centralnym kierowaniu procesami ekonomicznymi – czyli przymusie i zależnościach typu hierarchicznego lub na rozwiązaniach rynkowych, zapewniających dobrowolną współpracę wolnych i suwerennych jednostek. Podstawowym elementem funkcjonowania tego drugiego systemu jest sytuacja, w której obie strony uczestniczące w transakcji osiągną z niej

¹ F. Hayek, *The Road to Serfdom*, London 1979, s. 27.

akceptowane przez siebie korzyści. Jest to możliwe tylko wtedy, gdy wymiana handlowa jest dobrowolna, a kontrahenci posiadają wystarczającą do jej przeprowadzenia ilość informacji. Odbywa się ona wówczas bez żadnego przymusu naruszającego wolność poszczególnych jej uczestników. Najbardziej zbliżonym do tego modelu społeczeństwa jest oczywiście kapitalizm wolnorynkowy, oparty na swobodnej działalności prywatnych przedsiębiorców. Ludzie są niedoskonalimi i omylnymi, ale w systemie wolnorynkowym myślą na własny rachunek, ponosząc konsekwencje błędów, skutki których nie oddziałują na innych². *Świat jest niedoskonały* – pisze Milton Friedman – *a więc i konkurencja nie zapewni pełnej ochrony. Jednakże konkurencja stanowi najlepszą lub, co na jedno wychodzi, najmniej złą ochronę największej liczby ludzi, jaką dotąd wynaleziono*³. Konkurencja chroni konsumenta nie dlatego, że biznesmeni mają lepsze serca od biurokratów, czy że są od nich bardziej kompetentni, ale dlatego, że zaspokojenie nawet najbardziej absurdalnych życzeń leży w ich interesie. Kiedy bowiem wchodzimy do sklepu, nikt nas nie zmusi do zrobienia zakupów. Możemy pójść gdzie indziej. I to właśnie jest podstawowa różnica między instytucją działającą na rynku a agendą rządową. Najlepszą ochroną konsumenta przed eksploatacją ze strony jakiegoś sprzedawcy jest istnienie innego sprzedawcy⁴.

2. Zdaniem Friedmana działalność ekonomiczna nie jest jedyną dziedziną życia, w której skomplikowana i wyrafinowana struktura powstaje w sposób całkowicie niezamierzony. To samo odnosi się do procesu formułowania języka, który rozwijał się w sposób podobny do wolnego rynku: ze swobodnych interakcji między jednostkami pragnącymi wymienić informacje. Obecnie stanowi on przejrzystą strukturę, mimo że nie planował go żaden organ centralny. Nikt nie decydował jakie słowa włączyć do języka, a jakie usunąć, jakie powinny obowiązywać zasady gramatyczne, które słowa mają być rzeczownikami, a które przymiotnikami. W procesie swobodnego porozumiewania się poszczególnym słowom przypisywane są takie, a nie inne znaczenia, a gdy powstaje potrzeba – tworzy się nowe wyrazy. Dla obu stron pragnących się porozumieć korzystne jest dochodzenie do *consensusu* na temat używanych słów. W żadnym momencie tego procesu nie jest stosowany przymus, nie ma też żadnego planisty władnego coś nakazywać⁵.

Innym przykładem takiego samego rozwoju może być nauka. Podział na dyscypliny nie jest w jej przypadku wynikiem jakiejkolwiek rozmyślnej decyzji, gdyż ukształtował się całkowicie samodzielnie, a rozwój w ramach każdej z tych dziedzin stanowi dokładny odpowiednik działania rynku w gospodarce. Uczniowie współpracują ze sobą, wymieniają prace i wyniki badań, uważając to za pożyteczne dla wszystkich, a jednocześnie wiele ośrodków naukowych konkuruje

² M. Friedman (with the assistance of Rose Friedman), *Capitalism and Freedom*, Chicago 1962, s. 12.

³ M. Friedman, R. Friedman, *Free to Choose*, New York, s. 246.

⁴ *Ibidem*, s. 226.

⁵ *Ibidem*, s. 25.

ze sobą w opracowywaniu nowych wynalazków. Szacunek i aprobatą środowiska naukowego pełnią tu taką samą funkcję, jak nagrody pieniężne na rynku i popychają młodych naukowców w kierunku penetracji najtrudniejszych, ale i najbardziej obiecujących obszarów. Jednocześnie każdy z nich dokłada swoją cegiełkę do gmachu nauki wzniesionego wcześniej przez innych, a jego praca staje się z kolei podstawą dalszego rozwoju. *Współczesna fizyka jest w równym stopniu produktem wolnego rynku idei, jak współczesny samochód produktem wolnego rynku dóbr materialnych* – konkluduje Friedman⁶.

3. Podsumowując argumenty przemawiające na rzecz wolnego rynku można powiedzieć, że konkurencja ma w gospodarce podobne znaczenie jak w sporcie, w którym właśnie dzięki rywalizacji obserwujemy podnoszenie wyników na coraz wyższy poziom i przekraczanie kolejnych „barier ludzkich możliwości”. I choć w większości wypadków są to sukcesy indywidualne, to osiągnięcia mistrzów przyczyniają się do rozwoju całych dyscyplin. Do ciężkiej pracy na treningach skłania sportowców chęć osiągnięcia sukcesu, wstąpienia na podium, zdobycia medalu, sławy, a ostatnio także i pieniędzy. Tym, czym dla nich jest stadion, dla przedsiębiorców jest rynek. Środek do postawionego sobie celu jest taki sam – zdolności i praca. Cel również jest jeden – zwycięstwo w rywalizacji z innymi. Zaś sukces jednostki, jak tam, tak i tu, przyczynia się do ogólnego rozwoju. Analogia powinna rozciągać się także na system nagród. Należą się one za osiągnięty wynik. Nie zasługi, potrzeby, czy nawet wkład pracy mają odgrywać tu rolę, ale wynik. „Každemu według osiągniętego w rywalizacji rezultatu” – to najlepsze kryterium rozdziału nagród i jedyne sprawiedliwe.

2. Zagrożenia dla rynku i konkurencji

1. Rynekowi i konkurencji zagrażają jednak monopole i... interwencjonizm państwa. W pewnym uproszczeniu można podzielić te pierwsze na prywatne bądź państwowe, naturalne – wynikające z uzyskania przez przedsiębiorstwo monopolistycznej pozycji na rynku przy wykorzystaniu mechanizmów rynkowych, bądź prawne – wynikające z prawodawczej działalności państwa. Zdaniem Friedmana nie należy jednak obawiać się powstawania prywatnych monopolii naturalnych, a idea państwowej ochrony wolnego rynku przed monopolizacją jest wynikiem przesadnej demonizacji całego problemu. Pozycja monopolistyczna może wynikać z przyczyn całkiem naturalnych, kiedy specyfika danej działalności sprzyja koncentracji i wyłączności. Dzieje się tak na przykład w przypadku linii kanalizacyjnych na jednym osiedlu, kiedy koszt działalności osiąga minimum w warunkach istnienia tylko jednego przedsiębiorstwa. Pozycja dominująca czy wręcz monopolistyczna na rynku, może też zostać osiągnięta przez producenta towaru nieposiadającego konkurencji z uwagi na swoją wyjątkowość.

⁶ *Ibidem*, s. 26.

Dowodły tego w swoim czasie zarówno mikroprocesory firmy Intel, jak i pastylki Viagra.

2. Innym źródłem monopolizacji jest zmowa producentów. Tylko w jej przypadku można rzeczywiście mówić o niebezpieczeństwach dla zasad wolnorynkowych. Jednak, zdaniem Friedmana, ingerencja państwa przy pomocy ustaw antytrustowych niewiele tutaj pomaga, a niektóre z tych aktów prawnych raczej sprzyjają monopolizacji niż jej zapobiegają. Ulubionym argumentem Friedmana na rzecz takiego stanowiska jest działanie Międzyszanowej Komisji Handlu. Przystępując do regulacji opłat za transport kolejowy, ujednoliciła ona stawki przewoźnego, podnosząc relatywnie tańsze opłaty za przewozy na długich dystansach do poziomu wynikającego z taryfy za przewozy krótkodystansowe. Gdy zaś pojawiła się konkurencja ze strony przewoźników samochodowych, Komisja postanowiła rozszerzyć swe kompetencje także na transport drogowy. Od tego czasu założenie przedsiębiorstwa transportowego wymaga uzyskania koncesji, a od roku 1935, kiedy zaczęto je wydawać, na 90 000 wniosków pozytywnie rozpatrzono $\frac{1}{3}$ z nich, podobno w imię ochrony przed monopolami (sic!). Ogólna liczba przedsiębiorstw transportowych spadła w tym okresie niemal dwukrotnie, podczas gdy wolumen przewozów wzrósł prawie trzydziestokrotnie! I takie są właśnie skutki „poprawiania” przez rząd systemu wolnorynkowego. *Monopole tylko wtedy są mocne, jeśli mają za sobą państwo. W przeciwnym razie są wyjątkowo mało odporne. Kiedy wygłaszam jakiś wykład – opowiada Friedman – i pytam słuchaczy jak można sobie poradzić z monopolami, zawsze słyszę tę samą odpowiedź: trzeba zaostrzyć ustawy antytrustowe. Otóż to nieprawda. Znam sposób prostszy i znacznie skuteczniejszy: otwarcie granic i zniesienie opłat celnych*⁷. Można dodać jeszcze jeden sposób: zniesienie tak zwanych „barrier wejścia” na rynek. Jak twierdził Adam Smith: najlepszą gwarancją dla piwosza napicia się piwa jest chciwość piwowara. Ale można uzupełnić tę znaną sentencję i dodać, że najlepszą gwarancją, by piwo było dobre i niezbyt drogie, jest istnienie innych piwowarów. Monopole prywatne nigdy nie są trwałe. Rozbija je pojawiająca się prędzej czy później sprzeczność interesów i konkurencja – krajowa i zagraniczna. Im większy rynek i mniej biurokratycznych utrudnień do działania, tym większa konkurencja i mniejsze zagrożenie monopolami. Prawdziwym zagrożeniem jest monopol biurokracji rządowej, niepodatny na jakiegokolwiek impulsy rynkowe. A „zmowy producentów” najczęściej mają miejsce na rynkach regulowanych – jak na przykład rynek leków. To przecież tam właśnie dochodziło do najbardziej spektakularnych kartelów cenowych.

3. Paradoksalnie, marzeniem każdego przedsiębiorcy działającego w warunkach wolnorynkowych jest zostanie monopolistą. Gdy mu się to udaje lub przynajmniej, gdy zdobywa pozycję dominującą, zwykle ogranicza innowacje,

⁷ M. Friedman, *Czy ekonomia polityczna jest nauką?* Forum, nr 20/1981, s. 3; przedruk za: Le Nouvel Observateur, 17.04.1981.

produkuje coraz drożej i coraz gorzej, ale za to zwiększa swoje marże. Staje się więc coraz mniej konkurencyjny. I w warunkach wolnorynkowych takie jego działanie nieubłagane wykorzysta konkurencja wchodząc na rynek z nowymi, lepszymi lub tańszymi produktami czy usługami. Pod warunkiem jednakże, iż konkurencji tej nie utrudnia wejścia na rynek biurokracja i prawne ograniczenia. Bo to one są najważniejszym sprzymierzeńcem monopolistów.

4. *Exemplum* stanowić może poczynanie organów państwa polskiego na niezwykle czułym na warunki konkurencji rynku telekomunikacyjnym. To właśnie państwo przez wiele lat uniemożliwiało, a obecnie nadal utrudnia, rozwój konkurencji na tych rynkach. To państwo zezwoliło spółce zależnej narodowego operatora telekomunikacyjnego Telekomunikacji Polskiej (TP SA) – PTK Centertel – na początku lat dziewięćdziesiątych na prowadzenie zbójczej działalności w zakresie telefonii komórkowej starej generacji i aż do roku 1996 zwlekało z organizacją przetargu na koncesje GSM. W tym czasie TP SA poprzez swoją spółkę zależną gnębiła niemiłosiernie klientów uniemożliwiając rozwój konkurencji nawet na rynku sprzedaży aparatów telefonicznych. To państwo zdecydowało w końcu o sprzedaży nie tylko TP SA, ale także, a może nawet przede wszystkim, prawie całego rynku telekomunikacyjnego. Choć sprzedaż tę nazwano prywatyzacją, to prywatyzacją ona bynajmniej nie była. Można powiedzieć, że polski minister skarbu oddał kontrolę nad polskim rynkiem francuskiemu ministrowi skarbu. Co więcej – deregulację rynku zaczęto prowadzić nie od najbardziej dochodowych połączeń międzynarodowych, zyski z których mogły służyć do budowy pozycji rynkowej nowym operatorom, tylko od najbardziej kapitałochłonnych i najmniej dochodowych połączeń lokalnych, a następnie międzystrefowych. Jak już musiała nastąpić deregulacja, to akurat taka, która była najkorzystniejsza z punktu widzenia TP SA. Państwo nie działało więc w interesie rynku, konkurencji i konsumentów, tylko w interesie dotychczasowego monopolisty. Co więcej, gdy już doszło do deregulacji na rynku połączeń międzystrefowych i TP SA zaczęła bronić swojego interesu powołując się na niejasne przepisy podatkowe, minister finansów wystosował pismo z wyjaśnieniami jeszcze bardziej niejasnymi niż same przepisy, choć mógł (w końcu przepisy były niejasne) wydać interpretację korzystną dla operatorów międzystrefowych, a jeśli miał co do tego wątpliwości, mógł jednym pociągnięciem pióra zmienić przepisy rozporządzenia regulującego to zagadnienie. Wszystko to wskazuje, że sprzedaż TP SA towarzyszyły dodatkowe zobowiązania powodujące, iż deregulację rynku prowadzono w taki sposób, by nic się nie zmieniło.

Wydanie z kolei najpierw dwóch, a potem trzeciej koncesji GSM stworzyło swoisty oligopol na rynku telefonii komórkowej, w wyniku czego w pierwszym kwartale roku 2004 w Polsce przypadało mniej niż 50 abonentów telefonii komórkowej na 100 mieszkańców, co stanowiło najniższy współczynnik rozpowszechnienia wśród wszystkich krajów należących obecnie do Unii Europejskiej. Wyższe wskaźniki mają nie tylko wysoko rozwinięte kraje tak zwanej „starej Unii”,

jak Szwecja (93,9), Wielka Brytania (89), Niemcy (80) czy Francja (69), ale także kraje mniej zamożne, jak Portugalia (89), Hiszpania (91,8) i Grecja (93,5) oraz nowe państwa członkowskie – jak Czechy (93,9) czy Węgry (80,6). Dane te przeczą tezie, iż dostępność usług telekomunikacyjnych jest pochodną zamożności kraju. Jest ona w dużym stopniu pochodną stopnia liberalizacji rynku, który to stopień decyduje o poziomie cen, mających podstawowe znaczenie dla upowszechniania się tego rodzaju usług. W Polsce, w odniesieniu do siły nabywczej ludności, telefonia komórkowa jest najdroższa w grupie 30 państw OECD. Jak pokazuje przykład Stanów Zjednoczonych, to rozbitcie monopolu i deregulacja rynku komunikacyjnego i telekomunikacyjnego przez administrację Ronalda Reagana było istotną siłą sprawczą ożywienia gospodarczego. Czy zatem nie należy stworzyć UOKiK realnych możliwości działania w tym zakresie? Wydaje się, że pytanie to jest retoryczne. Działania parlamentu, rządu i regulatora branżowego dobitnie pokazują, że są nieskuteczne. Powodów tej nieskuteczności można się domyślać. Domysły te pozwalają jednak postulować takie umocowanie UOKiK, żeby powody dotychczasowej nieskuteczności jeśli nie usunąć, to przynajmniej wyraźnie ograniczyć.

3. Ochrona rynku i konkurencji

1. Zważywszy na opisaną powyżej rolę rynku, na pytanie, czy wszystko należy pozostawić wolnemu rynkowi w idealnym modelu wolnorynkowym odpowiedź byłaby pozytywna. Ale nie mamy we współczesnym świecie do czynienia z idealnym modelem wolnorynkowym. Dlatego działania regulacyjne są konieczne. W państwach postkomunistycznych te działania regulacyjne, a ściślej deregulacyjne, powinny polegać głównie na likwidacji lub przynajmniej ograniczeniu monopolu już istniejących. W Polsce mechanizmy rynkowe nie funkcjonują najczęściej tam, gdzie doszło do powstania monopolu jeszcze w okresie komunizmu. Jako że monopole te są bardzo silne – silna musi być też pozycja urzędu, który ma dokonać deregulacji. Jeśli konkurencja ma tak istotne znaczenie dla gospodarki państwa – a ma – to urząd chroniący konkurencję musi być umocowany odpowiednio do rangi zadania, które ma realizować.

2. Ochrona konkurencji jest dziedziną, w której należy połączyć działania typowo urzędnicze z decyzjami natury politycznej – bo taki charakter mają decyzje o transferach między różnymi grupami producentów i konsumentów oraz decyzje dotyczące interesów największych przedsiębiorstw. Żeby osiągnąć ten cel należy postulować:

- wzmocnienie pozycji i roli oraz uprawnień UOKiK w strukturze organów państwa,
- wzmocnienie pozycji i roli Prezesa UOKiK,
- wyłączenie z UOKiK ochrony konsumentów,
- włączenie do UOKiK środków i kompetencji regulatorów branżowych,
- wzmocnienie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

4. Wzmocnienie pozycji i roli oraz uprawnień UOKiK w strukturze organów państwa

1. Jak stwierdzono w raporcie OECD, *instytucjonalna rola i status UOKiK są ambiwalentne. Niezależność decyzji UOKiK nie została dotychczas podważona, ale niezależność ta nie została zagwarantowana przez rangę ustrojową i kształt instytucjonalny UOKiK*⁸. Zgodzić się trzeba, iż kształt instytucjonalny UOKiK jest niekonsekwentny. Jest to nominalnie niezależny urząd, w strukturę którego wmontowano hamulce z wyraźnej obawy politycznej przed jego zbyt daleko idącą niezależnością. Przypomina to do złudzenia czasy i metody, kiedy władza, jeszcze komunistyczna, postanowiła stworzyć Trybunał Konstytucyjny. Instrumenty prawne są troszkę inne, ale cel chyba ten sam – żeby przynajmniej politycy mieli poczucie, że mogą te hamulce przycisnąć.

2. Bez względu na ocenę realności postulatu wzmocnienia pozycji i roli oraz uprawnień UOKiK, warto pokusić się o jego zgłoszenie *de lege ferenda*. Ostatecznie postulat wprowadzenia w Polsce podatku liniowego w roku 1993 także wydawał się całkowicie nierealny, a dziś znajduje się w programach kilku poważnych partii politycznych i jest nawet przedmiotem analiz ze strony rządu. To doświadczenie z podatkiem liniowym pozwala z nadzieją głosić pewne postulaty dotyczące ochrony konkurencji, które dziś mogą wydawać się nierealne. Jeśli uznajemy, że w ogóle potrzebny jest centralny urząd regulacyjny, to powinien on mieć prawo przeciwdziałania nie tylko stosowaniu praktyk monopolistycznych, ale także istnieniu struktur monopolistycznych. Nie można przyjąć założenia, że złe bywają tylko te koncentracje, które dopiero mają zostać przeprowadzone lub są obecnie przeprowadzane bez zgody UOKiK, a nie trzeba podejmować działań przeciwko tym skoncentrowanym strukturom monopolistycznym lub quasi-monopolistycznym, które już na rynku istnieją. Dyspozycja art. 20 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pozwalająca Prezesowi UOKiK nakazać między innymi:

1. podział przedsiębiorcy,
2. zbycie całości lub części majątku przedsiębiorcy,
3. zbycie udziałów lub akcji zapewniających kontrolę nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami lub rozwiązanie spółki, nad którą przedsiębiorcy sprawują wspólną kontrolę,

winna zostać rozciągnięta nie tylko na koncentracje dokonane z naruszeniem przepisów prawa konkurencji, ale także na wszystkie podmioty działające na rynku. Zważywszy, iż decyzje takie będą miały charakter decyzji politycznych, Paweł Dobrowolski słusznie postuluje, aby ustanowić szczególną relację między rządem i parlamentem a UOKiK, która pozwoli w przejrzysty sposób podejmować decyzje z pogranicza gospodarki i polityki. Jego zdaniem, Rada Ministrów powinna mieć

⁸ *The role of competition policy in regulatory reform. Regulatory Reform in Poland*, OECD 2002.

prawo wydania Prezesowi UOKiK zakazu podejmowania określonej decyzji deregulacyjnej lub nakazu podjęcia takiej decyzji, a Prezes Urzędu powinien móc od takiego nakazu lub zakazu odwołać się do Sejmu, który uchwałą podjętą kwalifikowaną większością głosów mógłby znieść nałożony przez Radę Ministrów nakaz lub zakaz⁹. Oczywiście przeciwko takiemu rozwiązaniu podniosą się głosy protestu, co nie zmienia faktu, iż wydaje się on być przynajmniej przedmiotem poważnej dyskusji. Może za 10 lat stanie się z nim to samo, co z podatkiem liniowym...

5. Wzmocnienie pozycji i roli Prezesa UOKiK

1. W obowiązującym stanie prawnym zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (prawo konkurencji), Prezes UOKiK jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Jednakże nadzór nad jego działalnością sprawuje Prezes Rady Ministrów, który sprawuje też nadzór nad ministrami, których decyzje wpływają na warunki konkurencji. Prezes Urzędu jest mianowany przez premiera bez udziału parlamentu i prezydenta. Wiceprezesów UOKiK też mianuje premier, choć na wniosek Prezesa. Premier ustala także wewnętrzną organizację Urzędu. Prezes UOKiK uczestniczy tylko w tych posiedzeniach Rady Ministrów, na których omawiane są kwestie ochrony konkurencji i konsumentów. O tym, które sprawy omawiane przez Radę Ministrów mają znaczenie z punktu widzenia ochrony konkurencji i konsumentów decyduje premier zapraszając, bądź nie, Prezesa UOKiK na posiedzenie Rady.

2. Aby niezależność Prezesa UOKiK ugruntować należałoby zdecydowanie wzmocnić jego pozycję. Pierwszym ku temu krokiem powinna być zmiana trybu jego powołania. Prezes UOKiK nie powinien mieć statusu urzędnika mianowanego przez Prezesa Rady Ministrów. Postulować można wprowadzenie podobnego mechanizmu, jaki istnieje, na przykład, w przypadku powoływania Prezesa Narodowego Banku Polskiego. Obserwacja praktyki życia politycznego pokazuje, że nie byłby to tylko czysto formalny zabieg. Prezes UOKiK powinien z urzędu uczestniczyć w pracach Rady Ministrów, tak jak ministrowie. Jego udział w pracach rządu nie powinien zależeć od uznania premiera, czy dana sprawa ma znaczenie dla ochrony konkurencji i konsumentów czy nie. Zważywszy, iż nie ma jasnych kryteriów rozstrzygnięcia można złośliwie uznać, że *de facto* od fanaberii premiera zależy, czy Prezes UOKiK uczestniczy w posiedzeniu rządu czy też nie.

3. W ramach wzmocnienia pozycji i roli Prezesa UOKiK, powinien on uzyskać prawo powołania wiceprezesów. To on musi odpowiadać w całości za pracę Urzędu, którym kieruje i za decyzje przezeń podejmowane. Dlatego Prezes powinien mieć prawo swobodnego decydowania, kto będzie wiceprezesem UOKiK. Pozostawienie decyzji w tej sprawie w rękach premiera oznacza, że politycy chcą mieć wpływ na

⁹ P. Dobrowolski, *Zwiększenie skuteczności ochrony konkurencji*, opracowanie niepublikowane w zbiorach autora.

obsadę personalną i decyzje osobowe w niezależnych instytucjach, co może być uzasadnione głównie tak zwaną „teorią łupów”. Prezes UOKiK powinien mieć też prawo swobodnego kształtowania wewnętrznej struktury organizacyjnej Urzędu. Skoro ma nim efektywnie kierować musi mieć możliwość decydowania, w jakim kształcie organizacyjnym Urzędu będzie mu najłatwiej osiągnąć cel. Sytuacja, w której decyduje o tym premier, jest zdumiewająca z punktu widzenia zasad prakseologii i zdrowego rozsądku. Argument, że każdy kolejny Prezes UOKiK zaczynałby urzędowanie od rewolucyjnych zmian w strukturze organizacyjnej Urzędu nie jest chyba oparty na mocnych podstawach naukowych. Bierze się z założenia, że Prezesi będą postępowali nieracjonalnie. Tymczasem mianowaniu przez premiera nieracjonalnego Prezesa UOKiK ma zapobiec zmiana sposobu jego powoływania. Po drugie, dziś równie dobrze każdy nowy premier może zmienić strukturę organizacyjną UOKiK. Skąd przekonanie, że premier jest bardziej racjonalny od Prezesa UOKiK? Po trzecie, jeśli Prezes UOKiK mimo wszystko miałby okazać się nieracjonalny, to już lepiej byłoby, żeby jak najdłużej zajmował się reformowaniem struktury organizacyjnej Urzędu, a nie gospodarką kraju.

4. Ze strukturą organizacyjną Urzędu ściśle łączy się kwestia wynagrodzenia jego pracowników. Płace niższych rangą pracowników UOKiK są na rynku warszawskim mało atrakcyjne. Na przykład referendarz zarabia około 1800 zł brutto, czyli około 1300 zł netto! Natomiast u regulatorów, zwłaszcza telekomunikacyjnego, przyjęto założenie, że pracownicy regulatorów powinni zarabiać tyle, ile w regulowanych branżach. Skuteczność prac UOKiK wymaga korzystania z wykwalifikowanych ekonomistów i prawników. Poleganie na absolwentach nawet najlepszych uczelni, którzy po zdobyciu doświadczenia przeniosą się do sektora prywatnego, wcześniej czy później musi przynieść negatywne konsekwencje i będzie rzutowało na skuteczność Urzędu. Należy albo podwyższyć płace pracowników UOKiK albo zwiększyć jego budżet na tyle, by mógł regularnie korzystać z najlepszych kancelarii prawniczych czy firm konsultingowych.

6. Wyłączenie z UOKiK ochrony konsumentów

Połączenie ochrony konkurencji i konsumentów powoduje, że UOKiK zajmuje się przede wszystkim bezpiecznym politycznie zadaniem ochrony konsumenta, a nie podejmowaniem kosztownych często z politycznego punktu widzenia działań zmierzających do ochrony konkurencji. Co więcej – jednoczesna ochrona konkurencji i konsumentów na tym samym rynku bywa czasami zadaniem z definicji niemożliwym do wykonania i nawet do pogodzenia, z uwagi na pojawiającą się czasem sprzeczność obu tych celów. Klasycznym przykładem mogą być działania zmierzające do ograniczenia importu używanych samochodów. Z jednej strony mogą one przyczynić się do zwiększenia bezpieczeństwa konsumentów-kierowców. Z drugiej jednak strony z całą pewnością wzmacniają rynkową pozycję rodzimych producentów i ograniczają konkurencję, której wcale nie można nazwać „nieuczciwą”. Ponieważ nie ma

jasnych kryteriów podejmowania wyboru pomiędzy zwiększonym bezpieczeństwem a zwiększoną konkurencją, przeważnie uszczerbek ponosi konkurencja. UOKiK mógłby się znowu nazywać Urzędem Antymonopolowym lub Urzędem Ochrony Konkurencji – choć sama nazwa jest tutaj najmniej istotna.

7. UOKiK a regulatorzy branżowi

1. W państwach OECD nie został wypracowany jeden model podziału kompetencji pomiędzy urząd antymonopolowy a regulatorów branżowych. Komisja Europejska sugeruje co prawda, ale na szczęście nie nakazuje, tworzenie regulatorów branżowych. Z kolei OECD rekomenduje zwiększenie roli ogólnych regulacji antymonopolowych, a nie branżowych, ale nie sugeruje żadnych konkretnych rozwiązań instytucjonalnych w tym zakresie. Decyzja o tym, czy regulować daną branżę przez regulatora branżowego czy urząd antymonopolowy, należy do poszczególnych państw członkowskich UE. Sugestie Komisji Europejskiej spotkały się z krytyką wielu europejskich urzędów antymonopolowych, zdaniem których wielość urzędów prowadzi do nakładania się kompetencji. Rodzi to co prawda konkurencję, ale nie na rynku, tylko pomiędzy organami państwowymi, co skutkuje brakiem koordynacji podejmowanych przez nie kroków – *ergo* przyczynia się do ich nieskuteczności i utrudnia działania deregulacyjne.

2. Istnienie wielu regulatorów branżowych w krajach OECD nie jest bynajmniej dowodem na ekonomiczną efektywność tej koncepcji. Zgodnie z podstawowymi prawami działania biurokracji, wraz z prywatyzacją dawnych monopolii, funkcje regulacyjne były przekazywane z ministerstw do tworzonych specjalnie w tym celu nowych organów, którym starano się nadać jakiś atrybut niezależności. Przy okazji prywatyzacji firmy telekomunikacyjnej powstawał regulator telekomunikacyjny, przy prywatyzacji firm energetycznych powstawał regulator energetyczny itd. Zazwyczaj wraz z powołaniem nowego urzędu do pracy w nim przechodziła część pracowników ministerstwa, które przedtem zarządzało daną branżą. Problem potęgował fakt, iż część osób zatrudnionych w ministerstwach branżowych powędrowała do pracy w sprywatyzowanych przedsiębiorstwach. Dawni koledzy z pracy znaleźli się teoretycznie po dwóch stronach barykady, ale relacje koleżeńskie pozostały. Wykreowało to niezdrowe relacje pomiędzy urzędami i regulowanymi branżami i sprzyjało powstaniu silnej grupy dbającej o własny interes. Zjawisko to jest dobrze znane badaczom społecznym. Każdy system wraz z upływem czasu obrasta w sieć znajomości i wzajemnych powiązań, które zmniejszają jego efektywność i każą mu działać w interesie różnych nieformalnych grup, co wcale nie musi oznaczać układu korupcyjnego, a jedynie towarzyski, który może być jednak równie niekorzystny w skutkach dla gospodarki.

3. Regulatorzy branżowi dysponują własnymi przychodami z opłat nakładanych na przedsiębiorstwa z regulowanych sektorów. Tym samym mają interes w utrzymaniu istniejącego sposobu regulacji. Natomiast UOKiK wprowadzając

regulacje oparte o mechanizmy rynkowe, a nie o ograniczenia administracyjne, utraciłby mniejszą część władzy niż regulator branżowy podejmujący te same działania. Dlatego UOKiK powinien być bardziej skłonny do promowania rozwiązań rynkowych w regulowanych sektorach niż regulatorzy branżowi.

4. Z całą pewnością istnienie jednego ośrodka regulacyjnego ułatwi równość traktowania każdej branży bez względu na jej polityczne przebiecie. Każda istotna zmiana organizacyjna narusza w jakimś stopniu istniejące układy i pozwala rozwinąć się konkurencji, społeczeństwu i gospodarce. Taką właśnie zmianą może być przyłączenie regulatorów branżowych do UOKiK.

8. Sąd Antymonopolowy

1. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów musi zostać wzmocniony ustrojowo, organizacyjnie i personalnie. Można oczywiście stwierdzić, że stoimy w Polsce przed koniecznością całościowej reformy systemu wymiaru sprawiedliwości i SOKiK nie powinien być traktowany w sposób szczególny. Pojawiają się nawet opinie, że skoro w Stanach Zjednoczonych sprawy z zakresu prawa antytrustowego rozpoznawane są przez sądy powszechne, to dlaczego nie miałyby tak być również w Polsce? Na reformę taką się jednak w najbliższym czasie nie zanosi. Dlatego tak istotne jest dokonanie takich zmian w samym SOKiK, które pomogłyby w działalności deregulacyjnej UOKiK. Oczywiście, lepiej byłoby zreformować cały system wymiaru sprawiedliwości, ale dopóki jest to niemożliwe, należy skoncentrować się, zgodnie z podstawowymi zasadami ekonomiki działania, na sprawach strategicznych. A działanie SOKiK jest taką właśnie sprawą. Z punktu widzenia gospodarki państwa, SOKiK jest zbyt ważnym organem, by być po prostu wydziałem gospodarczym sądu powszechnego w Warszawie. Zbyt często staje on po stronie monopolistów. Uchyła decyzje UOKiK wobec przedsiębiorców stosujących niedozwolone praktyki z braku dowodów, jednocześnie nie dopuszczając poszlak w przypadku postępowań o znowę, które rzadko zawierane bywają na piśmie. Sprawcy raczej starają się tuszować nielegalne działania, a nie je udokumentować.

2. W USA skład Sądu Najwyższego jest tak istotny, gdyż światopogląd sędziów wpływa na linię orzecznictwa. W Polsce ten sam problem dotyczy SOKiK. Prorynkowe lub etatystyczne nastawienie sędziów ma i będzie miało decydujący wpływ na linię orzecznictwa. A w przypadku SOKiK światopogląd sędziów ma istotniejsze znaczenie niż w przypadku sędziów sądów powszechnych, gdyż jego wyroki wpływają na całą gospodarkę, a nie tylko na indywidualne przedsiębiorstwa.

3. Powstaje jednak istotny problem sposobu takiego zreformowania SOKiK, aby mógł on zostać wzmocniony sędziami o wyraźnie prorynkowym nastawieniu. Zgodnie z art. 175 ust. 1 Konstytucji, wymiar sprawiedliwości w RP sprawują: Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe. Oznacza to, że jeżeli SOKiK ma „sprawować wymiar sprawiedliwości” i wydawać wyroki w imieniu Rzeczypospolitej, musi zaliczać się do jednej z powyższych kategorii sądów. Ustrój

i organizacja SOKiK, jako organu wymiaru sprawiedliwości utworzonego na mocy ustawy, musi odpowiadać wymogom konstytucyjnym. Postępowanie musi być dwuinstancyjne, zaś zasiadające w nim osoby muszą posiadać status sędziego. Drugi z wymienionych wymogów wyklucza możliwość mianowania na stanowisko sędziego ekspertów niebędących sędziami. Jak wynika z konstrukcji Rozdziału VIII Konstytucji, udział w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości mają wyłącznie sędziowie i obywatele. W myśl art. 179 Konstytucji, sędziowie są powoływani przez prezydenta na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa (KRS). Szczegółowe przepisy powoływania sędziów, jak i wymagania dotyczące ich kwalifikacji, określa ustawa – Prawo o ustroju sądów powszechnych. Wprowadzenie instytucji sędziego-eksperta niebędącego prawnikiem, rodziłoby konieczność nowelizacji prawa o ustroju sądów powszechnych poprzez wprowadzenie odrębnych wymagań stawianych sędziom SOKiK, przy jednoczesnym pozostawieniu konstytucyjnej zasady ich powoływania. Sędziowie ci musieliby być powoływani przez prezydenta na wniosek KRS. Nie można wyłączyć SOKiK z kategorii sądów powszechnych, gdyż byłoby to uznane za sprzeczne z art. 175 ust. 1 Konstytucji. Wydaje się jednak, że pozostawienie kompetencji desygnowania sędziów-ekspertów w zakresie ekonomii o rynkowym światopoglądzie w rękach KRS, nie pozwoli na skuteczne zrealizowanie koncepcji prorynkowego wzmocnienia SOKiK. W KRS trudno liczyć na uzyskanie przewagi przez osoby o zdecydowanie prorynkowym nastawieniu.

4. Można rozważyć możliwość powoływania do SOKiK ekspertów jako odpowiednika ławników zasiadających w „zwykłych” sądach powszechnych. Można do tego wykorzystać art. 182 Konstytucji, mówiący o udziale obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Taki „ławnik” nie musiałby być powoływany przez prezydenta na wniosek KRS. Nie trzeba by było również wprowadzać bardzo poważnych zmian w prawie o ustroju sądów powszechnych. Co prawda, w świetle Konstytucji nie można wyłączyć sędziów, o których mowa w Konstytucji, z orzekania w SOKiK, ale jego skład musiałby być mieszany, np. jeden sędzia zawodowy i dwóch ekspertów – „ławników”. W środowisku prawniczym istnieje przekonanie, że ławnicy w sądach powszechnych niczego nie zrobią wbrew zdaniu przewodniczącego składowi sędziego zawodowego. Odpowiedni dobór ławników do SOKiK nie byłby jednak prostym powieleniem tego schematu.

9. Konkluzja

Zważywszy na rolę konkurencji w gospodarce, w warunkach konkurencji niedoskonałej i istnienia monopolu nienaturalnych, będących pozostałością po czasach centralnej gospodarki planowej oraz całkowitej zapaści sądownictwa powszechnego, które nie jest w stanie wziąć na swoje barki, jak w Stanach Zjednoczonych, spraw z zakresu konkurencji, funkcjonowanie centralnego urzędu antymonopolowego o szerokich uprawnieniach wraz z niezależnym sądem ochrony konkurencji, wydaje się być dla gospodarki kraju sprawą priorytetową.

Bohdan Wyżnikiewicz

ROZWAŻANIA O KONKURENCJI I KONKURENCYJNOŚCI

Konkurencja, zgodnie z definicjami, jakie można znaleźć w podręcznikach ekonomii, jest *procesem, w trakcie którego producenci dążąc do realizacji swych interesów, próbują przedstawić korzystniejsze od innych oferty pod względem ceny, jakości lub innych charakterystyk wpływających na decyzję zawarcia transakcji*¹. Warto podkreślić użycie słowa „proces”, co oznacza, że konkurencja ma miejsce stale, w sposób ciągły, przez co wpływa znacząco i nieustannie na przebieg procesów gospodarczych. Proces ten dotyczy przede wszystkim producentów (sprzedających), ale również odnosi się do nabywców, którzy w swojej masie podejmują racjonalne decyzje i przy okazji w pozytywny sposób oddziałują na rywalizację między producentami.

Funkcję konkurencji rozpatrywaną od strony nabywcy niezwykle trafnie opisał Friedrich von Hayek (1899–1992). Według niego polega ona na ciągłym uczeniu się (...) *kto nas dobrze obsłuży, który sklepikarz, które biuro podróży, który dom towarowy lub hotel, ze strony którego lekarza lub akwizytora możemy spodziewać się propozycji najlepszego załatwienia naszej sprawy* (...)².

Już Adam Smith (1723–1790) pisał w *Bogactwie narodów*³ w końcu osiemnastego wieku, że *kiedy pojedynczy ludzie próbują osiągnąć dla siebie większy dochód i nie są ograniczani w swoich działaniach, to ich połączony wysiłek prowadzi do korzyści*

¹ D. Kamerschen, R. McKenzie, C. Nardinelli, *Ekonomia*, Fundacja Gospodarcza NSZZ Solidarność, Gdańsk 1992, s. 47.

² F. Hayek, *The meaning of competition*, w: *Individualism and Economic Order*, Chicago University Press, 1948, s. 97.

³ A. Smith, *An Inquiry into the nature and Causes of the Wealth of Nations*, (1776), Modern Library, New York 1937.

dla społeczeństwa mimo tego, że nie było to ich intencją. Stwierdził też, że owi producenci są prowadzeni „niewidzialną ręką”, powodując rezultat, który nie był przez nich w bezpośredni sposób zamierzony. Zdaniem Adama Smitha, to właśnie konkurencja przyczynia się do wzrostu produkcji i powstawania dochodów w systemie gospodarczym i do tworzenia materialnego bogactwa społeczeństwa.

Współczesne nauki ekonomiczne są w stanie wskazać ewidentne korzyści ze zjawiska konkurencji, zarówno na gruncie teorii, jak i na podstawie licznych badań empirycznych. Warto jednak przypomnieć, że jest ona uznawana przez teoretyków i ekonomistów za jeden z głównych czynników postępu i rozwoju gospodarczego oraz tworzenia bogactwa⁴.

Korzyści z konkurencji

Do najbardziej istotnych korzyści z konkurencji, jakie ujawniają się w gospodarce w dłuższym horyzoncie czasowym należą:

- poprawa efektywności mikroekonomicznej,
- nagradzanie efektywnych i eliminacja nieefektywnych podmiotów rynku,
- doprowadzenie do tendencji ciągłego obniżania cen wyrobów,
- poprawa jakości wyrobów i usług,
- kierowanie środków na działalność badawczo-rozwojową.

Korzyści z konkurencji są w szczególności sposób widoczne w takim kraju jak Polska, gdzie w ramach obowiązującego przez 45 lat po II wojnie światowej systemu nakazowo-rozdzielczego była ona, podobnie jak inne mechanizmy rynkowe (np. przedsiębiorczość), zepchnięta na margines życia gospodarczego, przez co praktycznie nieznaną jego uczestnikom. W czystej postaci realnego socjalizmu mechanizmy te (na przykład swobodne kształtowanie się cen, wybór producenta i konkurencję) „zastępowano” nakazami produkcyjnymi, czyli planem do wykonania, przekazując środki materialne i rzeczowe do ich realizacji. Zarządzający przedsiębiorstwami nie musieli dbać o walkę konkurencyjną na rynku. W teorii państwo zapewniało zbyt produkcji, a w praktyce gwarantowały go permanentne niedobory dóbr konsumpcyjnych i zaopatrzeniowych. Nad gospodarką ciążył dodatkowo monopol państwowy.

Z konkurencją o charakterze rynkowym w PRL kontakt miały jedynie tzw. centrale handlu zagranicznego, czyli przedsiębiorstwa, którym przyznano prawo uczestniczenia w handlu zagranicznym i to tylko w ściśle wyznaczonych segmentach rynku. Z tego właśnie powodu w okresie transformacji konieczne stało się nie tylko zlikwidowanie powszechnych monopolii państwowych, ale również zaszczepienie polskim przedsiębiorcom prywatnym i dyrektorom przedsiębiorstw państwowych zasad konkurencji rynkowej.

W październiku 1989 r. w dokumencie programowym nazwanym później

⁴ Grupa Lizbońska, *Granice konkurencji*, Polska Fundacja Promocji Kadr, Poltext, Warszawa 1996, s. 132.

„planem Balcerowicza” w rozdziale IV, pkt 8 znalazł się następujący zapis: *w celu stworzenia warunków sprzyjających konkurencji w gospodarce prowadzona będzie aktywna polityka antymonopolowa. Organ antymonopolowy zostanie wyodrębniony ze struktury Ministerstwa Finansów i wyposażony w zwiększone uprawnienia*⁵.

W gospodarce rynkowej dążenie do poprawy efektywności gospodarowania w wyniku działania konkurencji obserwowane w skali mikroekonomicznej, czyli na szczeblu przedsiębiorstwa, jest oczywiste. Przede wszystkim konkurencji zmuszają przedsiębiorców do dbałości o uzyskiwanie dodatnich wyników finansowych. Podobne w skutkach naciski i oczekiwania płyną ze strony właścicieli przedsiębiorstw bądź ich udziałowców, którzy są zainteresowani odpowiednim zwrotem z wyłożonego kapitału. W rezultacie podmioty te przyjmują ofensywne strategie konkurowania.

W Polsce spółki giełdowe notowane na GPW obok presji konkurencji i udziałowców poddawane są także wymogom przejrzystości rynku kapitałowego. W związku z tym wykazują one znacznie wyższe wskaźniki rentowności niż średnia w sektorach, w których działają⁶. Ważnym powodem takiej sytuacji jest zabieganie o inwestorów, którzy wolą nabywać akcje spółek uzyskujących nadwyżki z działalności. Taka sytuacja stanowi przejaw konkurowania o inwestorów w drodze uzyskiwania jak najlepszych wyników finansowych.

W przypadku uzyskania negatywnych wyników finansowych (strat) przedsiębiorstwo może jeszcze przez pewien czas utrzymać się na rynku w przypadku posiadania odpowiednich rezerw finansowych lub majątkowych. Rezerwy jednak dość szybko wyczerpują się i bez poprawy wyniku finansowego, czyli bez przejścia na osiąganie zysku z ponoszenia strat, przestaje ono istnieć w dotychczasowej formule. W taki sposób, w uproszczeniu, odbywa się eliminacja z rynku nieefektywnych podmiotów, które nie wytrzymują presji konkurencji.

Jednym ze skutków dążeń przedsiębiorstw do poprawy efektywności gospodarowania wymuszonym przez konkurencję jest obniżanie kosztów produkcji, a ściślej mówiąc obniżanie jednostkowego kosztu produktu. Osiąga się to głównie poprzez racjonalizowanie nakładów, w drodze stosowania bardziej wydajnych maszyn i urządzeń, podnoszenia kwalifikacji pracowników i odpowiedniego ich motywowania, skuteczniejszego zarządzania procesami produkcji i poprawy organizacji pracy.

Efektom zmniejszania kosztów produkcji jest także obniżanie cen produktów i usług⁷. W Polsce mamy wiele tego przykładów. Najbardziej spektakularnym jest rynek usług telekomunikacyjnych, na którym działają sieci komórkowe oraz dominujący operator telefonii stacjonarnej. Oferty operatorów telefonii komórkowej są coraz bardziej atrakcyjne cenowo, dynamicznie wzrasta liczba

⁵ *Program Gospodarczy. Główne założenia i kierunki*, Rzeczpospolita, październik 1989 r., s. 5.

⁶ B. Wyżnikiewicz, *Giełda i gospodarka*, Przegląd Organizacji, nr 7/8 2000.

⁷ Trzeba pamiętać, że w gospodarce rynkowej nie obowiązuje generalna zasada, że cena jest wyznaczana przez koszty produkcji i narzut kosztów na zysk.

ich abonentów, gdy tymczasem w przypadku telefonii stacjonarnej wskaźnik ten zwiększa się nieznacznie. Nie można wykluczyć, że postęp technologiczny w stosunkowo krótkim czasie doprowadzi do wypierania istniejących technik telekomunikacyjnych przez tanie rozmowy telefoniczne realizowane za pośrednictwem internetu.

Innym przykładem obniżania cen w wyniku działania konkurencji jest rynek komputerów osobistych. Ocenia się, że sprzęt komputerowy tanieje rocznie średnio o 15 %. W tym przypadku konkurencja wymusza także postęp technologiczny.

Przedsiębiorstwa mogą też obniżać ceny nie w wyniku redukcji kosztów, lecz poprzez świadomą rezygnację z części zysku. Stanowi to element jednej z wielu możliwych strategii konkurowania. Nie można jej jednak stosować przez dłuższy okres.

Konkurencja wymusza także poprawę jakości oraz kreowanie nowych produktów. Nabywcy będą zawsze woleli kupować dobra i usługi wyższej jakości. Producenti mogą też liczyć na sukces rynkowy w przypadku wprowadzania na rynek nowych produktów. Aby poprawić pozycje rynkowe, przedsiębiorcy muszą inwestować w coraz lepszy aparat wytwórczy. Wymusza to innowacyjność, czyli skłonność do poszukiwania i wprowadzania nowych rozwiązań w produkcji i w zarządzaniu. W efekcie dochodzimy do niezwykle ważnego aspektu presji konkurencyjnej, jakim jest kierowanie przez przedsiębiorstwa środków na prace badawcze i rozwojowe. Dzięki temu dokonuje się postęp techniczny, który wspomaga wzrost gospodarczy. Prace badawczo-rozwojowe prowadzone są głównie w dużych korporacjach, jednak droga dla mniejszych przedsiębiorstw nie jest tu całkowicie zamknięta. Znane są przypadki niewielkich firm, które wykazują się innowacyjnością produkcji nawet przy skromnym zapleczu badawczym. Przykładem mogą być krajowe portale internetowe i laboratoria farmaceutyczne.

Konkurencja na rynku globalnym

Konkurencja toczy się równolegle na wielu polach i płaszczyznach rywalizacji we współczesnej gospodarce. Ma zatem nie tylko wymiar sektorowy, choć ten jest szczególnie ważny, ale także lokalny, regionalny, krajowy, międzynarodowy i globalny. W ostatnich dekadach jej natężenie stale przybiera na sile i jest coraz większe. Wynika to z dwóch zasadniczych powodów. Pierwszym jest dokonująca się gwałtownie rewolucja technologiczna, w której centralne miejsce zajmuje rozwój technologii informacyjnych i telekomunikacyjnych. Drugim powodem jest dynamiczny rozwój tzw. wschodzących gospodarek, w szczególności w Azji Południowo-Wschodniej. Gospodarki Chin, Indii czy Brazylii stały się znaczącymi graczami w handlu międzynarodowym, między innymi dzięki taniej sile roboczej i gigantycznym bezpośrednim inwestycjom zagranicznym. Według raportu Światowej Organizacji Handlu (WTO)⁸ w roku 2003 Chiny osiągnęły ponad 6%

⁸ *World trade developments in 2003 and prospects for 2004*, WTO, Geneva, April 2005 (www.wto.org).

udziału w światowym eksporcie i po raz pierwszy zajęły miejsce Japonii jako największego rynku dla eksporterów z Azji i z Unii Europejskiej. W tym samym roku okazały się drugim największym importerem w Unii Europejskiej (po Stanach Zjednoczonych) i drugim największym importerem w Stanach Zjednoczonych (po Kanadzie).

Konkurencja w wymiarze międzynarodowym w ostatnich dekadach przybiera na sile. Pozycje dotychczasowych liderów gospodarki światowej są atakowane przez najbardziej dynamiczne gospodarki wschodzące. Do niedawna kraje te nazywano „Trzecim Światem” lub krajami rozwijającymi się. O ile największe potęgi gospodarcze świata ze względu na siłę swoich kapitałów (bezpośrednie inwestycje zagraniczne w gospodarkach wschodzących) i wysoki poziom rozwoju mogą podejmować skuteczną walkę konkurencyjną z nowymi rywalami, to kraje takie jak Polska, które odrabiają dystans rozwojowy, muszą podejmować wzmoczone wysiłki, by nie zostać wypartym z rynków międzynarodowych nie tylko przez Chiny, Indie czy Brazylię, ale także przez inne mniejsze kraje z wysoką dynamiką gospodarczą.

Nie wolno zapominać, że *motorami globalnej konkurencji są liberalizacja, prywatyzacja i deregulacja gospodarek*⁹. Inaczej mówiąc, konkurencja może się rozwijać i spełniać swoją pożyteczną rolę w gospodarce tylko w sprzyjających jej okolicznościach.

Strategie konkurowania

Procesy gospodarcze związane z konkurencją stały się przedmiotem dociekań nie tylko ekonomistów, ale również specjalistów nauk o zarządzaniu, szczególnie z perspektywy tworzenia i analiz strategii konkurowania. Warto w tym miejscu wymienić znaczącą pracę Michaela E. Portera zatytułowaną *Strategia konkurencji. Metody analizy sektorów i konkurentów*¹⁰, w której autor przedstawił między innymi pięć czynników konkurencji (sił ją napędzających) w sektorze. W krótkim czasie stały się one kanonem analiz strategicznych w naukach o zarządzaniu, a koncepcja pięciu sił napędzających konkurencję znalazła trwałe miejsce w podręcznikach zarządzania. Czynnikiem wyodrębnionym przez Portera są:

- rywalizacja między istniejącymi firmami,
- groźba nowych wejść,
- groźba substytucji,
- siła przetargowa dostawców,
- siła przetargowa nabywców.

Podejście Portera do analiz konkurencji oparte jest o syntezę wyników drobiazgowych badań empirycznych przeprowadzanych przez kilkadziesiąt zespołów

⁹ B. Wawrzyniak, Przedmowa do: Grupa Lizbońska, *Granice konkurencji*, Polska Fundacja Promocji Kadr, Poltext, Warszawa 1996, s. 5.

¹⁰ M.E. Porter, *Strategia konkurencji. Metody analizy sektorów i konkurentów*, PWE, Warszawa 1998.

badawczych na przedsiębiorstwach (głównie dużych korporacjach) w kilkunastu najważniejszych krajach świata. Inaczej mówiąc, w koncepcjach Portera zawarte są doświadczenia wielu setek przedsiębiorstw.

Przypisywanie pierwszorzędnej roli strategiom konkurowania jest dodatkowym impulsem wzmacniającym natężenie konkurencji we współczesnym świecie. Dzięki badaniom i koncepcjom Portera, a także innych autorów, rozszerzona została wiedza absolwentów studiów MBA, zaś kierownictwa przedsiębiorstw podchodzą do konkurowania w sposób profesjonalny, w którym niewiele pola pozostaje na spontaniczne działania bądź na improwizację.

Konkurencja a konkurencyjność

W polityce gospodarczej od pewnego czasu bardzo często stosowany jest termin „konkurencyjność”. Niektórzy mylą ten termin z „konkurencją” i stosują oba te pojęcia zamiennie. Według najbardziej ogólnej definicji przez konkurencyjność rozumie się *zdolność* do konkurowania, czyli umiejętność radzenia sobie przedsiębiorstw z konkurencją i z konkurentami na rynku. W definicji powyższej centralne znaczenie ma określenie konkurencyjności jako zdolności do sprostaniania konkurentom i innym wyzwaniom oraz warunkom pojawiającym się w globalnej gospodarce rynkowej. Podaje się wiele różnych dziedzin i aspektów działalności gospodarczej określających konkurencyjność, w których owa *zdolność do...* powinna mieć miejsce. Wymienia się takie aspekty jak¹¹:

- zdolność do rozwoju,
- zdolność do osiągania korzyści,
- zdolność do osiągania zysków,
- zdolność do osiągania przewagi konkurencyjnej,
- odporność na szoki wewnętrzne i zewnętrzne.

W polityce gospodarczej termin „konkurencyjność” pojawia się jako cel lub jeden z ważniejszych celów polityki gospodarczej. W takim jej traktowaniu prym wiodą międzynarodowe organizacje gospodarcze, takie jak Bank Światowy, OECD i Unia Europejska. Przykładem może być sformułowanie z tzw. Strategii Lizbońskiej¹². Ogłoszona w marcu 2000 r. w trakcie szczytu Unii Europejskiej stanowi *de facto* wieloletni program strategiczny przewidujący reformy i zmiany strukturalne w krajach członkowskich. Głównym celem Strategii Lizbońskiej jest stworzenie w Europie do roku 2010 najbardziej konkurencyjnej i dynamicznie rozwijającej się gospodarki świata, opartej na wiedzy, zdolnej do zrównoważonego rozwoju, tworzenia nowych i lepszych miejsc pracy i osiągnięcia większej spójności społecznej.

¹¹ B. Dobiegała-Korona, S. Kasiewicz, *Metody oceny konkurencyjności przedsiębiorstw*, w: *Uwarunkowania konkurencyjności przedsiębiorstw w Polsce, Materiały i Prace*, Instytut Funkcjonowania Gospodarki Narodowej, tom LXXIX, Szkoła Główna Handlowa, Warszawa 2000.

¹² europa.eu.int/comm/lisbon_strategy/intro_en.html.

W bardzo podobny sposób do celu Strategii Lizbońskiej sformułowano gospodarczy cel strategiczny dla Polski na lata 2004–2006 w przyjętym przez Radę Ministrów 14 stycznia 2003 r. Narodowym Planie Rozwoju¹³ (NPR). Poprawa konkurencyjności potraktowana została jako jeden z celów strategicznych polityki gospodarczej. NPR jako oficjalny dokument rządowy został opracowany w związku z koniecznością przedstawienia Komisji Europejskiej planowanych sposobów i kierunków wydatkowania funduszy unijnych w związku z przystępowaniem Polski do Unii Europejskiej. Sformułowania NPR są następujące: *Celem strategicznym Narodowego Planu Rozwoju jest rozwijanie konkurencyjnej gospodarki opartej na wiedzy i przedsiębiorczości, zdolnej do długofalowego, harmonijnego rozwoju, zapewniającej wzrost zatrudnienia oraz poprawę spójności społecznej, ekonomicznej i przestrzennej z Unią Europejską na poziomie regionalnym i krajowym*¹⁴.

Trudno wyobrazić sobie konkurencyjną gospodarkę bez konsekwentnego wprowadzania reguł konkurencji rynkowej. Na rynkach światowych będą wygrywały dynamiczne gospodarki cechujące się konkurencyjnością. W gospodarkach o niskiej konkurencyjności będzie panowała stagnacja gospodarcza, a poprawa dobrobytu społecznego będzie powolna.

Zagrożenia konkurencji

Konkurencja na rynku napotyka różne zagrożenia prowadzące do jej ograniczania i zniekształcania. Pierwszym i najbardziej znanym zagrożeniem jest monopol czy też uzyskiwanie dominującej pozycji na rynku przez jeden podmiot lub kilka podmiotów pozostających w zмовie. Sprawy takie są przedmiotem zainteresowań urzędów antymonopolowych i są objęte odpowiednimi regulacjami prawnymi i procedurami.

W gospodarce są jednak i inne zjawiska istotnie zakłócające konkurencję rynkową, które wybiegają poza bezpośrednie zainteresowanie urzędów antymonopolowych. Chodzi tu przede wszystkim o efekty istnienia szarej strefy gospodarczej i zjawisko korupcji.

U źródeł zjawiska szarej strefy gospodarczej leży reakcja przedsiębiorców na nadmierne regulacje w gospodarce. Przedsiębiorcy, którzy nie są w stanie sprostać regulacjom państwowym, głównie obciążeniom podatkowym i paropodatkowym (składki na ubezpieczenia społeczne) decydują się na działanie poza oficjalnym obiegiem gospodarczym albo w całości, albo częściowo, deklarując administracji gospodarczej zaniżone informacje o rozmiarach produkcji. Główny Urząd Statystyczny szacuje rozmiary tej części szarej strefy w Polsce na nieco mniej niż 15%. Innym przejawem szarej strefy gospodarczej, nieobejmowanym statystykami, są działania sprzeczne z prawem, takie jak przemyt, handel narkotykami, nielegalny hazard itd. Szara strefa

¹³ Polska. Narodowy Plan Rozwoju 2004–2006, Dokument przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 14 stycznia 2003 r., Warszawa luty 2003.

¹⁴ Ibidem, s. 64.

oznacza nieuczciwą konkurencję w gospodarce. W większości przypadków przedsiębiorstwa w niej funkcjonujące oferują nabywcom niższe ceny niż podmioty działające w oficjalnej gospodarce, gdyż ponoszone przez nie koszty produkcji są niższe z powodu niepłacenia podatków i obciążeń na ubezpieczenia społeczne. W rezultacie przedsiębiorcy, którzy przestrzegają prawa, często stają na straconych pozycjach w konfrontacji z szarą strefą. W Polsce najbardziej nią dotknięte są takie sfery działalności, jak budownictwo, naprawy samochodów, przemysł włókienniczy oraz niektóre usługi.

Podobne do szarej strefy spustoszenie w konkurencji sprawia korupcja, szczególnie korupcja wśród urzędników i decydentów gospodarczych. W ostatecznym rachunku sprowadza się ona do stawiania w gorszej sytuacji rynkowej przedsiębiorstw bardziej konkurencyjnych i promowania przedsiębiorstw mniej konkurencyjnych. Strata społeczna jest ewidentna: pogarsza się efektywność gospodarcza, wzrastają ceny (łapówka traktowana jest jako koszt), następuje demoralizacja przedsiębiorców i zniechęcenie do przestrzegania reguł uczciwej konkurencji.

Co roku ogłaszane są rankingi organizacji międzynarodowych prowadzących badania nad konkurencyjnością i poziomem korupcji w krajach świata – ranking konkurencyjności opracowywany przez Institute for Management Development z Lozanny oraz *Corruption Perception Index* publikowany przez Transparency International. Interesujące jest zestawienie rezultatów obu rankingów. Ujawnia się następująca prawidłowość: kraje o niskim wskaźniku korupcji mają wysoki wskaźnik konkurencyjności. Finlandia, państwo o najniższym od lat stopniu skorumpowania w świecie, zajęła ósme miejsce w rankingu konkurencyjności w roku 2004 i trzecie w roku 2003. Drugi najbardziej konkurencyjny w roku 2004 Singapur był piątym najmniej skorumpowanym krajem świata. Polska w ostatnich latach pogarsza swoje pozycje w obu rankingach. W roku 2004 zajęła 57. pozycję w rankingu konkurencyjności (na 60 krajów) i 67. pozycję w rankingu korupcji (na 146 krajów).

Przytoczone dane pokazują, jak czuła na korupcję jest konkurencyjność w kraju. Oczywiście poza tym wyznacza ją wiele innych czynników, konkurencyjność jednak stanowi wymowny miernik jakości instytucji w kraju. Polska jest krajem, który nadrabia dystans rozwojowy wobec praktycznie wszystkich krajów UE. Niska pozycja w międzynarodowych porównaniach konkurencyjności i najgorsza w Unii pod względem natężenia korupcji wyraźnie pokazują, jak wiele wysiłku należy włożyć w naprawę instytucji państwa i mechanizmów rynkowych. Ochrona konkurencji zajmuje ważne miejsce w katalogu niezbędnych działań, choć stanowi w nim tylko jeden element.

Edward Stawicki

KONKURENCJA W HANDLU

Szybki wzrost znaczenia handlu sieciowego jest zjawiskiem wywołującym spory nie tylko w Polsce. Wydawało się, że większość krajów europejskich ma już za sobą debatę nad skutkami gospodarczymi i społecznymi wzrostu stopnia koncentracji w handlu i wypracowało w tej kwestii stanowisko, mające odzwierciedlenie w ich systemach prawnych. Tymczasem, w wyniku nasilenia się procesów fuzji i przejęć oraz autonomicznego wzrostu sieci handlowych w ostatnich dwóch dekadach ubiegłego wieku, w wielu z tych krajów podejmuje się badania koncentracji handlu i dokonuje ponownej oceny skutków gospodarczych tego zjawiska¹. Czy niepokój, leżący u podstaw tego ponownego ożywienia dyskusji wokół supermarketów, jest uzasadniony? Celem niniejszego artykułu jest prezentacja niektórych ustaleń nauk ekonomicznych oraz badań empirycznych w zakresie zmian strukturalnych handlu w Europie, a na tym tle ocena stopnia zaawansowania procesów jego koncentracji w Polsce. Dokonana zostanie ona w oparciu o wyniki wstępnych badań stanu konkurencji i koncentracji w handlu detalicznym artykułami spożywczymi.

¹ Dobrym przykładem może być Wielka Brytania, kraj mający do niedawna bardzo liberalny stosunek do procesów koncentracji w handlu. Brytyjskie organy ochrony konkurencji stwierdziwszy jeden z wyższych w Europie stopni koncentracji handlu detalicznego, tylko u schyłku lat dziewięćdziesiątych przeprowadziły trzy gruntowne badania: *Competition in Retailing* – OFT 1997, *Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power* – OFT 1998, *Supply of Groceries from Multiply Stores in the U.K.* – CC 2000. W następstwie tych badań opracowano „kodeks dobrych praktyk supermarketów”, a już w 2003 r. przeprowadzono badania stopnia przestrzegania kodeksu, czego następstwem jest opublikowany w styczniu 2004 r. raport: *The Supermarkets Code of Practice* – OFT 2004.

Siła nabywcy

Skutki rosnącej siły sieci handlowych odczuwane są głównie przez dostawców. Bez względu na własną siłę ekonomiczną (potencjał ekonomiczny i udział w rynku) uzyskują oni w większości gorsze warunki za swe produkty sprzedawane sieciom niż w dostawach do innych, nawet dużych, ale rozproszonych odbiorców². Stąd częste, wnoszone również do polskiego organu antymonopolowego, skargi na nieuczciwe i niekiedy dyskryminująco niskie ceny zakupu, na odległe terminy płatności, na pobieranie nieumówionych opłat, na wymuszanie opatrywania własnych produktów oznaczeniem sprzedawcy itd. Skarżą się też drobni detaliści – twierdząc, że sieci handlowe nieuczciwie kształtują ceny sprzedaży (nazywając ich ceny dumpingowymi), prowadzą nieustające promocje i przeceny. „Drapieżne” warunki handlu dyktowane przez sieci są szczególnie groźne dla przedsiębiorców małych i średnich – w wielu wypadkach oznaczają balansowanie na granicy opłacalności produkcji i sprzedaży. Przedsiębiorstwa duże, zwłaszcza mające silną pozycję rynkową, rekompensują sobie gorsze warunki dostaw do sieci na innych odbiorcach.

Co zatem sprawia, że przedsiębiorcy organizujący sieci handlowe mają tak dużą przewagę kontraktową? Klasyczne teorie ekonomii wiążą siłę rynkową z pozycją przedsiębiorcy na rynku. Tymczasem poszczególni operatorzy sieci handlowych, działając najczęściej w konkurencyjnym otoczeniu, zwykle nie dysponują znaczącą pozycją rynkową. Uzyskują jednak od swoich dostawców warunki, jakie dotąd mogli na dostawcach wymusić jedynie przedsiębiorcy działający w warunkach *monopsonu* (sytuacji rynkowej, w której jeden nabywca działa w otoczeniu wielu sprzedawców). Właśnie teoria monopsonu była pierwotnie stosowana dla tłumaczenia fenomenu nazwanego później *siłą nabywcy*³.

Definicja siły nabywcy ewoluowała. Początkowo definiowano ją jako *sytuację, w której jedno lub grupa przedsiębiorstw, bądź w wyniku posiadania pozycji dominującej, bądź posiadania strategicznego znaczenia, bądź dysponowania przewagą płynącą z jego (ich) rozmiaru lub innych charakterystyk, jest zdolne do uzyskiwania od swoich dostawców bardziej korzystnych warunków, niż warunki dostępne innym kupującym*⁴. Obecnie akceptuje się definicję wypracowaną przez Komitet Ekspertów OECD do spraw Restrykcyjnych Praktyk Gospodarczych: *detalista dysponuje siłą nabywcy, jeżeli w odniesieniu do przynajmniej jednego dostawcy, dysponuje możliwością użycia groźby*

² W toku postępowania prowadzonego w 2002 r. przez UOKiK, którego przedmiotem były warunki systemu dystrybucji jednego z krajowych dostawców artykułów spożywczych, mającego prawie monopolistyczną pozycję rynkową stwierdzono, że również tak silne przedsiębiorstwo ulegało sile sieci handlowych. Uzyskiwały one wyższe rabaty zależne od obrotu niż odbiorcy „niesieciowi”. Sieci narzucały temu przedsiębiorcy dodatkowe uciążliwe warunki związane z opłatami za promocje, za zwroty, za utrzymywanie ciągłości sprzedaży itd.

³ R.D. Blair, J.L. Harrison, *The measurement of monopsony power*, Antitrust Bulletin, 1992, vol. 133 oraz *Buying Power: The exercise of market power by dominant buyers*, Raport dla OECD, Paryż 1982.

⁴ Raport OECD (1982), op. cit., par. 22.

pozwalającej narzucić długookresowe koszty lub korzyści będące w rażącej dysproporcji do tych kosztów i korzyści, jakie uzyskuje jego kontrahent⁵. Jak widać, aktualna definicja jest dużo pojemniejsza – już nie tylko korzystniejsze od innych kupujących warunki zakupu są przejawem tej siły. Dowodzi jej rażąca dysproporcja korzyści (w tym unikniętych kosztów) między stronami transakcji.

Niewątpliwie, kluczowe znaczenie dla uzyskiwania efektu siły nabywcy ma wielkość kanału dystrybucji (sieci handlowej). Działa tu bowiem klasyczna zależność wielkości przedsiębiorstwa dokonującego zakupu (łącznej wartości transakcji) i warunków, jakie może ono uzyskać. Ale jakie inne czynniki pozwalają uzyskiwać efekty przekraczające „zwykłe efekty skali”? Teoria nie ma w tej kwestii jednoznacznej odpowiedzi⁶. Sądzić należy, że najbliższa jej wyjaśnieniu jest teoria nazywana „zwierciadlanym odbiciem oligopolu” – teoria *oligopsonu* (struktury rynku, w której działa niewielu kupujących i wielu rozproszonych sprzedawców). Zgodnie z nią, im większy jest stopień koncentracji rynku, tym większa jest zdolność nabywców wymuszania obniżek cen poniżej poziomu cen konkurencyjnych. Zdolność ta jest tym większa, im niższa jest elastyczność cenowa podaży (reakcji dostawców na warunki dyktowane przez odbiorców). Przez analogię do warunków funkcjonowania oligopolu, dla istnienia oligopsonu konieczne jest spełnienie jeszcze jednego warunku – istnienia barier wejścia na rynek nabywców.

Badania zlecane przez europejskie organy ochrony konkurencji nie dają podstaw do jednoznacznej oceny długookresowych gospodarczych skutków wzrostu koncentracji w handlu. W kwestii skutków krótkookresowych dominuje przekonanie o konieczności zindywidualizowania tej oceny. Wyraża się też pogląd, że tak długo, jak istnieje konkurencja między sieciami, tak długo nadzwyczajne korzyści uzyskiwane przez nie w procesie zakupów są w większości transferowane do konsumentów. W takiej sytuacji są oni więc głównymi beneficjentami całego systemu współczesnego handlu. Dostrzegane są również inne skutki makroekonomiczne – rozwój sieci handlowych wymusza postęp (redukcję kosztów i wzrost innowacyjności) w sferze produkcji i dystrybucji⁷. Jednakże, przyspieszające ostatnio procesy koncentracji w handlu i upowszechnianie się technik funkcjonowania organizacji handlowych rodzą obawy o to, czy już w najbliższej przyszłości jedynymi beneficjentami przewagi kontraktowej nad dostawcami – siły nabywcy – nie będą sami tylko nieliczni operatorzy sieci handlowych oraz czy w efekcie ich siła nie zostanie użyta przeciwko konsumentom i całej gospodarce⁸. I to nie tylko przez możliwość dyktowania wyższych cen, co jest groźne chociażby dlatego, że może być samoistnym źródłem inflacji, ale również

⁵ Raport OECD: *Buyer Power of Large Scale Multiproduct Retailers*, Paryż 1998.

⁶ Przegląd rozwoju myśli ekonomicznej w tym zakresie za: Raport OFT (1998), s. 8–33.

⁷ Raport Komisji Europejskiej: *Buyer Power and its Impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union*, 1999, s. 148 i dalsze (dostępny tylko w wersji elektronicznej: europa.eu.int/comm/competition/publikations/studies/bpirrs).

⁸ Raport OFT (1998), s. 5.

przez ograniczanie asortymentu dostępnych dóbr (w wyniku podnoszenia dostawcom barier dostępu do rynku). Obawę tę definiuje się jako możliwość przeniesienia *siły nabywcy* na *siłę sprzedawcy* i jednocześnie nadużywanie obu tych sił⁹.

Obawy te wyrażała też Komisja Europejska w swych orzeczeniach dotyczących fuzji sieci handlowych. Jakkolwiek nigdy nie zablokowała zgłoszonych jej łążeń – żaden z projektów nie doprowadziłby do uzyskania pozycji dominującej stron transakcji – to jednak wielokrotnie, formułując warunki zgody, uzasadniała je koniecznością obniżenia ich siły nabywcy¹⁰. Zostały one najwyraźniej sformułowane w orzeczeniu *Carrefour/Promodes*¹¹. Komisja stwierdziła, że zamierzona koncentracja może ograniczyć konkurencję i to nie tylko w sferze handlu (*downstream market*), ale również w sferze zaopatrzenia (*upstream market*). Do przesłanek oceny skutków rosnącej siły nabywcy dla konkurencji Komisja dodała dwie nowe okoliczności: *efekt spirali* i *punkt zagrożenia*.

Efekt spirali, w opinii Komisji, jest i źródłem i skutkiem przyspieszenia koncentracji w handlu. Fuzje sieci prowadzą do wzrostu rozmiarów tych firm, co daje im możliwość uzyskiwania od dostawców większych rabatów, a to prowadzi do możliwości zaoferowania konsumentom niższych cen. Dzięki temu rośnie ich pozycja rynkowa – stopniowo eliminowani są zwłaszcza drobniejsi rywale. To zaś oznacza możliwość dotarcia do większej liczby konsumentów i zwiększenie rozmiarów rabatów... Jakkolwiek Komisja nie wsparła swej hipotezy badaniami dotyczącymi zwłaszcza związku między fuzjami a upadkiem drobnych przedsiębiorców (ewentualny brak takiego związku, jakkolwiek mało prawdopodobny, dowodziłby nieuchronności koncentracji, jako wyniku autonomicznego wzrostu przedsiębiorstw), to bezspornym zjawiskiem jest, w większości europejskich państw, spadek liczby jednostek handlu detalicznego¹².

Punkt zagrożenia jest wielkością hipotetyczną – badania winny pomóc ustalić taki punkt uzależnienia dostawcy od jednego odbiorcy, mierzony poziomem utraconych dochodów, którego przekroczenie oznaczałoby poważne zagrożenie bankructwem. Koncepcja punktu zagrożenia jest rozwinięciem teorii zależności ekonomicznej, według której, najogólniej mówiąc, dostawca jest uzależniony od swojego odbiorcy, gdy jego (dostawcy) rozwój i wzrost sprzedaży jest warunkowany akceptacją gorszych warunków sprzedaży, bowiem dostawca ten miał ograniczone (lub żadne) możliwości ulokowania tej nowej części dostaw u innych odbiorców. Badania ustalające przeciętny punkt zagrożenia, z oczywistych powodów różny dla różnych rynków właściwych, miałyby ten walor praktyczny, że pozwoliłyby ustalić krytyczny – z punktu widzenia dostawców

⁹ Raport OFT (1998), s. 37; Raport KE (1999), s. 23; Raport OECD (1998), s. 13.

¹⁰ Przegląd orzeczeń europejskich organów ochrony konkurencji w odniesieniu do handlu w niepublikowanym raporcie dla UOKiK: B.M. Kasztelan-Świetlik, P. Lissoń, *Orzecznictwo organów Unii Europejskiej w zakresie handlu detalicznego, ze szczególnym uwzględnieniem handlu niespecjalistycznego*, grudzień 2003.

¹¹ Sprawa M 1684, Dz. Urz. WE 2000 C 164.

¹² Raport KE (1999), *op. cit.*, s. 40–41.

– poziom udziału w rynku jednego przedsiębiorstwa handlowego. Przekroczenie tego progu oznaczałoby bowiem taki wzrost siły przetargowej nabywcy, że stanowiłoby „śmiertelne” zagrożenie dla dostawców. Nie sposób dzisiaj orzec, czy punkt ten jest w przybliżeniu równy punktowi dominacji (dominującej pozycji rynkowej). Wiele jednak wskazuje na to, że dla wielu rynków właściwych, punkt ten byłby położony o wiele bliżej. Domniemanie to ma swoje uzasadnienie w fakcie spotęgowania siły nabywcy wielkich sieci handlowych poprzez tworzenie przez nie wspólnych grup zakupowych i uczestnictwo w aliansach strategicznych¹³.

Sięciowy handel detaliczny w Polsce w roku 2004

W minionych piętnastu latach transformacji ustrojowej i gospodarczej bardzo znaczące zmiany strukturalne odnotował również polski handel. Jednym z ważniejszych nowych zjawisk jest rosnące znaczenie handlu sieciowego. Nieustająco rosną liczby zorganizowanych w sieci supermarketów, hipermarketów i sklepów dyskontowych. Coraz częstsze są również transakcje przejmowania sieci. Jednocześnie otwarcie niemal każdego nowego marketu czy galerii handlowej ożywia społeczną dyskusję o celowości rozwoju handlu wielkopowierzchniowego. Odbiciem tych nastrojów jest fakt, iż aktualnie Sejm pracuje nad dwoma projektami ustaw mających na celu ograniczanie jego rozwoju¹⁴.

W drugiej połowie 2004 r. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, we współpracy z zespołem badawczym Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, przeprowadził badania nt. *Koncentracja i konkurencja w handlu artykułami spożywczymi i artykułami powszechnego użytku w Polsce, ze szczególnym uwzględnieniem sieci handlowych*. Chodziło przede wszystkim o ocenę, w jakim stopniu procesy koncentracji zachodzące w polskim handlu odpowiadają jego strukturalnym zmianom w krajach gospodarki rynkowej. Badania miały też na celu dostarczenie specyficznej, odpowiadającej potrzebom Urzędu wiedzy, niezbędnej w postępowaniach związanych z oceną zgłaszanych fuzji i przejęć w tym sektorze. Nie mniej istotnym celem badania była weryfikacja niektórych sygnałów o niepokojących zakłóceniach konkurencji na tym rynku, płynących zwłaszcza od dostawców sieci handlowych.

Badaniami objęto 52 największych – przyjmując kryterium obrotów – operatorów sieci detalicznych, którzy prowadzili łącznie 7100 jednostek handlowych, w tym:

- 3986 sklepów osiedlowych – badania, według szacunków, objęły 33% jednostek handlowych tego segmentu,

¹³ Raport KE (1999), *op. cit.*: w 9 spośród 15 krajach członkowskich Unii stwierdzono istnienie wspólnych grup zakupowych tworzonych przez największe sieci handlowe (s. 72), wszystkie z liczących się sieci handlowych (a do takich zaliczono 56 sieci) należały do przynajmniej jednego aliansu strategicznego, mającego między innymi za zadanie koordynację zakupów – największy z aliansów (AMS) grupuje sieci o łącznym obrocie 65 mld euro, co stanowi 8,5% wartości wszystkich europejskich transakcji detalicznych (s. 73, 172–182).

¹⁴ Poselskie projekty ustaw o wielkopowierzchniowych obiektach handlowych – druki sejmowe nr 3131 i 3281.

- 1005 sklepów dyskontowych – badania objęły 100% ogólnej liczby,
- 1907 supermarketów, czyli ok. 93% ogólnej ich liczby,
- 202 hipermarkety – ok. 76% ogólnej liczby.

Segmenty super- i hipermarketów można zaliczyć do rynków średnioskcentrowanych (wskaźnik HHI w przedziale 1339–1516)¹⁵, natomiast sklepów dyskontowych – wysokoskoncentrowanych (w roku 2003 HHI – 4152).

Tablica 1. Wskaźnik HHI dla poszczególnych segmentów rynku

Typ sieci	2003	2002
hipermarkety	1458	1467
supermarkety	1339	1516
sklepy dyskontowe	4152	5306

W 2003 r. poziom koncentracji rynkowej we wszystkich segmentach rynku uległ zmniejszeniu – wskaźnik HHI spadł, najbardziej w segmencie sklepów dyskontowych (o 22%). Już to wskazuje, że rynki sieciowego handlu detalicznego artykułami spożywczymi są nadal rynkami rozwijającymi się. Można więc tu oczekiwać nowych wejść znaczących – w skali światowej – operatorów sieci handlowych. Nasili się również tendencja wkraczania przedsiębiorców działających w segmencie hipermarketów i supermarketów do segmentów sieci o mniejszej skali działalności (supermarketów i sklepów dyskontowych). Tę tezę można wyprowadzić z deklaracji badanych przedsiębiorców, co do dalszych ich planów rozwojowych. Większość z nich wskazuje na zamierzenia rozbudowy sieci handlowych, przy czym najsilniej rozwijającymi się segmentami tego rynku będą: rynek sklepów dyskontowych oraz supermarketów. Zewnętrzne analizy wskazują (tendencja ta nie została odnotowana w badaniach), że jedynie segment hipermarketów osiągnął już tak duży stopień nasycenia, że nie należy oczekiwać znaczących wejść i powstawania znaczącej ilości nowych jednostek handlowych, chociaż w obrębie tego segmentu rynku zachodzić będą dalsze procesy konsolidacji¹⁶.

Łączny udział w rynku pięciu największych operatorów sklepów wielkopowierzchniowych (wskaźnik CR-5) wyniósł w 2003 r. ok. 40,8%, a w 2002 – ok. 42,1%. Poziom koncentracji polskiego handlu detalicznego jest porównywalny z koncentracją handlu w Hiszpanii i we Włoszech, jest jednak zdecydowanie niższy (w skrajnych przypadkach ponad dwukrotnie) niż w większości krajów

¹⁵ HHI – indeks koncentracji (Hirschman Herfindahl Index) – miara poziomu koncentracji, liczona jako suma kwadratów udziałów wszystkich uczestników rynku. Rynki uważa się za mające niski poziom koncentracji, jeżeli HHI jest niższy od 1200 punktów. W sytuacji pełnego monopolu indeks ten wynosi 10 000.

¹⁶ *Retailers argued to downsize to tap polish growth*, za: www.fooddrinkeurope.com.news.

„starej Unii”¹⁷.

Tablica 2. Wskaźnik udziału w rynku pięciu największych operatorów sklepów wielkopowierzchniowych (CR-5) w Polsce i krajach „starej Unii”

	CR-5	Zmiana w ostatnich latach
Austria	79	+ 14
Belgia/Luksemburg	57	+ 1
Dania	78	b.d.
Finlandia	96	+ 3
Francja	67	+ 7
Grecja	59	b.d.
Holandia	79	0
Hiszpania	38	+ 11
Irlandia	50	b.d.
Niemcy	75	+ 10
Portugalia	52	b.d.
Szwecja	87	+ 24
Wielka Brytania	67	+ 7
Włochy	30	b.d.
Polska	40,8	-1,3

W badaniach nie ustalano udziałów poszczególnych sieci handlowych w odpowiednich dla nich segmentach rynków lokalnych. Badania uwzględniały wyłącznie ogólnokrajowy zasięg rynku. Jedynie w segmencie sklepów dyskontowych funkcjonuje podmiot mający pozycję dominującą – jest nim Biedronka, mająca udział 60–70% (gdy udział ten mierzony jest zarówno liczbą sklepów, obrotami, powierzchnią sprzedaży, jak i zatrudnieniem)¹⁸. W pozostałych segmentach rynku największymi operatorami sieci byli:

- w segmencie hipermarketów – Tesco (z udziałami mierzonymi: obrotami, powierzchnią sprzedaży i liczbą sklepów, w wielkości od 10 do 20%) oraz Kaufland (z udziałem, mierzonym liczbą sklepów na poziomie 10–20%),
- w segmencie supermarketów – Albert i grupa operująca sieciami Champion i Globi (obie z udziałami mierzonymi obrotami na poziomie 20–30%, a powierzchnią sprzedaży z udziałami 10–20%); wyróżniająco dużym operatorem jest również Intermarche, z udziałem mierzonym powierzchnią sprzedaży na poziomie 10–20%,

¹⁷ Raport KE (1999), s. 45. CR-5: ostatni ustalony, wszystkie sprzed roku 1998; zmiany: dla każdego z krajów w różnym okresie, w większości 6–8 lat, za wyjątkiem Szwecji – 11 lat.

¹⁸ Ze względu na ochronę danych, w niniejszym opracowaniu udziały w rynku podano poprzez określenie przedziału procentowego, nie zaś w ich faktycznej wysokości.

- największym operatorem w segmencie sklepów osiedlowych jest Lewiatan – posiadający sieć ponad 1600 sklepów – z udziałem 10–20% (pod względem zarówno liczby sklepów, jak i obrotów) oraz Żabka, posiadająca ponad 1200 sklepów; jej udział w rynku wynosi 10–20% (liczba sklepów i obroty).

Z punktu widzenia wymogów definiowania rynku właściwego w postępowaniach antymonopolowych, określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, hipermarkety, supermarkety, sklepy dyskontowe oraz sklepy osiedlowe i inne rozproszone punkty handlowe prowadzące detaliczny handel artykułami spożywczymi są rynkami odrębnymi (w terminologii ustawy: odrębnymi rynkami produktowymi). Podobnie, w zakresie handlu hurtowego artykułami spożywczymi odrębne rynki stanowią hurtownie typu cash & carry oraz klasyczne hurtownie. Badania potwierdziły celowość stosowania w polskich warunkach segmentacji tego rynku ustalonej w orzecznictwie europejskim. W postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji należy badać udział przedsiębiorców zarówno we właściwych segmentach rynku lokalnego, jak i krajowego.

Jak już wskazano, jednym z celów badań było zweryfikowanie zasadności opinii o nadużywaniu przez operatorów sieci ich siły przetargowej (siły nabywcy) w relacjach z dostawcami. Ta część badań jest wynikiem analizy odpowiedzi 104 dostawców sieci handlowych (ankiety rozesłano do 120 przedsiębiorców) oraz konfrontacji tam zawartych opinii z odpowiednimi stwierdzeniami ich operatorów. Dobór reprezentantów dostawców oparto na analizie wskazań operatorów, proszonych o informację o trzech najpoważniejszych kontrahentach w każdej wyróżnionej grupie asortymentowej. Dobór próby miał charakter celowy – do badania wytypowano najczęściej wskazywanych dostawców. Jej część (około 15%) stanowili celowo wybrani lokalni dostawcy artykułów o najniższej trwałości.

Wyniki badań relacji sieci handlowych z dostawcami zmuszają do poważnej refleksji, dalszych systematycznych badań i stosownie do ich wyników podejmowania działań legislacyjnych.

Najczęściej kwestionowany warunek umów stanowią opłaty, które dostawcy są zmuszeni ponosić na rzecz sieci handlowych. Jako szczególnie uciążliwe i pozbawione podstaw wskazywano: opłaty za indeks (wprowadzenie każdego nowego produktu do rejestrów operatora – zwykle pobierana jest za każdą jednostkę handlową, tj. jednostkowe opakowanie, opłata za wprowadzenie produktu na półkę i tak zwane opłaty stałe – najczęściej liczone jako procent od obrotów (z reguły 1–2%). W ramach tej ostatniej opłaty producent lub hurtownia może otrzymać bezpłatną promocję w gazetce lub nieodpłatne zorganizowanie akcji degustacyjnej. Niektórzy operatorzy pobierają jeszcze dodatkowe opłaty związane z audytem jakościowym w zakładzie produkcyjnym dostawcy oraz różnymi akcjami promocyjnymi. Łączna przeciętna wartość tych opłat wynosi 5,4% wartości kontraktu.

Aż 31% dostawców zadeklarowało, że zdarza się, iż ich produkty są sprzedawane w sklepach sieciowych po cenach niższych od cen zbytu. Dostawców

poproszono także o odpowiedź na pytanie, czy w umowach z organizatorami sieci handlowych lub odbiorcami będącymi ich uczestnikami byli zobowiązani do udzielenia gwarancji, że żaden z pozostałych odbiorców nie uzyska cen niższych niż wynegocjowane z danym operatorem. Wspomniane klauzule są wykorzystywane przez zdecydowaną mniejszość operatorów sieci. Część dostawców deklarowała jednak, że spotyka się z tego rodzaju propozycjami ze strony sieci handlowych, jednak są one odrzucane w procesie negocjacji.

Zarówno operatorzy jak i dostawcy zadeklarowali, że przeciętna długość rzeczywistego terminu zapłaty za dostarczone towary mieści się w przedziale od 30 do 44 dni. Należy podkreślić, że te wyniki badań stoją w sprzeczności z wieloma sygnałami medialnymi, stwierdzającymi drastyczne wydłużanie okresów płatności dostawcom. Nie zmienia to jednak faktu, że ustawa z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. Nr 139, poz. 1323) nie jest w pełni respektowana przez operatorów sieci handlowych. Najdłuższe terminy płatności wymuszają sieci sklepów dyskontowych – deklarowane przez ankietowanych dostawców były często dwukrotnie dłuższe od zapisanego w umowie.

Kolejnym newralgicznym punktem w relacjach między dostawcami a sieciami handlowymi jest finansowanie akcji promocyjnych. Aż 40% ankietowanych zadeklarowało, że spotkało się z praktykami wymuszania organizacji minimalnej liczby akcji promocyjnych. Tego typu rozwiązania stosowane są przez prawie wszystkie sieci handlowe i stanowią element każdej umowy. Dodatkowo aż 28% dostawców spotkało się z sytuacją, w której obciążani byli kosztami niezamówionych promocji.

Bardzo poważnie należy potraktować informację zgłoszoną przez aż 60% ankietowanych dostawców, że wytwarzają oni produkty, które później są sprzedawane w sieciach pod markami handlowymi sprzedawcy. Asortyment tak sprzedawanych towarów jest bardzo szeroki, przy czym zdecydowanie dominują w tym przypadku artykuły żywnościowe.

Zdecydowana większość dostawców zadeklarowała, że umowy przygotowywane są na wzorcach narzucanych przez operatorów sieci handlowych, a ponad 23% ankietowanych zgłasza, że wszystkie podpisane przez nich umowy zostały zawarte na wzorcach sieci.

Każdy z ankietowanych dostawców był również proszony o wskazanie trzech operatorów sieci, z którymi współpraca układa mu się najlepiej i trzech, których uznaje za najgorszych w tym zakresie. Pytanie to dostawcom zadano mimo obawy, że najliczniej wskazywane będą sieci mające największą liczbę placówek handlowych. Uzyskane odpowiedzi nie potwierdziły tych obaw. Sieci sklepów osiedlowych i supermarketów mające najbardziej rozbudowaną sieć handlową nie były wskazywane najczęściej. Takimi były sieci zaliczane do mających największe obroty.

Ważnym aspektem współpracy w kanale dystrybucji jest także obsługa reklamacji. Badania pokazują, że reklamacje nie stanowią źródła konfliktów pomiędzy

uczestnikami łańcucha dostaw. Dostawcy z reguły mają opracowane szczegółowe procedury postępowania.

Badania nie potwierdziły hipotezy, że zagraniczni właściciele sieci preferują zagranicznych dostawców.

Swoistego rodzaju podsumowaniem badań jest stwierdzenie, że aż 44,6% dostawców w ostatnich trzech latach zrezygnowało ze współpracy z jakąś siecią handlu detalicznego. Jako najważniejsze przyczyny zaprzestania dostaw wskazywano: zbyt wysokie wymagania cenowe oraz wygórowane żądania sieci w zakresie budżetu na promocje.

Konkluzje

Biorąc pod uwagę doświadczenia krajów europejskich, Polska jest jeszcze w połowie drogi do osiągnięcia ich poziomu koncentracji handlu. Jest bowiem wysoce prawdopodobne, że w najbliższych kilkunastu latach koncentracja handlu w Polsce osiągnie przeciętny europejski poziom (CR-5 może wynieść 70–80%)¹⁹. Czy tego chcemy? Z pewnością należy analizować doświadczenia innych krajów. Prowadzić również własne, pogłębione badania²⁰. Wnioski z nich płynące winny być jedyną podstawą polityki państwa wobec handlu sieciowego. Organy państwa, w tym szczególnie odpowiedzialne za rozwój i ochronę konkurencji, winny więc rozważyć czy postulować wprowadzenie narzędzi przeciwdziałających nadmiernej koncentracji, czy też, w miarę potrzeb, jedynie regulacji uniemożliwiających sieciom drapieżne zachowania rynkowe²¹.

¹⁹ O stopniu nasycenia handlu sklepami wielkopowierzchniowymi decydują też najprawdopodobniej tradycje i kultura danego kraju. Chyba nie bez przyczyny bowiem kraje basenu Morza Śródziemnego mają niski poziom koncentracji, a Skandynawia, generalnie, bardzo wysoki. Niepowstrzymanie koncentracji w handlu (oczywiście, o ile proces ten w ogóle można skutecznie powstrzymać) doprowadzić może do koncentracji charakterystycznej dzisiaj dla Niemiec, Austrii lub Holandii.

²⁰ Na przykład: przeprowadzić szeroko zakrojone badania satysfakcji konsumentów, zbadać skutki drapieżnej polityki cen dla rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, skonfrontować skargi dostawców ze stanowiskami operatorów sieci, zbadać, czy istnieje korelacja między fuzjami operatorów sieci a procesami likwidacji sklepów najmniejszych rozmiarów, próbować określić tzw. punkt krytyczny dla różnych rynków właściwych itd.

²¹ W porządkach prawnych kilku państw istnieją przepisy pozwalające na ściganie nadużywania siły nabywcy oparte na koncepcji „zależności ekonomicznej”. Takie rozwiązania funkcjonują we Francji, Niemczech, Portugalii, Hiszpanii i Grecji – Raport KE (1999), *op. cit.* s. 34 i dalsze. Godne zainteresowania mogą się także okazać doświadczenia brytyjskie – wprowadzenia kodeksu dobrych praktyk, jednak nie w formie samoregulacji podejmowanych przez sektor, a w formie bardziej tych przedsiębiorców wiążącej – podejmowania indywidualnych zobowiązań stosowania kodeksu.

WYBRANE ASPEKTY PRAWA I POLITYKI KONKURENCJI

Tadeusz Skoczny

W SPRAWIE MODERNIZACJI STOSOWANIA ZAKAZU NADUŻYWANIA POZYCJI DOMINUJĄCEJ

1. Wprowadzenie

1. W latach 1999–2004 dokonana została we Wspólnocie Europejskiej **gruntowna reforma**¹ **systemu stosowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję** (art. 81 i 82 TWE i rozporządzenie 17/62²) **oraz przeciwdziałania nadmiernej koncentracji** (rozporządzenia 4064/89³), której finalnym etapem było wejście w życie z dniem 1 maja 2004 r. rozporządzeń 1/2003⁴ i 139/2004⁵.

¹ Piszę o tym szeroko w: *Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1 maja 2004 r. (w świetle wspólnotowych rozporządzeń nr 1/2003 i 139/2004 oraz nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2004 r.)*, Kwartalnik Prawa Publicznego Nr 2/2004, s. 151–182; por. także cyt. tam literaturę.

² Rozporządzenie Rady Nr 17 z 6 lutego 1962 r. Pierwsze rozporządzenie wykonawcze do art. 81 i 82 TWE (Dz.Urz. 1962 13 204/62), zmienione rozporządzeniem 1216/1999 (Dz.Urz. WE L 18/5).

³ Rozporządzenie Rady (EWG) Nr 4064/89 z 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. WE 1989 L 391), zmienione rozporządzeniem 1310/97 (Dz.Urz. WE 1997 L 180/1).

⁴ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.Urz. WE L 1/1).

⁵ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE 2004 L 24/1).

W drodze zmian legislacyjnych wynikających początkowo z obowiązku zbliżenia prawa krajowego do prawa wspólnotowego⁶, a potem z obowiązków nałożonych rozporządzeniami 1/2003 i 139/2004, podstawowe założenia i rozwiązania tej reformy zostały wprowadzone również w Polsce. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.⁷, zmieniona nowelą z 2004 r.⁸, umożliwia stosowanie wspólnotowych i polskich zakazów praktyk ograniczających konkurencję (art. 5–11 uokik) oraz polskich przepisów w sprawie prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorstw (art. 12–23 uokik) w sposób zbieżny z prawem i orzecznictwem wspólnotowym.

2. Jak wiadomo, reforma systemu stosowania wspólnotowych zakazów praktyk ograniczających konkurencję dotyczyła przede wszystkim stosowania art. 81 TWE (względnego zakazu porozumień ograniczających konkurencję) i polegała – w sensie formalnym – na zastąpieniu systemu zgłoszeń (*notifications*) i wyłączeń indywidualnych (*individual exemptions*) takich porozumień systemem wyłączeń legalnych (normatywnych), dochodzących do skutku w drodze przeprowadzanej przez strony porozumień ograniczających konkurencję samooceny spełniania przesłanek art. 81 ust. 3 TWE i stosownych rozporządzeń zawierających tzw. wyłączenia grupowe (*block exemptions*), a w sensie materialnym – na ostatecznym zaakceptowaniu prymatu analizy (samooceny) ekonomicznej skutków porozumień ograniczających konkurencję z punktu widzenia nadrzędnego celu ochrony konkurencji, którym jest tzw. **dobrobyt konsumentów** (*consumer welfare*)⁹.

3. Wspólnotowa **reforma** systemu stosowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję **objęła zakaz nadużywania pozycji dominującej** (art. 82 TWE) **tylko w niewielkim stopniu**. Stało się tak przede wszystkim dlatego, że art. 82 TWE od początku w całości był stosowany i skutkował bezpośrednio, a więc mógł być egzekwowany także na drodze prywatnoprawnej przed sądami powszechnymi państw członkowskich, a na drodze publicznoprawnej – tylko w trybie kontroli *ex post*, głównie przez Komisję Europejską. Rozporządzenie 1/2003 utrzymało te zasady, rozciągając jedynie prawo do dokonywania oceny (*ex post*) naruszeń art. 82 TWE na właściwe krajowe (głównie administracyjne) organy ochrony konkurencji.

⁶ Por. art. 63–70 Układu ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską z jednej strony a Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi z drugiej strony, podpisanego w Brukseli 16 grudnia 1991 r. (Dz.U. z 1994 r., Nr 11, poz. 38). Por. także komentarz do art. 63–65 Układu w: *Komentarz do Układu Europejskiego*, pod red. naukową C. Banasińskiego i J.A. Wojciechowskiego, URM, Warszawa 1994, s. 159–185 i 195–201.

⁷ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji konsumentów (Dz.U. t.j. z 2003 r., Nr 86, poz. 804 ze zm.).

⁸ Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 93, poz. 891).

⁹ Jednym z ubocznych efektów tej reformy jest większa konwergencja europejskiego i amerykańskiego modelu ochrony konkurencji.

Co więcej, w przeciwieństwie do reformy zasad stosowania art. 81 TWE (jak też prewencyjnej kontroli koncentracji), dla tego obszaru wspólnotowej polityki ochrony konkurencji **KE nie przedstawiła żadnych wytycznych administracyjnych** (obwieszczeń czy wyjaśnień); wytycznych takich nie było zresztą także w przeszłości. Jeżeli do tego dodamy, że cała dotychczasowa praktyka administracyjna KE w zakresie stosowania art. 82 TWE opierała się w zasadzie na kilku kluczowych orzeczeniach ETS, to można powiedzieć, że dla grupy przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą¹⁰ **poziom pewności prawnej** po reformie lat 1999–2004 **wcale się nie podniósł**¹¹. Tymczasem nie można wykluczyć, że ilość spraw bazujących na zarzucie naruszania zakazu nadużywania pozycji dominującej – tak przed organami administracyjnymi, jak i przed sądami powszechnymi – wzrośnie; w każdym razie KE bardzo chciała, by do tego doszło. W rezultacie, także ten obszar stosowania wspólnotowych reguł konkurencji – ostatni niezmodyfikowany¹² – będzie musiał być objęty reformą (modernizacją stosowania).

Z uwagi na zasadę równoległej właściwości organów wspólnotowych i krajowych oraz wobec faktu, że polski zakaz nadużywania pozycji dominującej (art. 8 uokik z 2000 r.) jest sformułowany prawie identycznie jak zakaz wspólnotowy, trudno oczekiwać, żeby zasady stosowania art. 82 TWE i art. 8 uokik z 2000 r. przez polskie organy ochrony konkurencji i sądy powszechne były różne niż we WE i w tych jej państwach członkowskich, które mają identyczny system sankcjonowania nadużywania pozycji dominującej. Potrzeba objęcia tego zakazu modernizacją także w Polsce jest więc identyczna.

Warto w tym miejscu zauważyć jeszcze, że rozporządzenie 1/2003 (art. 3 ust. 2) dopuszcza przyjmowanie i stosowanie przez państwa członkowskie na swoim terytorium bardziej restrykcyjnych zakazów jednostronnych praktyk przedsiębiorstw, np. wymierzonych w przedsiębiorstwa od nich ekonomicznie zależne, ale regulacji takiej w Polsce nie ma i raczej być nie powinno.

4. Wszystko wskazuje na to, że stoimy aktualnie u progu procesu modernizacji zakazu nadużywania pozycji dominującej, przynajmniej – albo najpierw – we WE. Z informacji ujawnionych przez Mario Montiego (b. komisarza

¹⁰ Grupa ta jest oczywiście niewielka – liczy średnio po 2–3 na rynek (na niektórych rynkach przedsiębiorstw takich nie ma wcale). Por. M. Furse, *On a Darkling Plain: The Confused Alarms of Article 82 EC*, ECLR 2004, 24(6), s. 317.

¹¹ Można oczywiście twierdzić, że akurat te przedsiębiorstwa są w stanie, ze względów choćby finansowych, zapewnić sobie *ex ante* wystarczającą profesjonalną gwarancję, że ich zamierzone działania jednostronne nie naruszają zakazu nadużywania pozycji dominującej. Por. M. Furse, *op. cit.*, s. 317.

¹² B. Sher nazywa go ostatnim „parowozem” wspólnotowego systemu ochrony konkurencji, poruszającym się po tych samych torach co TGV (stosowanie art. 81 TWE) i pendolino (kontrola koncentracji). Por. B. Sher, *The Last of the Steam-Powered Trans: Modernising Article 82*, ECLR 2004, 25(5), s. 242.

ds. konkurencji) i Philipa Lowe'a (Dyrektora Generalnego DG ds. Konkurencji)¹³ wynika, że wstępne prace przeglądowe wewnątrz DG zostały rozpoczęte jeszcze w 2003 r.; zgodnie z najnowszymi wypowiedziami przedstawicieli DG, KE przedstawi do dyskusji projekty kilku dokumentów wyjaśniających (dotyczących najprawdopodobniej pojęcia pozycji dominującej oraz podstawowych praktyk jej nadużywania – cen drapieżnych, transakcji wiązanych, odmowy dostaw i rabatów lojalnościowych) przed końcem 2005 r.¹⁴ To dobrze, bo modernizacji stosowania art. 82 TWE domagają się ostatnio coraz głośniejsi liczni przedstawiciele środowisk gospodarczych i prawniczych¹⁵. W każdym razie, dyskusja wokół tych problemów zaczęła się na dobre, choć toczy się głównie na gruncie prawa wspólnotowego i tylko w niektórych państwach¹⁶. Niżej art. 82 TWE przedstawiłbym ją rozpocząć także w Polsce.

5. W dyskusji tej zwraca się uwagę przede wszystkim na **niespójność stosowania art. 82 TWE i pozostałych wspólnotowych reguł konkurencji** (zakazu porozumień ograniczających konkurencję i nowych reguł prewencyjnej kontroli koncentracji). B. Sher i J. Kallaugher, nazywając rzeczy po imieniu, stwierdzili wprost, że aktualne podejście KE do spraw z zakresu art. 82 TWE bazuje wciąż jeszcze na strukturalistycznej (instytucjonalnej) koncepcji ochrony konkurencji, podczas gdy u podstaw stosowania art. 81 TWE i rozporządzenia 139/2004 leży już jednoznacznie **podejście ekonomiczne bazujące na tzw. ekonomii dobrobytu** (*welfare economics approach*)¹⁷.

Dyskutanci ukazują tę niespójność głównie poprzez prezentację procesu odchodzenia od podejścia formalistycznego do art. 81 TWE najpierw w orzecznictwie sądów wspólnotowych¹⁸, potem w wytycznych KE z lat 2000–2004; w procesie

¹³ Por. Ph. Lowe, w wystąpieniu *How Different is EU Anti-trust? A Route Map for Advisors. An Overview of EU Competition Law and Policy on Commercial Practices*, wygłoszonym na ABA 2003 Fall Meeting w Brukseli, 16 kwietnia 2003 r., s. 4–5; por. www.europa.eu/int/comm/competition/speeches/.

¹⁴ Por. wypowiedź Ph. Lowe'a zamykającą wspólną konferencję IBA i KE nt. *Anti-trust in Europe: A Year in Practice*, Bruksela, 11 marca 2005 r. (www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2005_003_en.pdf).

¹⁵ Por.: O. Arowolo, *Application of the Concept of Barriers to Entry Under Article 82 of the EC Treaty: Is There a Case for Review*, ECLR 2005, 26(5), s. 247–257; A. Capobianco, *What Is There for Modernization?*, Global Competition Review, 2005, 8(1), s. 15–16, 18; Th. Eilmansberger, *How to Distinguish Good from Bad Competition Under Article 82: In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-competitive Abuses*, CMLR 2005, 42(1), s. 129–177; M. Furse, *On a Darkling Plain*, op. cit.; M. Furse, *Abusive Dynamics*, ECLR 2005, 26(4), s. 199–200; B. Sher, *The Last of the Steam-Powered Trains*, op. cit.; D. Sinclair, *Abuse of Dominance at a Crossroad – Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82 EC*, ECLR 2004, 25(8), s. 491–501. W standardach książkowych dyskusję tę rozpoczął R. Whish, *Competition Law*, 5th ed., LexisNexis z Butterworths 2003, s. 175 i nast.

¹⁶ Brytyjski Office of Fair Trading opublikował nawet własne wytyczne w sprawie stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w Wielkiej Brytanii (*Article 82 and the Charter II prohibition. Draft competition law guideline for consultation*, April 2004, OFT402a) oraz wytyczne nt. jego szczegółowych przesłanek (patrz www.oft.gov.uk/).

¹⁷ Por. J. Kallaugher, B. Sher, *Rebates Revisited: Anticompetitive Effect and Exclusionary Abuse Under Article 82*, ECLR 2004, 25(5), s. 263–285.

¹⁸ Por. orzeczenie SPI w sprawie T-374, 375, 384 i 388/94 *European Night Services v. KE* (Zb. Orz. 1998, II-3141).

tym coraz większy nacisk kładzie się bowiem na negatywne skutki porozumień kooperacyjnych i – w mniejszym zakresie – dystrybucyjnych w zakresie cen, wielkości produkcji lub zbytu, innowacji czy jakości.

Równie wyraźnie widoczna jest zmiana standardów ekonomicznych w zakresie kontroli koncentracji. W swych najgłośniejszych orzeczeniach z 2002 r.¹⁹ SPI nie pozostawił cienia wątpliwości, że podstawą takiego zakazu może być wyłącznie wykazanie z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa, że zgłoszona koncentracja prowadzi lub może prowadzić do ograniczenia konkurencji. Zmiana ta została potwierdzona przez zastąpienie ewaluacyjnego testu pozycji dominującej (*dominant position test*), mającego swoje źródło w rozporządzeniu 4064/89, testem istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji (*substantial impediment of effective competition test*, *test SIEC*) wyrażonym w rozporządzeniu 139/2004 oraz w nowych wytycznych w sprawie fuzji horyzontalnych.

W dyskusji tej przewijają się następujące problemy szczegółowe:

1. brak konwergencji między wspólnotowym zakazem nadużywania pozycji dominującej a amerykańskim zakazem monopolizacji (por. niżej. pkt 2),
2. niejasność aksjologiczna art. 82 TWE (por. niżej. pkt 3),
3. brak precyzji rozumienia podstawowych generalnych przesłanek zakazu nadużywania pozycji dominującej („rynku właściwego”, „pozycji dominującej” i jej „nadużywania”), niejasność charakteru wspólnotowego zakazu nadużywania pozycji oraz wewnętrzna niespójność stosowania art. 82 TWE w odniesieniu do poszczególnych stanów faktycznych wymienionych przykładowo w pkt. a–d tego artykułu (por. niżej. pkt 4).

Sprawy te zostaną w niniejszym artykule zasygnalizowane po to i na tyle, żeby można było zacząć nad nimi dyskusję także w Polsce²⁰. Pewne wnioski z dotychczasowej dyskusji w piśmiennictwie zagranicznym można już jednak sformułować dzisiaj (por. niżej. pkt 5); mogą one mieć znaczenie dla rozumienia i stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej także w Polsce.

2. Wspólnotowy zakaz nadużywania dominacji rynkowej a amerykański zakaz monopolizacji

6. Nie ulega wątpliwości, że reforma stosowania wspólnotowego zakazu porozumień ograniczających konkurencję oraz nowy model wspólnotowej kontroli

¹⁹ Por. orzeczenia SPI unieważniające zakazy zamierzonych koncentracji w sprawach: T-342/99 *Airtours v. KE* (Zb. Orz. 2002, II-2585); T-310/01 *Schneider v. KE* (Zb. Orz. 2002, II-4071); T-80/02 *Tetra Laval v. KE* (Zb. Orz. 2002, II-4381).

²⁰ Czytelnik nie może więc oczekiwać w tym artykule nie tylko pogłębionych analiz, zwłaszcza orzecznictwa, ale także przeglądu podstawowej (w tym monograficznej) literatury. W artykule odsyłam tylko do najnowszych orzeczeń i artykułów z czasopism angielsko- i niemieckojęzycznych głównie z lat 2003–2005.

koncentracji w bardzo istotnym stopniu uwzględniły amerykańskie rozwiązania normatywne i doświadczenia orzecznicze. Czy nie powinno więc stać się tak samo w przypadku modernizacji stosowania wspólnotowego zakazu nadużywania pozycji dominującej? W dotychczasowej dyskusji zwraca się jednak uwagę na potencjalne trudności proekonomicznej modernizacji stosowania **art. 82 TWE** wynikające z faktu, że zakaz ten wykazuje **dwie zasadnicze, strukturalne różnice** w stosunku do rozwiązań ustawowych wielu krajów świata, w tym do rozwiązania przyjętego w **art. 2 amerykańskiej ustawy Shermana**²¹, który ustanawia tzw. zakaz monopolizacji (*monopolization*), a także jego orzeczniczego stosowania.

7. Po pierwsze, art. 2 ustawy Shermana zakazuje podejmowania działań zmierzających do uzyskania władzy rynkowej (*willful acquisition of monopoly power*). Stosowanie tego przepisu nie jest więc uzależnione od tego, czy dążąca do monopolizacji rynku firma ma pozycję dominującą; nawet jeśli jej nie ma, ale ekonomiczna analiza przypadku dowodzi, że stosowane przez nią działania jednostronne mogą doprowadzić do monopolizacji danego rynku, organ antytrustowy może skierować sprawę do sądu.

Natomiast art. 82 TWE (a także art. 8 uokik z 2000 r.) ma zastosowanie wyłącznie do przedsiębiorstw mających pozycję dominującą w momencie podjęcia działań jednostronnych będących przedmiotem postępowania (analizy). Oznacza to, że w tym właśnie momencie firma, której stawiany jest zarzut naruszenia art. 82 TWE, musi być zdolna w istotnym zakresie działać niezależnie od swych konkurentów, klientów i finalnych konsumentów²². Inaczej mówiąc, art. 82 TWE nie zakazuje przedsiębiorstwu niemającemu w tym momencie pozycji dominującej podejmowania działań jednostronnych w celu uzyskania takiej dominacji czy zmierzania do zostania przedsiębiorstwem dominującym.

8. Po drugie, zawarta w art. 82 TWE przykładowa lista zakazanych praktyk nadużywania wyraźnie wskazuje, że zakaz ten obejmuje nie tylko tzw. nadużycia antykonkurencyjne (*anticompetitive abuses*), zwane też nadużyciami wykluczającymi (*exclusionary abuses*), które szkodzą konsumentom pośrednio, tj. poprzez zmianę struktury lub procesu konkurencji na rynku, ale także tzw. nadużycia eksploatacyjne (*exploitive abuses*), w tym stosowanie nieuczciwych cen (*unfair prices*) oraz ograniczanie produkcji na szkodę konsumentów (art. 82 lit. a i b TWE), które negatywnie wpływają na poziom tzw. dobrobytu konsumentów bezpośrednio.

Natomiast amerykański zakaz monopolizacji w ogóle nie obejmuje praktyk eksploatacyjnych, w tym ustalania zawyżonych cen (*excessive prices*), gdyż uznawane są one za swoistą zachętę do wejścia na rynek nowych firm, skuszonych wysokimi zyskami.

9. Jest oczywiste, że różnic tych nie można usunąć w drodze polityki stosowania prawa; zmiany takie mogłyby być dokonane tylko w drodze nowelizacji TWE,

²¹ Por. Sherman Act of 2 July 1890 (15 U.S.C. §§ 107).

²² Por. orzeczenie ETS w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche* (Zb. Orz. 1979, 461).

co wydaje się bardzo mało prawdopodobne w perspektywie najbliższych lat. Byłoby wprawdzie lepiej, gdyby europejsko-amerykańska konwergencja osiągnięta została także w tym zakresie, ale można do niej dojść również w inny sposób.

Pierwszą z ww. różnic między wspólnotowym zakazem dominacji rynkowej a amerykańskim zakazem monopolizacji próbuje się usunąć poprzez obniżenie progu przeciwdziałania utrzymywania lub wręcz umacniania władzy rynkowej przez firmy działające w sektorach zliberalizowanych, których pozycja rynkowa jest wynikiem nie tyle przewagi jakościowej, co wcześniejszego monopolu prawnego; zadanie to realizują jednak organy niezależnej regulacji sektorowej (*independent sector-specific regulation*), które mogą interweniować *ex ante* już w przypadku posiadania przez np. firmy telekomunikacyjne tzw. istotnej pozycji rynkowej (*significant market position*), która może występować na poziomie niższym niż antymonopolowa pozycja dominująca²³.

Objęcie zakazem art. 82 TWE (i art. 8 uokik z 2000 r.) także praktyk eksploatacyjnych nie jest *ex definitione* sprzeczne z celami ekonomii dobrobytu, choć byłoby zapewne lepiej, gdyby taką swoistą kontrolę cen i innych jednostronnych działań przedsiębiorstw dominujących na rynkach (głównie w tzw. sektorach sieciowych) zapewniały ww. organy regulacyjne, na które ustawy nakładają m.in. zadanie ochrony interesów konsumentów; w każdym razie, dotychczasowe – raczej negatywne – doświadczenia organów ochrony konkurencji i sądów w zakresie stosowania zakazu cenowych praktyk eksploatacyjnych dowodzą, że organy te nie są wyposażone w dostateczne instrumenty, aby działalność ta była skuteczna.

Można więc zgodzić się z poglądem, że KE oraz krajowe organy konkurencji (w tym Prezes UOKiK) i sądy powszechne powinny stosować art. 82 lit. a i b TWE i art. 8 ust. 2 pkt. 1, 2, 6 i 7 uokik z 2000 r. tylko wtedy, gdy bariery wejścia na rynek są tak wysokie, że np. ceny nieuczciwe (w tym nadmiernie wygórowane) nie mogą być równocześnie mechanizmem samokorekty rynkowej; z taką sytuacją możemy mieć do czynienia w szczególności w zliberalizowanych sektorach sieciowych²⁴.

3. Cele stosowania wspólnotowego zakazu nadużywania pozycji dominującej

10. Aksjologia wspólnotowego prawa konkurencji jest jasno wyrażona w art. 4 ust. 1 *in fine* i ust. 2 *in fine* TWE, mówiących o „wolnej konkurencji” oraz w art. 3

²³ Por. wytyczne Komisji w sprawie analiz rynkowych i oceny znaczącej pozycji rynkowej na gruncie wspólnotowych ram regulacyjnych dla sieci i usług komunikacji elektronicznej (Dz.Urz. WE 2002 C 165/6).

²⁴ Przyznał to Ph. Lowe, *How Different is EU Anti-trust*, *op. cit.*

ust. 1 lit. g TWE wymagającym stworzenia systemu „niezakłóconej konkurencji” (*undistorted competition*). Jest to bez wątpienia aksjologia wszystkich trzech antymonopolowych reguł konkurencji (obu zakazów praktyk ograniczających konkurencję i prewencyjnej kontroli konkurencji). Art. 82 TWE jest powiązany z pozostałymi regułami (por. np. przykładowe listy zakazanych porozumień i praktyk jednostronnych). Jeżeli więc w toczącej się już dyskusji wskazuje się na brak jasności co do aksjologii art. 82 TWE, potrzebę zidentyfikowania celów stosowania tego przepisu i ich zintegrowania (zsynchronizowania) z celami stosowania art. 81 TWE, to nie pozostaje nic innego, jak tylko przyłączyć się do tych głosów.

11. Panuje powszechna zgoda, że najbardziej oczywistym celem stosowania art. 82 TWE jest i być powinna **kontrola władzy rynkowej** firm; taka jest z pewnością aksjologia art. 81 TWE i prewencyjnej kontroli koncentracji²⁵. Byłoby więc wielką ironią²⁶, gdyby akurat w procesach decyzyjnych w zakresie stosowania art. 82 TWE, który jest najbardziej bezpośrednio nakierowany na zapobieganie nadużywaniu władzy rynkowej, dużą rolę odgrywały inne cele. Podkreślmy więc za Ph. Lowem: *Art. 81 i 82 TWE mają ten sam cel podstawowy, a mianowicie ochronę konkurencji na rynku jako środka podwyższania dobrobytu konsumentów i zapewnienia efektywnej alokacji zasobów*²⁷.

12. Problemem stosowania wspólnotowego zakazu dominacji rynkowej nie jest więc to, jaki jest cel zasadniczy tej działalności, ale to, że we wspólnotowej praktyce administracyjnej i sądowej występuje pewna ilość innych celów, wykraczających poza cele prawa ochrony konkurencji, a – zdaniem niektórych nawet – niekiedy z tymi celami sprzecznych. Z punktu widzenia modernizacji zasad stosowania wspólnotowego zakazu dominacji rynkowej, najwięcej problemów wiąże się z **relacją między ochroną procesu (mechanizmu) konkurencji** przed zakłócającymi ją działaniami przedsiębiorstw i państw, a „**zapewnieniem integracji rynkowej**”.

Nie da się zaprzeczyć, że **wspólnotowe reguły wolnego handlu i reguły konkurencji** są ze sobą immanentnie związane. W trakcie budowy rynku wspólnego (*common market*) i – później – rynku wewnętrznego (*internal market*), związek ten w najwyższym stopniu determinuje **cele wspólnotowej polityki konkurencji**. Sprawia przede wszystkim, że polityka ta – obok służenia ochronie i promocji konkurencji w gospodarce rynkowej – ma także na celu **wspomaganie „eliminacji przeszkód (barier)” wolnego handlu** (swobodnego przepływu towarów, osób, usług i kapitału). Siła – niektórzy mówią nawet „obsesja”²⁸ na punkcie **imperatywu integracji rynkowej** (*market integration*) sprawiła, że to właśnie

²⁵ Por. Th. Eilmansberger, op. cit., s. 132 i d.

²⁶ Por. B. Sher, op. cit., s. 244 i 245.

²⁷ *How Different is EU Anti-trust*, op. cit., s. 3.

²⁸ R. Whish, *Competition Law*, op. cit., s.19.

polityka i prawo konkurencji zapewniły pełną **wolność „handlu równoległego”** (*parallel trading*)²⁹ oraz całkowite lub szerokie **otwarcie wielu krajowych rynków infrastrukturalnych** (np. telekomunikacyjnych).

Prymat „integracji” nad „konkurencją” odchodzi jednak powoli w przeszłość. Dzisiaj, na początku XXI w., coraz bardziej widoczne jest stopniowe redefiniowanie podstawowego celu wspólnotowej polityki konkurencji. Prawną legitymację tego procesu stanowi Traktat z Maastricht, który przesądził ostatecznie o charakterze ustroju gospodarczego UE; ustanowił on mianowicie **imperatyw konstytucyjny „poszanowania zasad otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją”** (art. 4 ust. 1 *in fine* i ust. 2 *in fine* TWE)³⁰, zastępując nim imperatyw integracji rynkowej, który leżał u podstaw oryginalnej koncepcji TWE³¹. Jego politycznym uzasadnieniem jest **ostateczne „ustanowienie”** (nawet jeśli tu i ówdzie występują jeszcze pewne deficyty) jednolitego (*single*) **ryнку wewnętrznego**, rozumianego jako *przestrzeń bez granic wewnętrznych, w której zgodnie z przepisami (...) Traktatu jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału* (art. 14 ust. 2 TWE).

Redefinicja – w świetle art. 4 TWE – podstawowego celu wspólnotowej polityki konkurencji, wyrażonego w art. 3 ust. 1 lit. g TWE w brzmieniu nadanym mu przez Traktat z Maastricht, oznacza przejście do pełnienia przezeń funkcji polityki „pozytywnej”³², której zasadniczym celem jest **ochrona interesu WE we właściwym funkcjonowaniu konkurencji**. W konsekwencji, następuje wyraźna **ekonomizacja wspólnotowej polityki konkurencji**³³.

Odejście od dominacji celu „integracja” nad celem „konkurencja” oznacza, że wspólnotowe prawo konkurencji już dziś ma – a z pewnością w przyszłości mieć będzie – przede wszystkim na celu **zapobieganie takiemu ukształtowaniu się rynku wewnętrznego, które pozwala jednemu lub kilku przedsiębiorstwom osiągnięcie lub utrzymanie władzy nad rynkiem (władzy rynkowej), umożliwiającej „manipulowanie” skalą produkcji lub dystrybucji i/lub podnoszeniem cen ponad poziom, który pozbawiałby konsumentów korzyści z konkurencji**³⁴. Oznacza to, że wspólnotowa polityka konkurencji winna w coraz

²⁹ Por. sprawy T-83/91 *Tetra Pak v. KE*, Zb. Orz. 1994, s. II-755, oraz T-62/98 *VW v. KE*, Zb. Orz. 2000, s. II-2707.

³⁰ Por. art. 4 (dawny art. 3a) ust. 1 i 2 oraz art. 98 (dawny art. 102a) i art. 105 TWE, wprowadzone Traktatem z Maastricht.

³¹ Por. szerzej: T. Skoczny, *Europejskie prawo konkurencji – od doskonalenia przez modernizację w kierunku transformacji*, Studia Prawno-Europejskie, t. VI, Łódź 2002, s. 112 i d.

³² Por. R. Wesseling, *Subsidiarity in Community Antitrust Law: Setting the Right Agenda*, ELR 1997, 22 (2), s. 45.

³³ Por. szerzej: A. Jurkowska, *Economic approach jako jeden z głównych kierunków modernizacji wspólnotowego prawa konkurencji na przykładzie nowych regulacji w dziedzinie porozumień kooperacyjnych*, w: C. Mik (red.), *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, Toruń 2002, s. 179 i nast.; por. także: O. Odudu, *A new economic approach to Article 81(1)*, ELR 2002, 27(2), s. 1000.

³⁴ Por. R. Whish, *Competition Law*, op. cit., s. 15.

większym stopniu **przyczynić się do podwyższania efektywności gospodarki europejskiej w rozumieniu maksymalizowania dobrobytu konsumentów i osiągnięcia optymalnej alokacji zasobów.**

Odstąpienie od „dominacji integracji nad konkurencją” nie oznacza jednak, że w stosowaniu wspólnotowych zakazów praktyk ograniczających konkurencję można będzie w ogóle zaniechać badania ich „zgodności ze wspólnym rynkiem” tak długo, jak długo przesłanka ta będzie znajdować się w art. 81 ust. 1 i w art. 82 TWE. Znajduje to swoje potwierdzenie także w nowszym orzecznictwie, np. w orzeczeniu w sprawie *Irish Sugar*³⁵, w którym rabaty oferowane klientom z obszarów położonych blisko granicy między Irlandią i Irlandią Północną zostały jednoznacznie „potępione”. W każdym razie, jak długo „handel równoległy” będzie traktowany jako siła napędowa integracji rynkowej, tak długo firmy będą musiały liczyć się z interwencją KE, jeżeli ograniczają konkurencję międzymarkową i równocześnie swobodę przepływu towarów czy usług³⁶.

13. Jednym z celów stosowania art. 82 TWE jest również **zapewnienie „uczciwości”** (*fairness*) **na rynku** przez ochronę małych i średnich firm przed zachowaniami arbitralnymi przedsiębiorców dominujących; cel ten odegrał istotną rolę w sprawie *Michelin I*³⁷. Wprawdzie cel jest – sam w sobie – godny ochrony, ale – jak podkreśla się często w literaturze – zbytnie interweniowanie w praktyki dystrybucyjne może prowadzić do integracji wertykalnej firm. Takie konsekwencje uwzględnienia tego celu przez KE widoczne są nie tylko w sektorze opon samochodowych, ale np. także w sektorze transportu lotniczego, gdzie dominujący dostawcy coraz częściej odchodzą od zewnętrznej dystrybucji na rzecz integracji wertykalnej; na szczęście nowi przewoźnicy lotniczy nie żądają dostępu do tradycyjnych kanałów dystrybucji biletów³⁸.

14. W sprawach odmowy dostaw dla istniejących klientów widoczne jest realizowanie przez KE celu **ochrony istniejącej struktury rynku**. Bywa on kontestowany, jako że nie wiadomo do końca, czemu mamy chronić jakiegokolwiek struktury rynkowe – istniejące lub jakiegokolwiek inne? Zbytняя interwencja w tym celu, np. przeciwdziałanie odmowie dostaw, może skłaniać KE, krajowe organy ochrony konkurencji i zwykłe sądy do przypisywania sobie roli regulatora cen, do czego nie są one przygotowane³⁹.

15. W moim przekonaniu, w dalszym ciągu usprawiedliwione może być **wspieranie** (przyspieszenie) **programu liberalizacyjnego** w sektorach sieciowych lub

³⁵ Por. orzeczenie SPI w sprawie 228/97 *Irish Sugar v. KE* (Zb. Orz. 1999, II-2969).

³⁶ Problem ten występuje jednak częściej na gruncie art. 81 niż 82 TWE.

³⁷ Por. orzeczenie ETS w sprawie 322/81 *Nederlands Banden-Industrie Michelin (Michelin I)* (Zb. Orz. 1983, 3461). W ocenianej w tym orzeczeniu decyzji KE wyraźnie uznała, że byłoby „nieuczciwie” wobec dealerów, gdyby mieli oni otrzymywać tak niskie marże i jeszcze do tego musieli czekać do końca roku rozliczeniowego, żeby dowiedzieć się, ile dokładnie zarobili.

³⁸ Por. B. Sher, op. cit., s. 245.

³⁹ Ibidem, s. 245 i 246.

szczególnych, zwłaszcza wtedy, gdy stosuje się równocześnie art. 82 i 86 TWE; tak było w każdym razie na początku lat 90., może jednak także zdarzyć się jeszcze dzisiaj.

16. Nie ulega wątpliwości, że cele stosowania art. 82 TWE będą mogły być zgodne z celami stosowania art. 81 TWE i celami kontroli koncentracji, w tym zbieżne z rozwiązaniami amerykańskimi, przede wszystkim wtedy, gdy polityka stosowania art. 82 TWE będzie koncentrować się na zwalczaniu nadużyć wykluczających. Taki zamiar wydaje się mieć również Komisja, chociaż jej przedstawiciele nie odzęgnują się – bo niekiedy nawet nie mogą – od realizacji także innych celów (np. celu integracyjnego).

4. Podstawowe przesłanki zakazu nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym

4.1. Normatywny kształt zakazu nadużywania pozycji dominującej

17. Art. 82 TWE zakazuje jednemu lub więcej przedsiębiorstwom nadużywania ich pozycji dominującej na wspólnym rynku lub jego istotnej części, jeśli może to wpływać na handel między państwami członkowskimi. Art. 82 TWE wymienia także cztery przykładowe przejawy nadużywania pozycji dominującej⁴⁰.

Każdorazowe zastosowanie art. 82 TWE **wymaga** więc **kumulatywnego stwierdzenia**, że: (a) dane przedsiębiorstwo lub grupa przedsiębiorstw ma pozycję dominującą na rynku; (b) pozycji tej nadużywa; (c) nadużycie to ma wpływ na handel między państwami członkowskimi⁴¹.

Ponieważ żadna z tych przesłanek nie została uregulowana ani w prawie pierwotnym, ani w prawie wtórnym, podstawą ich rozumienia i prezentacji jest przede wszystkim dorobek orzeczniczy. Dorobek ten jest i będzie rozstrzygający także dla stosowania art. 8 uokik z 2000 r., albowiem normatywny kształt nadużywania pozycji dominującej na rynku w Polsce nie różni się co do zasady od zakazu wspólnotowego.

4.2. Pozycja dominująca na rynku właściwym

18. Jak wskazano wyżej, art. 82 TWE (także art. 8 uokik z 2000 r.) zakazuje nadużywania **pozycji dominującej** posiadanej w momencie podejmowania danych działań jednostronnych przez jedno lub kilka przedsiębiorstw **na rynku właściwym**. Rozumienie (wyznaczanie) obu tych standardów wykracza poza

⁴⁰ W Polsce lista jest dłuższa, ale nie ma to większego wpływu na istotę tego zakazu.

⁴¹ Do interpretacji tej przesłanki – bardzo istotnej dla rozgraniczenia jurysdykcji wspólnotowej i np. polskiej – stosuje się obwieszczenie Komisji: Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel, zawartego w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.Urz. UE 2004 C 101/7).

⁴² Dz.Urz. WE 2001 C 368/13.

stosowanie art. 82 TWE, ale też ma dla niego znaczenie szczególne. Pierwszy z nich został wyraźnie sformułowany w obwieszczeniu KE w sprawie definiowania rynku właściwego⁴²; jednakże konkretne stosowanie tych wytycznych do przypadków nadużywania pozycji dominującej rodzi problemy⁴³. SSNIP jest bowiem testem ilościowym i jak wszystkie tego rodzaju testy, trudno go stosować w praktyce. Do wyliczenia elastyczności cenowych popytu potrzebna jest cała gama danych dotyczących cen produktów w perspektywie historycznej, bardzo często trudno dostępnych lub w ogóle niedostępnych, a przecież im gorsze (mniej kompletne) są dane, tym mniej rzetelne są wyniki obliczeń ekonometrycznych i mniej wiarygodne definicje rynków wynikające z tych analiz.

19. Przykład problemów związanych z prawidłowym stosowaniem SSNIP do definiowania rynków właściwych ilustruje **dyskusja wokół kategorii tzw. „błędu celofanowego”** (*cellophane fallacy*)⁴⁴, jaki mógłby być popełniony, gdyby dla wyznaczenia właściwego rynku produktowego użyć testu SSNIP przewidzianego w ww. obwieszczeniu w sprawie definiowania rynku właściwego. Nikt już dzisiaj nie neguje⁴⁵, że gdyby test ten zastosować do definiowania rynku właściwego na rynkach, na których badane przedsiębiorstwo(a) już wykorzystuje(ją) swoją pozycję dominującą, to mogłoby to doprowadzić do wyznaczenia zbyt szerokiego („niewłaściwego”) rynku produktowego, albowiem występujące na tych rynkach ceny (*prevailing prices*), służące do pomiaru elastyczności, nie są już wcale (a przynajmniej nie muszą być) cenami ustalonymi na poziomie konkurencyjnym. Ani KE, ani sądy wspólnotowe nie określiły do tej metody rozwiązania takiego problemu.

20. Mimo stosunkowo bogatego orzecznictwa, także koncepcja pozycji dominującej, wciąż stanowiąca jądro wspólnotowego prawa konkurencji, przynajmniej w zakresie zwalczania nadużywania władzy rynkowej⁴⁶, wzbudza dyskusję, gdyż w praktyce nierzadko pojawiają się problemy z jej mierzaniem⁴⁷. To właśnie na gruncie art. 82 TWE ETS sformułował jej standardowe rozumienie jako **pozycję siły ekonomicznej posiadanej przez przedsiębiorstwo, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku relevantnym, przez**

⁴³ Por. np. I. Kokkoris, *The Concept of Market Definition and the SSNIP Test in the Merger Appraisal*, ECLR 2005, 26(4), s. 209–214.

⁴⁴ Ibidem. Pojęcie to powstało w ramach dyskusji nad amerykańską sprawą *DuPont Cellophane v. Waxed Products*. W sprawie tej DuPont twierdził, że celofan nie był odrębnym rynkiem właściwym, gdyż konkurował bezpośrednio i ściśle z takimi materiałami jak folia aluminiowa, papier woskowany i polietylen. Tymczasem w rzeczywistości DuPont, jako wyłączny dostawca celofanu, mógł ustalać jego ceny znacznie powyżej ceny, na poziomie której ww. produkty mogłyby mu zagrozić. Por. L.F. la Cour, P. Mollgard, *Meaningful and Measurable Market Domination*, ECLR 2003, 24(3), s. 132–135.

⁴⁵ Przynajmniej także Ph. Lowe, *How Different is EU-Antitrust*, op. cit., s. 4.

⁴⁶ Oceny tej nie zmienia fakt zastąpienia przez rozporządzenie 139/2004 testu dominacji testem istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji w sprawach koncentracji.

⁴⁷ Por. J.P. de Azevedo, M. Walker, *Market Dominance: Measurement Problems and Mistakes*, ECLR 2003, 24(12), s. 640–643.

stworzenie mu możliwości działania w liczącym się zakresie niezależnie od konkurentów, klientów, a w konsekwencji od konsumentów⁴⁸. Samo posiadanie tej pozycji i to niezależnie od sposobu jej zdobycia, nie jest zakazane, ale posiadające ją przedsiębiorstwo ponosi szczególną odpowiedzialność za niedopuszczenie do tego, żeby jego działania doprowadziły do osłabienia rzeczywistej konkurencji na Wspólnym Rynku⁴⁹. Im wyższy jest poziom władzy rynkowej firmy, tym większa jest jej „szczególna odpowiedzialność” za stan konkurencji na rynku; najwyższą taką odpowiedzialność ponoszą więc „superdominanci”⁵⁰.

W ramach tej koncepcji dominacji rynkowej, sądy europejskie i KE sformułowały liczne wytyczne co do kryteriów i instrumentów jej pomiaru, spośród których koniecznym, acz niewystarczającym, jest udział w rynku (*market share*)⁵¹. W każdym razie, organy ochrony konkurencji muszą być zawsze gotowe do przeprowadzenia pełnej analizy relacji konkurencyjnych na rynku właściwym, albowiem tylko wtedy można stworzyć prawidłową bazę dla oceny działań jednostronnych firm dominujących.

Standard *United Brands/Hoffmann-La Roche* (jako definicja prawnicza) jest przez jednych ekonomistów krytykowany jako conceptualnie i empirycznie nieugruntowany⁵², przez innych uważany za ekonomicznie spójny i umożliwiający pomiar dominacji rynkowej⁵³. Prawnicy nie muszą brać udziału w tej dyskusji, ale są w dużym stopniu uzależnieni od jej wyników.

21. Pozycję dominującą na rynku właściwym może posiadać **jedno przedsiębiorstwo** (najczęściej) lub **kilka** (grupa) **przedsiębiorstw** wspólnie; wynika to wprost z art. 82 zdanie 1 TWE⁵⁴. *Ratio legis* tego przepisu jest umożliwienie przeciwdziałania jednostronnym praktykom ograniczającym konkurencję na rynkach oligopolistycznych⁵⁵.

Orzecznicze granice stosowania art. 82 TWE do przedsiębiorstw dysponujących **kolektywną** (wspólną) **pozycją dominującą** (ang. *joint dominant position*; niem. *kollektive Marktmacht*) zostały **wyznaczone** początkowo **orzeczeniem SPI w sprawie Italian Flat Glas**, stwierdzającym m.in., że KE nie dostarczyła wystarczającego

⁴⁸ Por. orzeczenia ETS w sprawach 27/76 *United Brands* (Zb. Orz. 1978, 207) i 85/76 *Hoffmann-La Roche* (Zb. Orz. 1979, 461).

⁴⁹ Cyt. wyż. orzeczenie ETS w sprawie *Michelin I* (pkt 35, 57).

⁵⁰ Termin ten został użyty przez Rzecznika Generalnego A.G. Fennelly’ego w jego opinii w cyt. niżej sprawie *CMB*; został on także zaakceptowany przez R. Whisha, op. cit., s. 189. Por. także, D. Sinclair, op. cit., s. 497.

⁵¹ W niektórych państwach członkowskich, w tym w Polsce, kreuje się – ustawowo (por. art. 4 pkt 9 uokik z 2000 r.) lub w drodze wytycznych administracyjnych – domniemanie pozycji dominującej na poziomie np. 40% udziału w rynku.

⁵² Por. J.P. de Azevedo, M. Walker, *Dominance: Meaning and Measurement*, ECLR 2002, 23(7), s. 363-367.

⁵³ Por. L.F. La Cour, P. Mollgaard, op. cit., s. 132-135. Autorzy przeprowadzili ekonometryczny dowód pomiaru pozycji dominującej na przykładzie duńskiego rynku cementu.

⁵⁴ Por. orzeczenie ETS w sprawie 6/72 *Europemballage and Continental Can v. KE* (Zb. Orz. 1973, 215).

⁵⁵ Praktyki kolektywne (grupowe), porozumienia i praktyki uzgodnione oligopolistów podlegają oczywiście ocenie także na gruncie art. 81 TWE.

dowodu na istnienie kolektywnej pozycji dominującej trzech włoskich producentów szkła płaskiego, mimo że mają oni **bardzo duży łączny udział w rynku** i nie jest kwestionowane **istnienie** między nimi **strukturalnych więzi produkcyjnych**⁵⁶. SPI przyjął, że dla stwierdzenia kolektywnej pozycji dominującej kilku przedsiębiorstw konieczne jest **wykazanie formalnej niezależności** oraz **istnienia** między nimi **strukturalnych więzi gospodarczych** (*economic links*); tych ostatnich jednak nie zdefiniował, wskazując przykładowo, że może nimi być np. istnienie między operatorami rynku oligopolistycznego „porozumienia technologicznego”.

Kwestię tę wyjaśniło dopiero – wydane na gruncie rozporządzenia 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw – orzeczenie w **sprawie Gencor**, w którym SPI wyjaśnił⁵⁷ pośrednio⁵⁸, że takie „**więzi gospodarcze**” mogą stanowić same w sobie wszelkie (a więc nie tylko strukturalne) **relacje współzależności istniejące między stronami wąskiego oligopolu**⁵⁹.

Brak konieczności istnienia związków strukturalnych (porozumień) dla stwierdzenia kolektywnej pozycji dominującej ETS potwierdził w prowadzonej na gruncie art. 82 TWE sprawie **CMB**, uznając, że rozstrzygająca dla ustalenia tej pozycji jest ocena ekonomiczna, a zwłaszcza ekonomiczna ocena struktury danego rynku; pozycję taką mogą posiadać dwa lub więcej niezależne prawnie przedsiębiorstwa, jeśli z *ekonomicznego punktu widzenia prezentują się lub działają na określonym rynku jako podmiot kolektywny*⁶⁰ (*collective entity*). W ten sposób otwarta jest droga dla szerszej i skuteczniejszej kontroli zachowań oligopolistów wtedy, gdy nie ma dowodów na istnienie między nimi jakiegokolwiek porozumienia ograniczającego konkurencję, a istnieje np. nieuzasadnione równoległe podnoszenie cen⁶¹. W tej linii orzeczniczej mieści się także orzeczenie w sprawie **Airtours**⁶².

Z punktu widzenia modernizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej celowe byłoby dalsze precyzowanie kategorii więzi gospodarczych firm działających na rynkach oligopolistycznych, które mogą ekonomicznie uzasadnić powstanie lub wzmocnienie kolektywnej pozycji dominującej.

⁵⁶ Por. orzeczenie SPI w połączonych sprawach T-68, 77 i 78/89 *Societa Italiana Vetro v. KE (Italian Flat Glas)* (Zb. Orz. 1992, II-1403).

⁵⁷ Por. orzeczenie SPI w sprawie T-102/96 *Gencor v. KE* (Zb. Orz. 1999, II-753).

⁵⁸ Orzeczenie to zostało podjęte w trybie odwołania od decyzji KE wydanej na gruncie cyt. wyżej rozporządzenia 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

⁵⁹ Por. V. Korah, *Gencor v. Commission: Collective Dominance*, ECLR 1999, 20(6), s. 337.

⁶⁰ Por. orzeczenie ETS w połączonych sprawach C-395/96P i 396/96P *Compagnie Maritime Belge Transports S.A., Compagnie Maritime Belge S.A. & Dafa-Lines A/S* (Zb. Orz. 2000, I-1365). Por. także – wydane na gruncie rozporządzenia 4064/89 – orzeczenie SPI w sprawie T-342/99 *Airtours v. KE* (Zb. Orz. 2002, II-2585).

⁶¹ Por.: G. Monti, *Collective Dominance Under Article 82 EC Treaty*, CMLR 2001, 38(1.), s. 131–157; Ch. Withers, M. Jephcott, *Where to Go Now: For E.C. Oligopoly Control*, ECLR 2001, 22(8), s. 295–303; S. Preece, *Company Maritime Belge: Missing the Boat?*, ECLR 2000, 21(8), s. 288–393).

⁶² Por. – wydane na gruncie rozporządzenia 4064/89 – orzeczenie SPI w sprawie T-342/99 *Airtours v. KE* (Zb. Orz. 2002, II-2585).

4.2. Istota i rodzaje nadużywania dominacji rynkowej

22. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że art. 82 TWE **nie zakazuje** samego **posiadania pozycji dominującej** na rynku **ani jej legalnego wykorzystywania** (np. przez właściciela praw wyłącznych), a tylko wszelkiego jej **nadużywania**, czyli wykorzystywania sprzecznego z prawem (art. 82 zdanie 1 TWE). Przepis ten **nie zawiera** jednak **legalnej definicji nadużywania** pozycji dominującej, czyli nie daje odpowiedzi na pytanie, co konstytuuje nadużycie tej pozycji; zawiera on tylko przykładową (niewyczerpującą) listę praktyk nadużywających (*abusive practices*). **Brak odniesienia** w art. 82 zdanie 1 TWE **do konkurencji** oraz **charakter stanów faktycznych** wymienionych w art. 82 zdanie 2 TWE sprawiły, że w początkowej fazie stosowania wspólnotowego zakazu nadużywania pozycji dominującej **zachowania firm dominujących oceniano poprzez ich subsumcję pod któryś ze stanów faktycznych wymienionych w art. 82 zdanie 2 TWE**. Przepisy te służyły więc wtedy głównie przeciwdziałaniu wyzyskiwaniu (eksploatacji) partnerów rynkowych (dostawców lub odbiorców), w tym konsumentów, przede wszystkim poprzez bezpośrednie lub pośrednie narzucanie uciążliwych (nadmiernie zawyżanych) cen lub warunków umów⁶³, tj. stosowaniu przez firmy dominujące tzw. **praktyk eksploatacyjnych** (*exploitive abuses*).

Ponieważ jednak punktem wyjścia definiowania pojęcia nadużywania przez orzecznictwo były od początku system i cele WE, zwłaszcza art. 3 ust. 1 lit. g (d. art. 3 lit. f) TWE⁶⁴, zakazem nadużywania pozycji dominującej objęte zostało także redukowanie lub utrudnianie skutecznej konkurencji poprzez *utrudnianie życia konkurentom czy uniemożliwianie lub utrudnianie odbiorcom wyboru spośród wielu źródeł zaopatrzenia oraz blokowanie innym producentom dostępu do rynku*⁶⁵, tj. tzw. **praktyki antykonkurencyjne** (*anti-competitive abuses*) **czy wykluczające** (*exclusionary abuses*); jednostronne praktyki antykonkurencyjne przedsiębiorstw dominujących są skierowane bezpośrednio lub pośrednio przeciw ich konkurentom działającym bądź to na rynkach zdominowanych, bądź to na rynkach z nimi powiązanych (na gruncie art. 82 zdanie 2 lit. c i d TWE za zakazane uznawano m.in. mające taki charakter klauzule dyskryminacyjne i wiązane). Odrębny przypadek stosowania art. 82 TWE stanowi przeciwdziałanie nadużyciu pozycji dominującej poprzez wyeliminowanie „reszty” konkurencji w drodze koncentracji, tj. tzw. **praktyki strukturalne** (*structural abuses*)⁶⁶.

23. W miarę upływu czasu następowała **obiektywizacja rozumienia nadużywania** pozycji dominującej.

W wiodącym w tej kwestii orzeczeniu w sprawie *Hoffmann-La Roche*, ETS uznał za „**nadużywanie**” pozycji dominującej **zachowania przedsiębiorstwa**

⁶³ Por. orzeczenie ETS w sprawie 27/76 *United Brands* (Zb. Orz. 1978, 207).

⁶⁴ Por. orzeczenie ETS w sprawie 6/72 *Europemballage and Continental Can v. KE* (Zb. Orz. 1973, 215).

⁶⁵ Por. orzeczenie ETS w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche* (Zb. Orz. 1979, 461).

⁶⁶ Por. orzeczenie ETS w sprawie 6/72 *Europemballage and Continental Can v. KE* (Zb. Orz. 1973, 215).

*dominującego, które może wpływać na strukturę rynku, na którym konkurencja jest osłabiona właśnie z powodu operowania na nim danego przedsiębiorstwa i które utrudnia zachowanie istniejącej jeszcze na tym rynku konkurencji lub jej rozwój poprzez stosowanie środków, które odbiegają od normalnej konkurencji w sferze dóbr lub usług bazującej na jakości rezultatów działań uczestników rynku*⁶⁷. Rozstrzygające znaczenie ma tu więc obiektywna sprzeczność między danym zachowaniem a wzorcami normalnej konkurencji (*competition on merits*).

Trudno nie zauważyć, że definicja ta stworzyła podstawowy test oceny przede wszystkim praktyk nadużywających o charakterze antykonkurencyjnym (wykluczającym). W rezultacie jej stosowania przez ostatnie 30 lat, zakazem art. 82 TWE objęte zostały praktyki wykluczające niewymienione w art. 82 zdanie 2 TWE, w tym np. odmowa dostaw, odmowa dostępu do kluczowych (*essential*) urządzeń, sieci i technologii i ceny drapieżne.

4.3. Obiektywne uzasadnienie jako podstawa niestwierdzenia nadużycia pozycji dominującej

24. Dla zastosowania zakazu zawartego w art. 82 TWE trzeba więc było stwierdzić „nadużycie” pozycji dominującej, najlepiej – acz nie tylko – w formie praktyki w nim wymienionej. Niestwierdzenie naruszenia tego zakazu było i jest zatem możliwe tylko w przypadku, w którym określone **zachowanie jednostronne** firmy dominującej nie zostało uznane za „nadużycie”, albowiem **znajduje** tzw. **obiektywne uzasadnienie** (*objective justification*)⁶⁸ czy uzasadnienie gospodarcze (*business justification*)⁶⁹. Należy podkreślić, że doktryna „obiektywnego uzasadnienia” została wypracowana przez KE i sądy wspólnotowe w ramach definiowania pojęcia „nadużywanie”; jego brak jest więc jednym z elementów tej klauzuli generalnej. Inaczej mówiąc, wykazanie, że dane zachowanie jest **obiektywnie uzasadnione** (usprawiedliwione) innymi przyczynami niż zamiar zakłócenia konkurencji oznacza, że **nie podlega ono zakazowi art. 82 TWE**.

Mimo podobieństwa do koncepcji „wyłączenia”, o którym mowa w art. 81 ust. 3 TWE, ani normy prawne, ani orzecznictwo nie sformułowały powszechnie akceptowanego standardu (kryteriów) decyzji o niestwierdzeniu nadużycia pozycji dominującej, mimo wykazania zachowań spełniających normatywne przesłanki art. 82 TWE, zwłaszcza przesłanki wskazanych w nim przykładowo stanów faktycznych.

W orzecznictwie można wskazać liczne przypadki decyzji KE lub orzeczeń sądów wspólnotowych, w których nie stwierdzono nadużycia pozycji dominującej na rynku, polegającego np. na odmowie dostaw czy stosowaniu dyskryminujących warunków umów lub zakazu konkurowania, znajdując **obiektywne**

⁶⁷ Por. orzeczenie ETS w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche* (Zb. Orz. 1979, 461).

⁶⁸ Por. decyzję KE w sprawie *ECS/AKZO* (Dz.Urz. WE 1985 L 374/1).

⁶⁹ Takiego pojęcia używa B. Sher, op. cit., s. 246.

uzasadnienie zachowań polegających na stosowaniu cen zawyżonych⁷⁰ czy zróżnicowanych⁷¹, redukcji dostaw do niektórych klientów⁷² oraz zakazu nabywania produktów od konkurencyjnych podmiotów⁷³. Dla niestwierdzenia nadużycia pozycji dominującej na gruncie art. 82 TWE, nawet obiektywnie uzasadnione zachowanie musi jednak spełniać **wymóg proporcjonalności**⁷⁴.

Orzecznicza przesłanka „obiektywnego usprawiedliwienia” zachowań przedsiębiorstw dominujących nie tylko pozwala na uwzględnienie w stosowaniu art. 82 TWE także interesów tych przedsiębiorstw⁷⁵, ale może pełnić rolę płaszczyzny szerszego stosowania podejścia ekonomicznego w polityce konkurencji WE.

25. Doktryna „obiektywnego usprawiedliwienia” działań jednostronnych *prima facie* objętych zakazem nadużywania pozycji dominującej musi być koniecznie bardziej rozwinięta w zmodernizowanym systemie stosowania art. 82 TWE. Nie wystarczy powiedzieć, że art. 82 TWE (a więc także art. 8 uokik z 2000 r.) nie ma zastosowania do działań jednostronnych przedsiębiorstw dominujących, które spowodowały efekt wykluczający lub eksploatacyjny, jeżeli podjęcie takich działań da się wytłumaczyć innymi przyczynami niż zamiar spowodowania takich efektów. Oczywiście, można pozostawić tę kwestię dalszemu rozwojowi orzeczniczemu; modernizacja stosowania art. 82 TWE (w tym osiągnięcie wysokiego poziomu jego przejrzystości) trochę jednak wtedy potrwa. KE powinna więc podjąć to wyzwanie w drodze wytycznych politycznych. W pierwszej kolejności powinna wyjaśnić, czy, a jeśli tak, to w jakim zakresie, także na gruncie art. 82 TWE można posługiwać się także innymi doktrynami obronnymi – np. koniecznością sprostania konkurencji (*meeting competition defence*), jak w sprawie *Irish Sugar*⁷⁶ – stosowanymi w postępowaniach z zakresu stosowania art. 81 TWE i/lub prewencyjnej kontroli koncentracji.

4.4. Charakter i granice zakazu nadużywania pozycji dominującej

26. Najwyraźniejszą i najczęściej podkreślaną różnicą między art. 81 TWE i art. 5–7 uokik z 2000 r. oraz art. 82 TWE i art. 8 uokik z 2000 r. jest **formalna odmienność charakteru obu** zawartych w nich **zakazów** – względność zakazu porozumień ograniczających konkurencję i bezwzględność zakazu nadużywania pozycji dominującej (art. 82 TWE). Względność zakazu porozumień ograniczających konkurencję wyraża się przede wszystkim w istnieniu art. 81 ust. 3 TWE czy art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r., które pozwalają zarówno na jego normatywną relatywizację (wyłączenia grupowe), jak i na orzecznicze różnicowanie

⁷⁰ Por. orzeczenie w sprawie 26/75 *General Motors* (Zb. Orz. 1975, 1367).

⁷¹ Por. orzeczenie w sprawie 27/76 *United Brands v. KE* (Zb. Orz. 1978, 207).

⁷² Por. orzeczenie w sprawie 77/77 *Benzine and Petroleum BV v. KE* (Zb. Orz. 1978, 1513).

⁷³ Por. orzeczenie w sprawie C-250/92 *Göttrup-Klim* (Zb. Orz. 1994, I-5641).

⁷⁴ Por. orzeczenie w sprawie 227/73 *BRT v. SABAM II* (Zb. Orz. 1974, 313).

⁷⁵ Por. A. Albors-Llorens, *EC Competition Law and Policy*, Portland 2002, s. 112.

⁷⁶ Por. orzeczenie SPI w sprawie T-228/97 *Irish Sugar v. KE* (Zb. Orz. 1999, II-2969).

klauzul zakazanych *per se* oraz klauzul zakazanych tylko wtedy, gdy ich zakazu nie da się wyłączyć indywidualnie *ex ante* (tak było na gruncie rozporządzenia 17/62) lub zracjonalizować *ex post*⁷⁷, bezpośrednio stosując art. 81 ust. 3 TWE (tak jest obecnie na gruncie rozporządzenia 1/2003) lub art. 7 ust. 1 i 2 uokik z 2000 r. albo normatywnej *rule of reason*⁷⁸ zawartej w art. 6 ustawy antymonopolowej z 1990 r.

Formalnie rzecz biorąc zatem, **zakaz nadużywania pozycji dominującej jest zakazem bezwzględny i o charakterze represyjnym i skutkującym bezpośrednio**. Co więcej, we wspólnotowym zakazie nadużywania pozycji dominującej nigdy nie było i nie ma miejsca ani na wyłączenia grupowe, ani na wyłączenia indywidualne *ex ante*; brak w nim bowiem odpowiednika art. 81 ust. 3 TWE. Było to przez lata koronnym argumentem za stanowiskiem, że art. 82 TWE zawiera zakaz oparty na formule zakazu *per se*, a więc niemożliwa jest także indywidualizowana racjonalizacja tego zakazu *ex post*.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że polska ustawa antymonopolowa z 1990 r. obejmowała normatywną regułą rozsądku (zawartą w jej art. 6) także ówczesny zakaz nadużywania pozycji dominującej (art. 5); umożliwiała więc wprost indywidualną racjonalizację tego zakazu *ex post*. Jednakże w praktyce korzystano z tej możliwości niezwykle rzadko, co było jednak spowodowane przede wszystkim brakiem możliwości wytłumaczenia większości działań jednostronnych polskich „superdominantów” podlegających zakazowi ustawowemu innymi przyczynami, niż chęcią niedopuszczenia do rozwoju konkurencji lub – najczęściej – eksploatacji (wyzysku) klientów (konsumentów).

27. W trakcie prac nad nowym systemem stosowania art. 81 i 82 TWE coraz częściej i śmieiej stawiano jednak pytanie, czy – jak je sformułował R. Whish – art. 82 TWE *obejmuje tylko nadużycia per se*?⁷⁹, a więc czy na gruncie tego przepisu nie jest możliwe rozróżnienie działań jednostronnych zakazanych *per se* i wymagających oceny na zasadach *rule of reason*.

Gdyby odpowiedzi na to pytanie poszukiwać w samym tekście art. 82 TWE (odpowiednio art. 8 uokik z 2000 r.), to łatwo byłoby zauważyć, iż – inaczej niż w art. 81 TWE i art. 5 ust. 1 uokik z 2000 r. – nie mówi się w nich, że zakazane są tylko takie działania jednostronne, których „celem lub skutkiem” jest ograniczenie konkurencji poprzez nadużycie pozycji dominującej; art. 82 TWE i art. 8 uokik z 2000 r. nie zawierają więc „sugestii”, że istnieją takie działania

⁷⁷ Piszę o tym szerzej w: *Instrumenty relatywizacji i racjonalizacji zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, w: *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 247 i d.

⁷⁸ Mam pełną świadomość faktu, że orzecznicze (głównie amerykańskie) rozróżnienie klauzul zakazów *per se* i na gruncie *rule of reason* może służyć analizom antytrustowym na gruncie wspólnotowego i polskiego prawa ochrony tylko *mutatis mutandis*.

⁷⁹ Por. komentarz wstępny do Nr 10/2001 niemieckiego czasopisma *Wirtschaft und Wettbewerb*.

jednostronne firm dominujących, które mogą być zakazane już wtedy, gdy są (dopiero) ich „celem” (*by virtue of its object*)⁸⁰. Na gruncie art. 81 TWE kategoria porozumień (klauzul) zakazanych *per se* jest standardem orzeczniczym⁸¹, potwierdzonym już także normatywnie⁸².

28. Nie ulega wątpliwości, że rozróżnienie między działaniami mieszczącymi się w ramach „normalnej” konkurencji (*competition “on the merits”*) a praktykami jednostronnymi wykraczającymi poza takie działania, a więc nadużywającymi, jest niezmiernie trudne. Biorąc pod uwagę brak jasnej i jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie w orzecznictwie ETS i SPI (jak też polskiego SOKiK), trzeba z dużą ostrożnością wskazywać na działania jednostronne zakazane *per se*, a więc zrównane z porozumieniami (klauzulami) kartelowymi zawierającymi najcięższe ograniczenia konkurencji (*hard-core cartels*). Tocząca się już dyskusja prawników i ekonomistów – obejmująca ze zrozumiałych względów przede wszystkim problematykę zakresu zastosowania zakazu praktyk antykonkurencyjnych (wykluczających), a nie eksploatacyjnych – dotyczy głównie trzech kwestii: (a) samego testu „skutku dla konkurencji” (*effect on competition*) działań jednostronnych, (b) prób klasyfikacji praktyk nadużywających zakazanych *per se* i podlegających ocenie na gruncie reguły rozsądku (*rule of reason*) oraz (c) oceny zakresu zakazu podstawowych, najbardziej typowych praktyk antykonkurencyjnych (wykluczających).

29. Najistotniejszym nurtem tej dyskusji zdaje się być **charakter orzecniczej przesłanki „skutku dla konkurencji”**, jako podstawy uznania za zakazane, a zwłaszcza uznania za zakazane *per se* praktyk antykonkurencyjnych (wykluczających)⁸³. W USA dla uznania praktyk monopolizacyjnych za zakazane na gruncie art. 2 ustawy Shermana, konieczne jest wykazanie rzeczywistego (konkretnego) skutku dla konkurencji, tj. nieusprawiedliwionej manipulacji cenowej lub podażowej, zgodnie z zasadą ochrony konkurencji (konsumentów), a nie konkurenta(-ów)⁸⁴. W dotychczasowym orzecznictwie wspólnotowym dominuje stanowisko, że praktyki takie, np. wyłączność, rabaty lojalnościowe czy klauzule wiązane, są zakazane już wtedy, gdy mogą mieć negatywny wpływ

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Por. orzeczenie SPI w sprawie T-374, 375, 384 i 388/94 *European Night Services v. KE* (Zb. Orz. 1998, II-3141). Warto wszakże nadmienić na marginesie, że w sprawie T-17/93 *Matra Hachette v. KE* (Zb. Orz. 1994, 595), SPI stwierdził, że – w sensie prawnym – nie można całkowicie wykluczyć, że także takie porozumienia (klauzule) mogą spełnić przesłanki art. 81 ust. 3 TWE.

⁸² Por. art. 6 uokik z 2000 r. oraz obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu (Dz.Urz. WE 2001 L 162/21). Por. także przepisy wszystkich rozporządzeń wyłączających określone kategorie porozumień spod zakazu art. 81 ust. 1 TWE; zawierają one listy klauzul zakazanych (tzw. klauzul czarnych), obejmujące przede wszystkim ww. klauzule cenowe, podziałowe i kontyngentowe.

⁸³ Por. D. Sinclair, op.cit., s. 491 i d.

⁸⁴ Por. cyt. przez D. Sinclaira (op. cit., s. 497 i 498) starsze publikacje (głównie E. Fox) uzasadniające pogląd, że *prawo konkurencji chroni konsumentów a nie konkurentów*. Por. też nowszy artykuł E. Fox, *We Protect Competition, You Protect Competitors*, *World Competition*, 2003, 26(2), s. 149–165.

na konkurencję (np. podwyższają bariery wejścia na rynek)⁸⁵; w niektórych orzeczeniach, dotyczących praktyk celowych oraz odmowy dostaw, wymagane jest spełnienie testu „ostrzejszego” – testu prawdopodobieństwa rzeczywistego wykluczenia przynajmniej równie efektywnego konkurenta⁸⁶. Zdaniem D. Sinclaira ten („wyższy”) próg zakazu winien być podstawą zakazu *per se*, podczas gdy test („niższy”) skutku potencjalnego mógłby stanowić swoistą przesłankę odczuwalności (*appreciability test*).

30. Jak się wydaje, potrzeba rozróżnienia nadużywania zakazanego *per se* (bo wykluczenie konkurenta jest jego celem lub rzeczywistym skutkiem) i takiego, które tylko może mieć wpływ na konkurencję, powoli staje się faktem. Pojawiają się wobec tego również pierwsze próby klasyfikacji antykonkurencyjnych (wykluczających) praktyk nadużywania dominacji rynkowej. Th. Eilmansberger np. dzieli te praktyki na dwie grupy: (a) nadużycia zakazane *per se* z uwagi na to, że wykorzystanie władzy rynkowej prowadzi tu do przeniesienia jej na rynki powiązane (*market power leveraging abuses*), np. w drodze wiązania i pakietowania (*tying and bundling*) lub odmowy dostaw (*refusal of deal*); (b) nadużycia władzy rynkowej, które pogarszają strukturę rynku (*market structure abuses*), w przypadku których stwierdzenie zakazu winno wymagać udowodnienia zarówno celu (zamiaru), jak i skutku antykonkurencyjnego⁸⁷.

4.5. Problemy rozumienia i stosowania zakazu do niektórych praktyk wykluczających

31. Rozpoczynająca się dyskusja nad potrzebą i założeniami modernizacji stosowania art. 82 TWE powoli wchodzi też na obszar poszczególnych kategorii nadużywania. Jak się wydaje, dopiero szczegółowa analiza uzasadnień decyzji i orzeczeń stwierdzających (lub nie) naruszenie art. 82 TWE pozwoli odpowiedzieć na pytanie, czy zastosowane w nich podejścia są różne niż podejścia stosowane na gruncie art. 81 TWE i w kontroli koncentracji oraz w orzecznictwie antytrustowym w USA. W dyskusji tej nacisk będzie musiał być położony w szczególności na praktyki antykonkurencyjne (wykluczające), a w szczególności nadużycia polegające na stosowaniu cen drapieżnych, rabatów lojanościowych, klauzul wiązanych i sprzedaży pakietowej oraz odmowy dostępu do urządzeń kluczowych, w tym do praw własności intelektualnej.

32. Stosowanie cen drapieżnych (*predatory pricing*), zwanych też cenami rażąco niskimi (np. w art. 8 ust. 1 uokik z 2000 r.), jest oceniane we WE na bazie standardów

⁸⁵ Por. np. orzeczenia: ETS w sprawie C-333/94P *Tetra Pak v. KE (Tetra Pak II)* (Zb. Orz. 1992, I-5951); SPI z 12 grudnia 2003 r. w sprawie T-219/99 *British Airways v. KE* (jeszcze nieopublikowane). Test potencjalnego skutku dla konkurencji został ostatnio zastosowany przez KE w decyzji z 21 kwietnia 2004 r. w sprawie *Microsoft* (COMP/C-3/37.92).

⁸⁶ Por. np. orzeczenia: ETS w sprawie C-62/86 *AKZO v. KE* (Zb. Orz. 1991, I-3359); SPI w sprawie T-203/01 *Michelin v. KE (Michelin II)* (Zb. Orz. 2003, II-4071).

⁸⁷ Th. Eilmansberger, op. cit., s. 152 i d.,

ustanowionych przez sądy wspólnotowe w sprawach *AKZO i Tetra Pak II*⁸⁸. Zgodnie z tym orzeczeniem, stosowanie cen ustalonych **poniżej średnich kosztów zmiennych** trzeba uznać za nadużycie pozycji dominującej; domniemuje się bowiem wtedy, że u podstaw akceptacji powstałej w ten sposób straty leży zamiar wykluczenia konkurenta(-ów) z rynku. Stosowanie cen ustalonych powyżej średnich kosztów zmiennych, ale **poniżej średnich kosztów całkowitych** może być uznane za praktykę nadużywającą dominacji rynkowej, jeżeli stanowi element planu wykluczenia konkurenta(-ów). Co do zasady, stosowanie cen ustalanych powyżej kosztów nie może być uznane za praktykę drapieżną, ale w szczególnych okolicznościach prawie całkowitego monopolu, strategia selektywnego obniżania cen została uznana za działanie mające na celu eliminację z rynku jedyne go konkurenta; orzeczenie w sprawie *CMB* jest jednak przedmiotem szerokiej dyskusji⁸⁹. We WE decydujące znaczenie ma więc wykazanie zamiaru eliminacji konkurencji⁹⁰.

W dyskusji w sprawie podejścia do cen drapieżnych wskazuje się głównie na to, że w orzecznictwie USA i niektórych innych krajów pozaeuropejskich większy nacisk niż na koszty kładzie się na **możliwość odzyskania** (*recoupment*) przez firmę stosującą ceny ustalone poniżej kosztów **strat** poniesionych z tego tytułu⁹¹. KE i sądy wspólnotowe nie widzą potrzeby przeprowadzania takiego badania⁹². Zdaniem Ph. Lowe'a takie niewielkie różnice w podejściu nie prowadzą jednak do innych wniosków końcowych, jako że wtedy, gdy praktykę stosuje firma dominująca, to bariery wejścia na rynek są zwykle na tyle wysokie, że odzyskanie strat wynikających ze stosowania strategii cen drapieżnych jest z reguły pewne⁹³.

33. W obszarze praktyk polegających na dyskryminacji cenowej⁹⁴, najpoważniejsze różnice między podejściem amerykańskim a europejskim dotyczą tego,

⁸⁸ Por. orzeczenia ETS w sprawach: C-62/86 *AKZO v. KE* (Zb. Orz. 1991, I-3359) oraz C-333/94P *Tetra Pak v. KE* (Zb. Orz. 1996, I-5951).

⁸⁹ Por. orzeczenie ETS w połączonych sprawach C-395/96P i 396/96P *Compagnie Maritime Belge Transports S.A., Compagnie Maritime Belge S.A. & Dafra-Lines A/S* (Zb. Orz. 2000, I-1365).

⁹⁰ Por. Ph. Lowe, *EU Competition Practice on Predatory Pricing. Introductory address to the Seminar Pros and Contras of Low Price*, Stockholm, 5 December 2003; por. www.europa.eu/int/comm/competition/speeches/.

⁹¹ Por.: Ch. Ahlborn, B. Alan, *The Napp Case: A Study of Predation?*, *World Competition* 2003, 26(2), s. 233–262; Ch. Ewald, *Predatory Pricing als Problem der Missbrauchsaufsicht. Eine Bewertung der aktuellen Entscheidungspraxis in den USA und in Deutschland im Luftverkehrssektor*, *Wirtschaft und Wettbewerb*, H. 11/2003, s. 1165–1173; B.A. Facey, R. Ware, *Predatory Pricing in Canada, the United States and Europe: Crouching Tiger or Hidden Dragon*, *World Competition* 2003, 26(4), ss. 625–660; C. Ritter, *Predatory Pricing Law in Canada, Australia and New Zealand: Recent Development*, *ECLR* 2005, 26(1), s. 48–56.

⁹² Por. cyt. wyż. orzeczenie ETS w sprawie C-333/94 P w sprawie *Tetra Pak II* oraz decyzję KE z 16 lipca 2003 r. w sprawie *Wanadoo Interactive* (COMP/38.233) (jeszcze nieopublikowaną, ale dostępną na stronie internetowej: www.europa.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38233.en/pdf).

⁹³ *How Different is EU Antitrust*, op. cit., s. 6.

⁹⁴ Z nowszych opracowań por. np.: P. Muysert, *Price Discrimination – An Unreliable Indicator of Market Power*, *ECLR* 2004, 25(6), s. 350–355; S.M. Lage, *Community Policy on Discriminatory Pricing: A Practitioner's Perspective* ([www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003\(papers\).shtml](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003(papers).shtml)).

jak traktuje się tam i tu **rabaty lojalnościowe** (*fidelity rebates*)⁹⁵. W USA uważa się, że wszelkie obniżki cen są prokonkurencyjne, chyba że są instrumentem strategii cen drapieżnych (tzn. zmierzają do eliminacji z rynku przynajmniej tak samo efektywnego konkurenta). We WE i w większości jej państw członkowskich ocena tych rabatów zależy przede wszystkim od tego, czy stanowią one przejaw normalnej konkurencji (*competition on merits*)⁹⁶ czy też służą wykluczeniu konkurenta (-ów) z rynku. Tę drugą sytuację sądy wspólnotowe stwierdziły w przypadkach, w których firma dominująca udziela: (a) tym większego rabatu, im większy jest udział sprzedawanych przez nią produktów w zakupach jej klienta⁹⁷; (b) zindywidualizowanego rabatu za utrzymanie lub zwiększenie wielkości zakupów w okresie przyszłym w stosunku do poziomu dotychczasowych zakupów danego klienta⁹⁸; (c) rabatu za osiągnięcie określonego, zestandaryzowanego dla wszystkich klientów, a więc niedyskryminującego poziomu zakupów w określonym okresie przyszłym⁹⁹.

Zdaniem sądów wspólnotowych zatem, rabaty lojalnościowe sztucznie podwyższają koszty zmiany dostawcy, a przez to mają efekt zamykający (*foreclosure effect*); tym samym nie są one w interesie konkurencji i konsumentów w ogóle¹⁰⁰.

34. We wspólnotowym prawie (art. 81 ust. 1 lit. e i art. 82 lit. d TWE) i orzecznictwie uznaje się, że transakcje i **działania** jednostronne, które **wiążą** (*tying*) lub **pakietują** (*bundling*) **oferowane produkty** mogą naruszać oba zakazy praktyk ograniczających konkurencję (choć w przypadku porozumień, dopiero powyżej progu wyłączenia¹⁰¹)¹⁰². Znalazło to swoje pełne potwierdzenie w dotychczasowym orzecznictwie sądów wspólnotowych w sprawach naruszenia art. 82¹⁰³. Niewielkie są też różnice w podejściu do takich działań w orzecznictwie wspólnotowym i amerykańskim.

⁹⁵ Z nowszych opracowań por. np.: F.P. Maier-Rigaud, *Switching Costs in Retroactive Rebates – What’s Time Got to Do With it?* ECLR 2005, 26(5), s. 272-276; L. Gyselen, *Rebates: Competition on Merits or Exclusionary Practice?* ([www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003\(papers\).shtml](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003(papers).shtml)).

⁹⁶ W tych kategoriach trzeba oczywiście traktować rabaty ilościowe przyznawane wszystkim konsumentom.

⁹⁷ Por. orzeczenie ETS w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche* (Zb. Orz. 1979, 461).

⁹⁸ Por. orzeczenie ETS w sprawie 322/81 *Michelin I* (Zb. Orz. 1983, 3461).

⁹⁹ Por. orzeczenia SPI w sprawach T-203/01 *Michelin v. KE (Michelin II)* (Zb. Orz. 2003, II-4071) oraz T-219/99 *British Airways v. KE* (jeszcze nie opublikowane). Por. Także Ch. Roques, *CFI Judgment, Case T-203/01 Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v. Commission*, ECLR 2004, 25(11), s. 688-693).

¹⁰⁰ Por.: Ph. Lowe, *How Different is EU Antitrust?*, op. cit., s. 7; H.G. Kamann, E. Bergmann, *The Granting Rebates by Market Dominant Undertakings Under Article 82 of the EC Treaty*, ECLR 2005, 26(2), s. 82–88.

¹⁰¹ Por. art. 3 rozporządzenia (WE) Nr 2790/1999 Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do grup wertykalnych porozumień i praktyk uzgodnionych (Dz.Urz. WE 1999 L 336/21).

¹⁰² Z nowszych opracowań por. np. A.J. Padilla, *A Pragmatic Approach to Identifying and Analysing Legitimate Tying Cases* ([www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003\(papers\).shtml](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003(papers).shtml)).

¹⁰³ Por. orzeczenia ETS w sprawach: 85/76 *Hoffmann-La Roche* (Zb. Orz. 1979, 461) oraz *Tetra Pak II* 333/94 P (Zb. Orz. 1996, I-5951).

Niedawna decyzja KE w sprawie *Microsoft*¹⁰⁴, stwierdzająca nadużycie przez Microsoft jego „superdominacji” na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych, polegające na wiązaniu z programem Windows programu multimedialnego, jest przez jednych akceptowana¹⁰⁵, przez innych kontestowana zarówno co do istoty tego powiązania (funkcjonalnego, a nie fizycznego, jak w przypadku „gwoździ” i „pistoletów do wbijania gwoździ”)¹⁰⁶, jak i co do zastosowanego środka zaradczego (*remedy*)¹⁰⁷.

35. Tradycyjnie uznaje się w orzecznictwie wspólnotowym za praktykę wykluczającą tzw. **odmowę dostaw** (*refusal to supply*) do istniejącego klienta¹⁰⁸. Jak się wszakże wydaje, właśnie postępująca ekonomizacja stosowania art. 82 TWE i osłabienie prymatu „integracji” nad „konkurencją” sprawiają, że nie jest już np. wcale pewne, czy odmowa dominującego producenta leków zrealizowania całego zamówienia dotychczasowego odbiorcy – w tym zamówienia przeznaczanego na eksport leków do krajów, w których są one droższe – zostanie uznana przez ETS za naruszenie art. 82 TWE¹⁰⁹.

36. Jednym z najważniejszych obszarów postępującej konwergencji amerykańsko-wspólnotowej oraz ekonomizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej (art. 82 TWE) jest **traktowanie** tzw. **urządzeń kluczowych** (*essential facilities*). Doktryna ta, mająca ewidentnie amerykański rodowód, została przejęta na grunt wspólnotowy w regulacjach sektorowych¹¹⁰ oraz w sprawach

¹⁰⁴ Por. decyzję KE z 24 marca 2004 r. w sprawie *Microsoft* (COMP/37.792) (jeszcze nieopublikowaną, dostępną tylko na stronie internetowej www.eu.europa.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792.en/pdf, oraz wyrok SPI z 22 grudnia 2004 r. w sprawie T-201/04 *Microsoft v KE* (nieopublikowane). W sprawie tej KE nałożyła na Microsoft najwyższą w historii stosowania art. 82 TWE karę pieniężną (497 mln. euro). Por. szerzej np.: T. Bagdziński, *Microsoft a prawo konkurencji USA i UE*, w: *Ochrona konkurencji niezależna regulacja sektorowa. W 5. rocznicę ustanowienia Jean Monet Chair on European Economic Law*. Red. T. Skoczny, *Problemy Zarządzania* 3/2004(5), Wydział Zarządzania UW, Warszawa 2004, s. 59–70.

¹⁰⁵ Por. M. Dolmans, Th. Graf, *Analysis of Tying Under Article 82: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective*, *World Competition* 2004, 27(2), s. 225–244.

¹⁰⁶ Por. orzeczenie SPI w sprawie T-30/90 *Hilti v. KE* (Zb. Orz. 1991, II-1439).

¹⁰⁷ Por. J.-Y. Art., G. v. S. McCurdy, *The European Commission's Media Player Remedy in its Microsoft Decision: Compulsory Code Removal Despite the Absence of Tying or Foreclosure*, *ECLR* 2004, 25(11), s. 694–707.

¹⁰⁸ Standard orzeczniczy w tym zakresie wyznaczyło orzeczenie ETS w sprawach 6-7/73 *ICI & CSC* (Zb. Orz. 197, 223). Por. także orzeczenie ETS w sprawie 27/76 *United Brands* (Zb. Orz. ETS 1978, 207).

¹⁰⁹ Por. orzeczenia ETS w sprawach: 6/73 *Comercial Solvents v. KE* (Zb. Orz. 1974, 223) i 27/76 *United Brands v. KE* (Zb. Orz. 1978, 207). Por. także R. Subiotto, R. O'Donoghue, *Defining the Scope of the Duty of Dominant Firms to Deal with Existing Customers under Article 82 EC*, *ECLR* 2003, 24(12), s. 683–694. Wg opinii Rzecznika Generalnego w sprawie C-53/03 *SIFAIT v. GlaxoSmithKline* odmowa taka nie powinna być uznana automatycznie za nadużycie pozycji dominującej.

¹¹⁰ Najszerzą i najnowszą monografię tej doktryny i jej zastosowań w orzecznictwie amerykańskim i europejskim zawiera praca: A. Beckmerhagen, *Die essential facilities in US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002. Najszerzą analizę tej doktryny w języku polskim zawiera praca: J. Majcher, *Antymonopolowa doktryna essential facilities jako instrument zapewnienia konkurencji na rynkach powiązanych*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005 (w druku).

antymonopolowych dotyczących dostępu stron trzecich (*Third Party Access, TPA*)¹¹¹, chociaż – przynajmniej terminologicznie – nie zostało to jeszcze ostatecznie potwierdzone przez sądy wspólnotowe¹¹². Nie ulega wszakże wątpliwości, że orzecznicze listy kryteriów zastosowania tej doktryny do nałożenia na dysponenta urzędzeń obowiązku udzielenia dostępu do nich firmom, z którymi konkuruje on na rynkach usług świadczonych przy pomocy tych urzędzeń, są bardzo podobne; ekonomiczne standardy dowodowe dotyczące w szczególności testów „obiektywnej nieodzowności” dostępu i „obiektywnej niemożliwości duplikacji” takiego urzędzenia, winny być wszakże określone wyraźnie w planowanych wytycznych KE. Tak samo ważne jest precyzyjne określenie, jakie mogą być „obiektywne uzasadnienia” odmowy dostępu do tych urzędzeń przez właściciela, nienaruszającej art. 82 TWE.

37. W tym kontekście właśnie powróciła w ostatnim okresie dyskusja wokół relacji między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej. Jeżeli bowiem uznać, że prawa własności intelektualnej (*intellectual property rights, IPR*) mogą spełniać testy urzędzeń kluczowych, a podejście to zostało już w zasadzie potwierdzone w orzecznictwie wspólnotowym¹¹³, to **zapewnienie TPA do IPR** wiąże się nieodłącznie z udzieleniem licencji przymusowej¹¹⁴. Szeroka dyskusja, jaka toczy się aktualnie na łamach czasopism naukowych i profesjonalnych na gruncie najnowszych orzeczeń w sprawach *IMS*¹¹⁵ (sprawa odmowy przez dostawcę danych o sprzedaży leków udzielenia konkurentowi licencji praw autorskich do struktury bazy tych danych)¹¹⁶ i *Microsoft*¹¹⁷ (sprawa odmowy udostępnienia interfejsów do komunikacji z programem Windows użytkownikom programów operacyjnych dla serwerów oferowanych przez innych dostawców)¹¹⁸ świadczy o tym, że nie wszystko zostało jeszcze w tym zakresie powiedziane,

¹¹¹ Por. np. O. Stehmann, *Applying „Essentials Facilities” Reasoning to Passenger Rail Services in the EU – the Commission Decision in the Case GVG*, ELCR 2004, 25(7), s. 390–394.

¹¹² Por. orzeczenie ETS w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner v. Mediaprint* (Zb. Orz. 1998, I-7791). Z najnowszych opracowań por. także D.J. Neven, *The Interface Between Competition Policy and Contract Law. The Case of Essential Facilities* ([www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003\(papers\).shtml](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003(papers).shtml)).

¹¹³ Por. orzeczenie ETS w sprawie C-76, 77 i 91/89 *RTE & ITP v. KE (Magil)* (Zb. Orz. 1995, I-743).

¹¹⁴ Por.: A. Shah, *The Abuse of Dominant Position under Article 82 of the Treaty of European Community: Impact on Licensing of Intellectual Property Rights* (jip.kentlaw.edu/art/volume3/3-1-3.htm); D. Wielsch, *Competition for Information Platform Technology*, ECLR 2004, 25(2), s. 95–106. Z nowszych opracowań por. także opublikowane internetowo ([www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003\(papers\).shtml](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003(papers).shtml)) opracowania: I. Forrester, *EC Competition Law as Limitation on the Use of IP Rights In Europe: Is there Reason to panic?*; J. Temple Lang, *Anticompetitive Abuse Under Article 82 Involving Intellectual Property Rights*; C.M. Villarejo, *Abuses of a Dominant Position in Information Technology Industries (IT)*.

¹¹⁵ Por. orzeczenie ETS (z dnia 29 kwietnia 2004 r.) w sprawie C-418/01 *IMS Heath v. NDC Heath* (jeszcze nieopublikowane).

zwłaszcza w kontekście analiz ekonomicznych zarówno tego, jakie skutki dla innowacyjności gospodarki jako instrumentu podwyższania poziomu dobrobytu konsumentów przyniesie przymusowe (dla konkurentów „wygodne”) udostępnienie IPR bez określenia warunków tego udostępnienia¹¹⁹.

Warto w szczególności wyrazić zdziwienie, że Prezes SPI oddalił skargę firmy Microsoft na tę część decyzji KE, która nakazuje jej udostępnienia protokołu interoperacyjnego Windows konkurentom, co może wyrządzić firmie niepowetowaną stratę, gdyby SPI unieważnił zasadniczą decyzję KE.

5. Podsumowanie

38. Podsumowując powyższy przegląd problemów i poglądów, można na wstępie stwierdzić, że zasadniczym celem oczekiwanej modernizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej (art. 82 TWE) nie będzie z całą pewnością, bo być nie musi (a w przypadku ich zakresu podmiotowego – nie może), doprowadzenie do jego pełnej konwergencji z amerykańskim zakazem monopolizacji (art. 2 ustawy Shermana), chociaż nie ulega też wątpliwości, że pogłębienie ekonomizacji stosowania art. 82 TWE zmniejszy zakres ich dywergencji¹²⁰.

39. Zasadniczym celem tej modernizacji musi być – i z całą pewnością będzie – zapewnienie spójności aksjologicznej i zintegrowanego podejścia do stosowania wszystkich wspólnotowych reguł konkurencji, w tym obu zakazów praktyk ograniczających konkurencję (art. 81 i 82 TWE). Chodzi tu

¹¹⁶ Por.: E. Derclaye, *Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights: A Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law*, World Competition 2003, 26(4), s. 685-705; V. Hatzopoulos, *Case C-418/01, IMS Heath GmbH v NDC Heath GmbH, judgment of the Fifth Chamber of 29 April 2004*, CMLR 2004, 41(6), s. 1613-1638; N. Le, *What Does “Capable of Eliminating All Competition” Mean?*, ECLR 2005, 26(1), s. 6-10; B. Ong, *Building Trick Barricades and other Barriers to Entry: Abusing Dominant Position by Refusing to Licence Intellectual Property Rights*, ECLR 2005, 26(4), s. 215-224.

¹¹⁷ Por. cyt. wyz. decyzję KE z 24 marca 2004 r. w sprawie *Microsoft* (COMP/37.792); Microsoft złożył skargę o unieważnienie tej decyzji oraz wniosek o wstrzymanie jej wykonania do czasu rozstrzygnięcia w sprawie zasadniczej przez SPI. Prezes SPI, zarządzeniem z 22 grudnia 2004 r. w sprawie T-201/04 *Microsoft* (nieopublikowanym jeszcze), odrzucił ten wniosek. Autorskie uzasadnienie decyzji prezentują N. Banasevic, J. Huby, M. Pena Castellot, O. Sitar, *Commission adopts Decision in the Microsoft Case*, Competition Policy Newsletter, Number 2 – Summer 2004, s. 44-48.

¹¹⁸ Por. F. Fichert, A. Johns, *Wettbewerbsschutz auf dem Markt für Server-Betriebs-Systeme. Wettbewerbspolitische Anmerkungen zur Microsoft-Entscheidung der EU-Kommission*, Wirtschaft und Wettbewerb, H. 9/2004, s. 907-917.

¹¹⁹ Por.: D. Geradin, *Limiting the Scope of Article 82: What Can the EU Learn from the US Supreme Court’s Judgment in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?*, CMLR 2004, 41(6), s. 1519-1553; D. Ridyard, *Compulsory Access under EC Competition Law – A New Doctrine and the Case for Price Regulation*, ECLR 2004, 25(11), s. 669-673.

¹²⁰ Zgadzam się w tym zakresie z poglądem Ph. Lowe’a.

w szczególności o to, żeby wraz z pogłębianiem się jednolitego rynku wewnętrznego dominującego znaczenia nabierał aksjologiczny imperatyw „wolnej i niezakłóconej konkurencji”¹²¹ i podstawowy cel ochrony konkurencji, jakim jest zapewnienie najwyższego możliwego poziomu dobrobytu konsumentów, co oczywiście musi wiązać się z dalszą ekonomizacją stosowania reguł konkurencji. Należy oczekiwać, że w planowanych na koniec 2005 r. dokumentach politycznych dotyczących stosowania art. 82 TWE, KE określi granice równoczesnego stosowania innych celów polityki konkurencji, a zwłaszcza celu integracyjnego (w tym przeciwdziałania ograniczeniom handlu równoległego); w kategoriach aksjologicznych najważniejsze jest bowiem, żeby cele polityki konkurencji były przejrzyste dla przedsiębiorstw (w tym firm dominujących).

40. Oczekiwane dokumenty winny zapewnić także swoistą „jasność polityczną” interpretacji wszystkich przesłanek zakazu nadużywania pozycji dominującej („rynku właściwego”, „pozycji dominującej” i jej „nadużywania”). Sądzę, że obwieszczenie w sprawie definiowania rynku wewnętrznego nie spełnia dziś wszystkich oczekiwań, zwłaszcza w odniesieniu do rynków zdominowanych, a więc powinno być zmodernizowane. KE winna też spróbować uszczegółowić rodzaje „więzi gospodarczych” oligopolistów mogących konstytuować kolektywną pozycję dominującą, wyraźnie określić różnice między obowiązkami firm „dominujących” i „superdominujących” oraz sprecyzować istotę i rodzaje „obiektynych uzasadnień” działań, które *prima facie* podlegają zakazowi art. 82 lit. a–d TWE. Firmy oczekują oczywiście precyzyjnej interpretacji przesłanek każdego z przejawów nadużywania wymienionych przykładowo w tym przepisie.

Osobiście jestem zwolennikiem zakreślenia przez KE zmodernizowanych podstaw obu głównych rodzajów nadużywania pozycji dominującej „praktyk wykluczających” i „praktyk eksploatacyjnych”, tj. wskazania – odpowiednio – ich efektów horyzontalnych lub wertykalnych, uzasadniających zakaz¹²², oraz obu głównych jego obszarów – „praktyk cenowych” i „praktyk niecenowych”, tj. wskazania – odpowiednio – ich efektów dla konkurencji cenowej oraz innych parametrów konkurencji.

41. Na tle praktyki stosowania art. 82 TWE w ostatnim okresie warto wskazać na dwa obszary, w których szczególnie konieczne jest wypracowanie i wdrożenie nowego podejścia do oceny zachodzących zjawisk związanych z dysonowaniem przez niektóre firmy tzw. urządzeniami kluczowymi:

1. obszar zapewniania dostępu do urządzeń technicznych w sektorach (z)liberalizowanych na warunkach ekonomicznie uzasadnionych; w tym kontekście istotne jest zwłaszcza wypracowanie zasad podziału zadań i kompetencji organów ochrony konkurencji (interweniujących *ex post*) oraz organów

¹²¹ Por. Art. 3 ust. 2 projektu Konstytucji dla UE.

¹²² W pełni popieram podobną propozycję B. Shera, op. cit. s. 245.

niezależnej regulacji sektorowej (interweniujących *ex ante*), jeżeli organy te mają działać w tych samych sektorach (np. telekomunikacji),

2. obszar zapewniania dostępu do praw własności intelektualnej (IPR); klasyczna formuła rozróżnienia „istnienia” i „wykonywania” IPR zdaje się już nie wystarczać dla wyznaczenia przejrzystych granic stosowania wspólnotowych reguł konkurencji w sytuacji zróżnicowania narodowych systemów ochrony własności¹²³.

42. Ww. problemy muszą być wyjaśnione jak najszybciej. Główną przyczyną tego pośpiechu jest decentralizacja systemu stosowania art. 81 i 82 TWE, wprowadzona rozporządzeniem 1/2003. Z badań wynika, że po jego wejściu w życie około 90% spraw z zarzutu nadużywania pozycji dominującej toczy się przed krajowymi organami antymonopolowymi. Dla polskiego organu ochrony konkurencji (a w perspektywie także sądów powszechnych) wyjaśnienie tych problemów ma znaczenie także dlatego, że sprawy z zakresu nadużywania pozycji dominującej na krajowych rynkach właściwych wciąż stanowią bardzo poważną część toczących się przed nim postępowań; warto zastanowić się, czy to „przejaw nadinterwencji” czy „cena sukcesu” w dziedzinie tworzenia warunków dla rozwoju konkurencji w naszym kraju¹²⁴.

43. Będąc prawnikiem, a jednocześnie tak zdecydowanie opowiadając się za pogłębieniem podejścia ekonomicznego (opartego oczywiście na ustaleniach współczesnej ekonomii dobrobytu) także do analizowania praktyk nadużywania pozycji dominującej, nie mogę nie zauważyć na zakończenie, że nie wydaje mi się, żeby oznaczało to osłabienie analiz prawnych. Jestem przekonany, że w procesach stosowania reguł ochrony konkurencji nie chodzi o konkurencję między „prawem” a „ekonomią”¹²⁵, lecz o kooperację prawników i ekonomistów, tak w praktyce (np. w działalności UOKiK w kolejnych latach jego funkcjonowania oraz w ramach ECN czy ICN), jak i w badaniach naukowych z zakresu „prawa i ekonomii ochrony konkurencji” (*Law and Economics of Antitrust*).

¹²³ Mam pełną świadomość faktu, że nikt, w tym KE, nie odważy się obecnie na jakiegokolwiek działania polityczne, dopóki SPI nie rozpatrzy skargi Microsoft na cyt. wyż. decyzję KE z 21 kwietnia 2004 r. (COMP/37.792).

¹²⁴ W latach 90. postępowań tych było w Polsce najwięcej ze wszystkich państw Europy Środkowej i Wschodniej. R. Pittman, *Abuse-of-Dominance Provisions of Central and Eastern European Competition Laws: Have Fears of Over-Enforcement Been Borne Out?*, *World Competition* 2004, 27(2), s. 245–257.

¹²⁵ Por. M. Hutchings, *The Competition Between Law and Economics*, *ECLR* 2004, 25(9), s. 531–533.

Stanisław Sołtysiński

**OGRANICZENIA SWOBODY KONTRAKTOWEJ
W UMOWACH LICENCYJNYCH
WYNIKAJĄCE Z PRZEPISÓW
UNIJNEGO PRAWA ANTYMONOPOLOWEGO
W ŚWIETLE ROZPORZĄDZENIA KOMISJI NR 772/2004**

1. Wprowadzenie

Patenty i inne prawa własności intelektualnej przyznają uprawnionym wyłączność w zakresie eksploatacji wynalazków, utworów chronionych przez prawa autorskie oraz innych dzieł i innowacji. Własność intelektualna umożliwia uzyskanie monopolistycznej pozycji na określony produkt i na konkretnym rynku. Z natury rzeczy „kohabitacja” między prawami własności intelektualnej a ustawodawstwem antymonopolowym obfituje w rozliczne konflikty. Obecny kompromis między prawami własności intelektualnej a prawem antytrustowym ilustruje przepis art. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹. Stanowi on z jednej strony, że ustawa *nie narusza praw przysługujących na podstawie przepisów dotyczących ochrony własności intelektualnej i przemysłowej, w szczególności przepisów o ochronie wynalazków (...)*, a z drugiej strony stanowi, iż znajduje ona zastosowanie do umów licencyjnych i kontraktów *know-how*. Upraszczejac nieco problem można stwierdzić, że jakkolwiek prawo antymonopolowe nie narusza praw

¹ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. (tekst jednolity z dnia 17 maja 2003 r., Dz.U. Nr 86, poz. 804 z późn. zm.

własności intelektualnej, to umowy i inne praktyki mające za przedmiot eksploatację patentów, tajemnic przedsiębiorstwa, praw autorskich i innych praw własności intelektualnej podlegają rygorom prawa antymonopolowego.

Granice ingerencji ustawodawstwa antytrustowego w dziedzinie transferu technologii są płynne. Sprawa pożądanego stopnia ingerencji dzieli ekonomistów, polityków i przedstawicieli kół gospodarczych. W Stanach Zjednoczonych, począwszy od końca XIX w. rosła liczba precedensów, które identyfikowały rozmaite formy nadużycia praw patentowych² oraz restrykcyjnych praktyk licencyjnych (*restrictive license practices*). „Inwazja” prawa antytrustowego w dziedzinie kontraktów transferu technologii osiągnęła swoje apogeum w Stanach Zjednoczonych w 1981 r., kiedy ogłoszono listę aż dziewięciu praktyk licencyjnych, które zostały uznane przez zastępcę Prokuratora Generalnego Lipsky’ego za niemal *per se* nielegalne³. Lista ta obejmowała: (I) transakcje wiązane (*tie-ins*), (II) obowiązek licencjobiorcy przeniesienia na licencjodawcę innowacji powstałych po zawarciu umowy licencyjnej (*grant-backs*), (III) ograniczenia licencjobiorcy dotyczące zbywania produktów licencyjnych (*resale restrictions*), (IV) ograniczenia licencjobiorcy dotyczące działalności w zakresie nieobjętym licencjonowanym patentem, (V) ograniczenia licencjodawcy w zakresie udzielania dalszych licencji, (VI) wymogi nabywania pełnego pakietu licencyjnego określonego przez licencjodawcę (*mandatory package licensing*), (VII) wymóg płacenia przez licencjobiorcę *royalties* od produktów nieobjętych technologią będącą przedmiotem licencji, (VIII) ograniczenia licencjobiorcy, który uzyskał licencję na opatentowany proces w zakresie zbywania produktów wytworzonych w oparciu o taki patent (*restrictions on licensee’s sale of products made by use of the patented process*) oraz (IX) ustalanie minimalnej ceny sprzedaży produktów licencyjnych (*minimum price covenants of the licensed products*)⁴. Kilka innych praktyk licencyjnych uznano za nieważne *per se* orzecznictwo sądowe (np. zakazy kwestionowania przez licencjobiorcę ważności patentów licencjodawcy).

Standardy amerykańskiego prawa antytrustowego zostały przyjęte w znacznej mierze przez Unię Europejską i znalazły wyraz w kolejnych rozporządzeniach, które zawierały tzw. czarne (tzn. zakazane) i białe (dozwolone) listy praktyk licencyjnych. Celem tych rozporządzeń było przede wszystkim określenie typów umów transferu technologii, które pod pewnymi warunkami zostały wyłączone spod sankcji prawa antytrustowego (tzn. zakazów przewidzianych w art. 85 (1) Traktatu Rzymskiego). Rozporządzenia te – obok generalnego zwolnienia licencji umieszczonych na tzw. białej liście od obowiązku notyfikowania takich umów w Komisji, pełniły także swoistą funkcję dydaktyczną przez publikowanie

² Z czasem wykształciła się doktryna nadużycia patentu (*patent misuse doctrine*).

³ Praktyki nielegalne *per se* uniemożliwiają w zasadzie ich usprawiedliwienie w myśl tzw. zasady rozsądku.

⁴ Por. szerzej G. Sobel: *Exploitation of Patents and the Antitrust Laws*, w: *Technology Licensing 1989*, Practising Law Institute 1989, s. 91 i nast.

czarnych list praktyk zakazanych⁵. Jednocześnie rosła lista precedensów rozstrzyganych przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, który dokonywał kolejnych wyłomów w sferze wolności umów na obszarze praw własności intelektualnej.

Doświadczenia Stanów Zjednoczonych i państw Wspólnego Rynku usiłowały wykorzystać państwa regionu Pacyfiku i Ameryki Łacińskiej. W końcu lat 70. UNCTAD prowadził intensywne prace nad kodyfikacją restryktywnych umów transferu technologii w handlu międzynarodowym. Kilkuletnia konferencja dyplomatyczna z udziałem rozwiniętych państw gospodarki rynkowej, państw rozwijających się i krajów socjalistycznych zakończyła się niepowodzeniem. Państwa reprezentujące eksporterów własności przemysłowej nie były zainteresowane poddawaniem się ograniczeniom krępującym swobodę importerów technologii, a jednocześnie w Stanach Zjednoczonych, Europie Zachodniej i Japonii narastała krytyka nadmiernej ingerencji prawa antytrustowego w sferę swobody umów licencyjnych.

Istotną rolę w procesie stopniowego ograniczania roli prawa antytrustowego odegrały takie czynniki, jak skuteczny *lobbying* organizacji przedsiębiorstw innowacyjnych oraz argumenty szkoły chicagowskiej, proklamujące potrzebę rewizji polityki antytrustowej. Za czasów prezydentury Reagana złagodzone w drodze ustawy doktrynę „nadużycia patentu”⁶. Co więcej, Departament Sprawiedliwości zmienił radykalnie swoją politykę w odniesieniu do transgranicznych umów transferu technologii. W 1988 r. Departament Sprawiedliwości ogłosił nowe wytyczne, które praktycznie zniosły listę praktyk zakazanych *per se*. Nowa doktryna głosiła, że właściciel *własności intelektualnej jest uprawniony korzystać w pełni z siły rynkowej, jaką czerpie z takich praw*⁷.

Złagodzenie polityki antytrustowej w Stanach Zjednoczonych spowodowało z czasem zmiany polityki egzekwowania prawa antymonopolowego również w Unii Europejskiej. Jednym z przejawów tej tendencji jest grupowe wyłączenie porozumień dotyczących umów licencyjnych przyjęte w rozporządzeniu Komisji Europejskiej z dnia 27 kwietnia 2004 r. nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 81(1) TWE do określonych kategorii porozumień dotyczących transferu technologii⁸. Rozporządzenie to stanowi rezultat krytycznej oceny rozporządzenia nr 240/96, któremu koła gospodarcze zarzucały brak ekonomicznego podejścia wobec dotychczasowych zakazów prawa antytrustowego⁹. Nowe

⁵ Por. rozporządzenie Komisji Europejskiej nr 240/96 z dnia 31 stycznia 1996 r. o zastosowaniu art. 85 (3) Traktatu do określonych kategorii umów transferu technologii.

⁶ G. Sobel, *op.cit.*, s. 144–145.

⁷ US Department of Justice Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, 55 Antitrust and Trade Reg. Rep. BNA, No. 1391 z 17 listopada 1988 r.

⁸ Dz.Urz. WE L 123 z 4 stycznia 2003 r., s.11 i nast. Nowe rozporządzenie powoduje konieczność aktualizacji niektórych postanowień rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2002 r. w sprawie wyłączenia niektórych porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 137, poz. 1152).

⁹ Por. szerzej G. Materna, *Nowe wspólnotowe reguły grupowych wyłączeń umów o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, PPH nr 6/2004 r., s.13 i nast.

rozporządzenie Komisji Europejskiej podkreśla, że jego celem było z jednej strony uproszczenie regulacji i wzmocnienie bezpieczeństwa prawnego przedsiębiorców, a z drugiej strony zapewnienie efektywnej konkurencji w ramach Jednolitego Rynku¹⁰.

Na zakończenie niniejszego wprowadzenia warto uczynić dwie uwagi. Po pierwsze, trudno ocenić, czy liberalizacja regulacji umów licencyjnych będzie zjawiskiem trwałym i czy osiągnęła już swoje apogeum. Podkreślane dziś w Brukseli ekonomiczne podejście (*economics-based approach*) do analizowanej problematyki stanowi głównie wyraz stanowiska jednej ze szkół ekonomii politycznej, a mianowicie przedstawicieli szkoły chicagowskiej, która niewątpliwie osiągnęła swój szczyt popularności w latach 90. ubiegłego stulecia. Obserwujemy także coraz więcej krytycznych wypowiedzi ekonomistów o negatywnych skutkach nadmiernej ochrony własności intelektualnej, a co za tym idzie – o konieczności wzmocnienia roli prawa antymonopolowego¹¹. Krytycy nadmiernej ochrony własności intelektualnej zwracają uwagę, że jej koszty społeczne nakładane głównie poprzez instrument umowy licencyjnej są szczególnie dotkliwe dla państw-importerów technologii. Należy pamiętać, że Polska jest niemal wyłącznym importerem nowych rozwiązań technicznych. Powinna zatem prowadzić politykę antytrustową zapewniającą równowagę interesów dostawców i реципиентów technologii. Korzyści w tej materii związane z przystąpieniem do UE są również znaczące. Po pierwsze, przedsiębiorcy polscy stali się beneficjentami zakazów podziału Jednolitego Rynku przez dostawców technologii i doktryny wyczerpania praw własności intelektualnej w obrębie Wspólnoty. Oznacza to, że mogą oni nabywać produkty chronione prawami patentowymi od najtańszego dystrybutora na obszarze Jednolitego Rynku. Po drugie, Polska wraz z innymi nowymi państwami Unii uzyskała wpływ na kształtowanie polityki Wspólnoty w dziedzinach prawa własności intelektualnej i egzekwowania prawa antymonopolowego.

2. Podstawowe założenia rozporządzenia nr 772/2004

Rozporządzenie dotyczy w zasadzie wyłącznie bilateralnych umów transferu technologii zawieranych między licencjodawcą a licencjobiorcą. Nie obejmuje więc np. wielostronnych umów licencyjnych oraz kontraktów badawczo-rozwojowych. Komisja Europejska wychodziła z założenia, że umowy wielostronne niosą za sobą większy potencjał zagrożeń konkurencji i nie powinny korzystać z przywileju wyłączenia spod rygorów art. 81(1) TWE. Z art. 2 rozporządzenia wynika, że obejmuje ono umowy licencyjne mające za przedmiot wytwarzanie

¹⁰ Punkt 4 wprowadzenia do rozporządzenia.

¹¹ Świadczą o tym m.in. wypowiedzi takich znanych ekonomistów jak Lester Thurow, Joseph Stiglitz i Jeffrey Sachs oraz wyniki *Report of the Commission on Intellectual Property Rights*, London 2002.

produktów zawierających licencyjną technologię lub produkowanych w oparciu o taką technologię. Rozporządzenie nie znajduje zastosowania do umów o wspólnym udzielaniu licencji (*patent pools*) nawet wówczas, jeśli stronami kontraktu są tylko dwa podmioty. Co do zasady, rozporządzenie zezwala licencjodawcy nakładać na licencjobiorcę obowiązek ustanowienia określonego systemu dystrybucji licencjonowanych produktów. Umowy licencyjne z dystrybutorami muszą jednak być zgodne z odrębnymi przepisami unijnymi dotyczącymi kontraktów dystrybucyjnych. Rozporządzenie zawiera kilkanaście definicji legalnych, obejmujących kluczowe terminy używane w tym akcie prawnym (art. 1). Definicja „umowy transferu technologii” (art. 1b) określa jednocześnie typy licencji, które podlegają wyłączeniu spod nakazów art. 81 ust. 1 TWE.

Termin „umowa transferu technologii” obejmuje licencje patentowe, licencje *know-how* oraz programów komputerowych (*software*), a także licencje mieszane obejmujące jakąkolwiek kombinację zezwolenia na korzystanie z wymienionych trzech typów innowacji (np. licencje dotyczącą patentu i *know-how*). Pod pewnymi warunkami w definiowanym pojęciu umieszcza się także umowy przenoszące na nabywcę patent, *know-how* lub *software* lub kombinację wymienionych typów własności intelektualnej, jeżeli zbywca ponosi część ryzyka związanego z eksploatacją innowacji przeniesionej na nabywcę (np. jeżeli wynagrodzenie zbywcy jest zależne od wielkości obrotu produktami wytworzonymi w oparciu o technologie uzyskane w ten sposób przez recypienta). Powyższe rozwiązanie stanowi przykład „ekonomicznego podejścia” do zagadnień polityki antytrustowej. Zbycie patentu w zamian za procent od obrotu uzyskanego przez nabywcę dzięki eksploatacji nabytego w ten sposób wynalazku pełni podobną funkcję jak udzielenie licencji wyłącznej.

Zwraca również uwagę szeroka definicja nazwy „patent”. Jej zakres obejmuje niemal wszystkie postacie praw wyłącznych na innowacje techniczne (np. patenty, prawa wyłączne na wzory użytkowe i przemysłowe, topografię układów scalonych itp.) oraz tytuły ochronne na nowe odmiany roślin (art. 1h). Wyłączone są natomiast prawa autorskie z wyjątkiem *software*, praw pokrewnych (*neighbouring rights*) oraz praw z rejestracji znaków towarowych. Komisja Europejska uznała, że te ostatnie typy własności intelektualnej różnią się w istotny sposób od praw chroniących innowacje techniczne. Komisja sugeruje jednak, że istnieje możliwość odpowiedniego stosowania przepisów rozporządzenia do licencji autorskich. Licencje praw z rejestracji znaków towarowych będą traktowane podobnie jak umowy dystrybucyjne, których są często typowym składnikiem¹².

Rozporządzenie doprecyzowuje nieznacznie w porównaniu z uchylonym rozporządzeniem nr 240/96 definicję pojęcia „*know-how*”. Informacje takie powinny być poufne, tzn. nie mogą być one powszechnie znane lub łatwo dostępne.

¹² Por. pkt 50 wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 TWE do umów transferu technologii, Dz.Urz. UE 2004 C 101/2.

Ponadto muszą być istotne i użyteczne dla wytwarzania produktów licencyjnych i identyfikowalne, tzn. dostatecznie opisane w taki sposób, że istnieje możliwość weryfikacji wymogów ich poufności i istotności (*substantiality*).

Wyłączenie spod zakazów antytrustowych przewidzianych w art. 81(1) TWE pozostaje w mocy tak długo, jak istnieje własność intelektualna, będąca przedmiotem licencji. Przywilej ten wygasa wraz z wygaśnięciem patentu lub innego tytułu ochronnego (np. unieważnienia patentu). Licencje *know-how* tracą swój uprzywilejowany status, gdy stają się częścią domeny publicznej (np. skutek publikacji tajemnicy przedsiębiorstwa). Jednakże w razie ujawnienia do wiadomości publicznej *know-how* przez licencjobiorcę, licencjodawca zachowuje korzyści przewidziane w rozporządzeniu przez cały okres obowiązywania umowy licencyjnej (art. 2).

Korzyści przewidziane w rozporządzeniu nie dotyczą stron umów transferu technologii, które posiadają silną pozycję na relevantnym rynku Wspólnoty. Łagodniej traktowane są porozumienia między stronami, które nie są konkurentami. W tym ostatnim przypadku wyłączenie spod działania art. 85 (1) TWE dotyczy kontrahentów pod warunkiem, że udział żadnego z nich na relevantnym rynku technologicznym i produktowym nie przekracza 30% (art. 3.2). Natomiast w razie, gdy umowa transferu technologii (np. licencja) została zawarta między konkurentami, ich łączny udział na relevantnym rynku technologicznym lub produktowym nie może przekraczać 20%. Oznacza to, że np. umowa licencyjna między konkurującymi spółkami „A” i „B” musi ubiegać się o indywidualne zwolnienie i podlega notyfikacji w Komisji, nawet jeśli nie zawiera klauzul zakazanych w art. 4 rozporządzenia, lecz wywołuje skutki antykonkurencyjne w handlu między państwami UE¹³.

Wyłączenie stosowania zakazów z art. 85 (1) TWE przewidziane w art. 2 rozporządzenia nie rozciąga się na trzy kategorie klauzul restrykcyjnych wymienione w art. 5.1, które przewidują:

- (a) jakikolwiek bezpośredni lub pośredni obowiązek licencjobiorcy udzielenia licencji wyłącznej na rzecz licencjodawcy lub wskazanej przez niego osoby na własne udoskonalenia, które można wyodrębnić z przedmiotu licencji lub na nowe zastosowania technologii licencyjnej (*severable improvements*)¹⁴,
- (b) bezpośredni lub pośredni obowiązek licencjobiorcy przeniesienia na licencjodawcę lub wskazaną przez niego osobę udoskonalień licencjonowanej technologii,
- (c) bezpośredni lub pośredni zakaz kwestionowania ważności praw własności

¹³ Przepisy art. 8(1) rozporządzenia, stanowią, że udział w rynku stron umów transferu technologii oblicza się w zasadzie na podstawie danych dotyczących sprzedaży produktów w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie kontraktu.

¹⁴ Pojęcie to jest zdefiniowane bliżej w art. 1(n) rozporządzenia, jako udoskonalenie, które może być stosowane bez naruszenia licencjonowanej technologii.

intelektualnej posiadanych przez licencjodawcę na wspólnym rynku; w razie, gdy recypient technologii korzysta z takiej możliwości, licencjodawca może jednak wypowiedzieć umowę licencyjną.

W myśl art. 5 ust. 2 rozporządzenia, nie korzystają z wyłączenia przewidzianego w art. 81(1) TWE zakazy korzystania przez licencjobiorców z ich własnej technologii oraz ograniczenia prowadzenia przez strony prac badawczo-rozwojowych, chyba że takie restrykcje są niezbędne do zapewnienia ochrony *know-how* przed ujawnieniem osobom trzecim. Postanowienia art. 5 ust. 2 rozporządzenia stosuje się wyłącznie do umów między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami (*non-competing undertakings*). *A contrario*, istnienie takich ograniczeń w umowach między konkurentami pozbawia stron korzyści polegających na wyłączeniu zastosowania art. 85 (1) TWE.

W myśl art. 6 rozporządzenia Komisja zastrzega sobie możliwość pozbawienia stron umowy korzyści przewidzianych w art. 2, jeśli dojdzie do wniosku, że konkretna umowa transferu technologii wywołuje skutki sprzeczne z art. 81(3) TWE. Cofnięcie przywileju może nastąpić np. w razie, gdy sieć paralelnych umów (*network*) ogranicza licencjobiorcy możliwość korzystania z technologii należącej do osób trzecich albo gdy umowa zakazuje eksploatacji technologii licencyjnej bez obiektywnych i uzasadnionych przyczyn.

2.2. Klauzule pozbawiające strony umów transferu technologii przywileju wyłączenia zakazów z art. 85 (1) TWE (*hard-core restrictions*)

2.2.1. Porozumienia między konkurentami (art. 4 ust. 1)

Rozporządzenie wychodzi z założenia, że porozumienia między konkurentami stanowią większe zagrożenie dla konkurencji niż porozumienia między niekonkurującymi przedsiębiorcami. Dlatego czarna lista klauzul dotycząca porozumień między aktualnymi lub potencjalnymi konkurentami jest dłuższa i zawiera surowsze standardy niż podobna lista dotycząca przedsiębiorców niebędących konkurentami. Dopuszczalność generalnego wyłączenia spod zastosowania art. 85(1) TWE także wobec konkurentów jest motywowana głównie tym, że transfer technologii prowadzi do zwiększenia podaży licencjonowanych produktów, a zatem do konkurencji cenowej i jakościowej między dostawcą a recypientem technologii. Ponadto współpraca między konkurentami w ramach umów transferu technologii (*intra-technology competition*) zwiększa konkurencję z przedsiębiorcami, którzy znaleźli się poza ramami takich porozumień¹⁵.

Na liście „twardych” ograniczeń konkurencji (*hard-core restrictions*), które pozbawiają konkurentów będących stronami porozumienia korzyści przewidzianych w rozporządzeniu, znalazły się klauzule ustalające ceny produktów oferowanych osobom trzecim, ograniczenia wielkości produkcji (*output restrictions*), alokacji

¹⁵ Por. wytyczne Komisji, notka 11, pkt 4.26.

rynków lub klientów (*allocation of markets or customers*) oraz klauzule mające za przedmiot ograniczenia eksploatacji własnej technologii licencjobiorcy lub zakazy prowadzenia działalności badawczo-rozwojowej przez którąkolwiek ze stron porozumienia.

W myśl art. 4 ust. 1 lit. a rozporządzenia, zakazane są wszelkie klauzule cenowe kształtujące politykę sprzedaży jakichkolwiek wyrobów osobom trzecim. Przepis ten dyskwalifikuje zarówno porozumienia dotyczące cen zbytu produktów wytworzonych w oparciu o udostępnioną recypientowi technologię, jak i innych wyrobów. Wytyczne Komisji podkreślają, że analizowany przepis obejmuje także ceny minimalne, maksymalne i rekomendowane przez porozumienie. Pośrednie ustalenie cen może przybrać np. postać kontraktowych sankcji w razie naruszenia uzgodnionego poziomu cen (np. w razie, gdy porozumienie przewiduje zwiększenie opłaty licencyjnej w przypadku obniżenia ceny wyrobów poniżej uzgodnionej przez strony ceny minimalnej)¹⁶.

Przepis art. 4.1 (a) rozporządzenia dyskwalifikuje również w zasadzie klauzule, które ustanawiają opłaty licencyjne (*royalties*), stanowiące określony procent od całości obrotów recypienta technologii, niezależnie od tego, czy obrót ten obejmuje wyłącznie produkty wytworzone na podstawie udostępnionej technologii. Takie klauzule zniechęcają recypienta technologii do korzystania i rozwijania własnej technologii lub korzystania z rozwiązań oferowanych przez osoby trzecie. Komisja zwraca uwagę, że w wyjątkowych przypadkach takie formuły cenowe mogą uzyskać indywidualne zwolnienie na podstawie art. 81(3) TWE, na przykład w razie, gdy nie istnieją alternatywne metody monitorowania produkcji licencyjnej oraz wyrobów wytwarzanych bez zastosowania technologii będącej przedmiotem transferu lub gdy oddzielenie obu strumieni produkcji (tzn. produkcji licencyjnej i pozostałych wyrobów licencjobiorcy) byłoby nadzwyczaj utrudnione (kosztowne)¹⁷. Dozwolone jest natomiast uzgodnienie minimalnego wynagrodzenia licencyjnego.

Przepis art. 4.1(b) rozporządzenia zakazuje ograniczeń wolumenu produkcji lub sprzedaży. Nie dotyczy to jednak ograniczeń wolumenu produkcji licencyjnej w ramach licencji niewzajemnej (*non-reciprocal license*) oraz ograniczeń nałożonych tylko na jednego spośród kilku licencjobiorców w umowie wzajemnej. Przepis ten dotyczy więc w zasadzie tylko ograniczeń produkcji w ramach wzajemnych umów licencyjnych¹⁸. Dopuszczenie ograniczeń produkcji wobec jednego z licencjobiorców przewidziane w art. 4.1(b) jest niezrozumiałe. Wytyczne Komisji pogłębiają jedynie konfuzję. Wynika z nich, że chodzi tu o wzajemne ograniczenia stron w zakresie produkcji lub sprzedaży (*output restrictions on the*

¹⁶ Ibidem, pkt 79 wytycznych.

¹⁷ Ibidem, pkt 81.

¹⁸ Termin „reciprocal agreement” dotyczy porozumień transferu technologii, na mocy których dostawca i recypient technologii udzielają sobie wzajemnie licencji na konkurujące technologie lub konkurujące produkty (art. 1 ust. 1 lit c rozporządzenia).

parties), podczas gdy z analizowanego przepisu wynika, że w zasadzie dotyczy on wszelkich ograniczeń wolumenu produkcji lub sprzedaży w porozumieniach wzajemnych, a więc nakładanych również tylko np. na licencjodawcę. Termin „porozumienie wzajemne” (*reciprocal agreement*) oznacza kwalifikację prawną całego kontraktu lub odrębnych umów, a nie ocenę „wzajemności” konkretnej klauzuli umownej (np. klauzuli ograniczającej produkcję)¹⁹.

W wytycznych Komisji Europejskiej znajdujemy również stwierdzenie, że art. 4.1(b) dotyczy m.in. ograniczenia wolumenu produkcji lub zbytu nakładanego na licencjodawcę w odniesieniu do jego własnej technologii²⁰. Ten ostatni przykład trudno uzasadnić w świetle art. 4.1 (b) rozporządzenia. Ponadto wyłączenie z zakresu tego przepisu ograniczeń wolumenu produkcji (sprzedaży), nakładanych na jednego z licencjobiorców, który jest stroną porozumienia wzajemnego, otwiera drogę do dyskryminacji takiego recipienta technologii.

Przepis art. 4.1(c) rozporządzenia zalicza do „twardych” klauzul ograniczających konkurencję również porozumienia w sprawie podziału rynków lub klientów. W wyniku takich porozumień konkurenci uzgadniają rynki, na których będą prowadzili działalność produkcyjną oraz uprawiali aktywną lub pasywną politykę sprzedaży. Przepis ten znajduje zastosowanie niezależnie od tego, czy licencjobiorca dysponuje swobodą eksploatacji własnej technologii²¹. Analizowany przepis nie zalicza do „twardych” ograniczeń konkurencji siedmiu podtypów podziału rynków (klienteli), które w świetle doświadczeń Komisji i orzecznictwa ETS powodują *per saldo* prokonkurencyjne skutki. Tak np. art. 4.1(c) (I) przewiduje wyłączenie porozumień zobowiązujących licencjobiorcę do eksploatacji udostępnionej technologii tylko w jednej lub kilku dziedzinach albo na jednym lub oznaczonych rynkach produktowych. Na liście klauzul tolerowanych przez Komisję znalazło się także zobowiązanie licencjobiorcy do wytwarzania produktów kontraktowych przeznaczonych tylko dla określonego klienta – art. 4.1(c) (VIII). Powyższe wyłączenie nie dotyczy jednak porozumień wzajemnych. W tym ostatnim przypadku opisana klauzula pozbawia strony korzyści zwolnienia grupowego przewidzianego w rozporządzeniu.

Czwartą kategorię „twardych” ograniczeń konkurencji tworzą restrykcje dotyczące zakazu eksploatacji własnej technologii i prowadzenia badań badawczo-rozwojowych (art. 4 ust. 1 d). Rozporządzenie umieszcza na czarnej liście klauzule zakazujące prowadzenia takiej działalności przez jedną lub obie strony umowy licencyjnej. Ustawodawca unijny zakazuje stosowania takich ograniczeń zarówno wobec działalności badawczo-rozwojowej dotyczącej produkcji licencyjnej, jak i innych towarów lub usług. Przepis ten zezwala jednak na ograniczenie prac badawczo-rozwojowych, jeśli jest to niezbędne dla zabezpieczenia

¹⁹ Ibidem.

²⁰ (*Output*) restrictions on the licensor in respect of his own technology.

²¹ Wytyczne, notka 11, jw., pkt 85.

poufności *know-how*. Wytyczne Komisji kładą jednak nacisk na to, aby zabezpieczenie interesów dostawcy *know-how* spełniało wymóg proporcjonalności. Tak na przykład, w razie, gdy porozumienie określa pracowników licencjobiorcy, mających dostęp do poufnych informacji, zakaz prowadzenia prac badawczo-rozwojowych nie powinien być rozciągnięty na innych pracowników²².

2.2.2. Porozumienia między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami – art. 4 ust. 2

Lista „twardych” ograniczeń konkurencji w porozumieniach transferu technologii między niekonkurującymi przedsiębiorcami obejmuje następujące klauzule:

- (1) porozumienia cenowe,
- (2) ograniczenia terytoriów pasywnej sprzedaży oraz
- (3) ograniczenia sprzedaży nakładane na licencjobiorcę będącego członkiem selektywnego systemu dystrybucji.

Porozumienia cenowe między niekonkurującymi podmiotami mogą zawierać klauzule określające ceny maksymalne lub ceny rekomendowane przez dostawcę technologii pod warunkiem, że nie prowadzą one w konsekwencji do naruszenia cen stałych lub minimalnych w wyniku nacisku lub zachęt oferowanych przez jedną ze stron. Zakazane są w szczególności klauzule ograniczające stronom możliwość korzystania lub ustanawiania rabatów bądź uzależniające poziom cen dla jednej ze stron umowy od cen konkurentów. Ani rozporządzenie, ani wytyczne nie zawierają dostatecznych wskazówek dotyczących oceny, czy dozwolone w zasadzie ceny maksymalne i ceny rekomendowane stanowią rezultat nacisku (presji) drugiej strony porozumienia.

Przepis art. 4.2(b) rozporządzenia przewiduje sześć wyjątków od zasady niedopuszczalności ograniczeń **pasywnej sprzedaży licencjobiorcy**²³. Rozporządzenie zezwala np. na stosowanie zakazów pasywnej sprzedaży na terytoriach zastrzeżonych dla licencjodawcy lub innych licencjobiorców, zakazów sprzedaży przez licencjobiorcę-hurtownika nabywcom detalicznym oraz na nakładaniu ograniczeń na członków selektywnego systemu dystrybucji zabraniających sprzedaży na rzecz nieuprawnionych dystrybutorów – art. 4.2(b) (I) (V) i (VI).

Należy wyrazić wątpliwość, czy uzasadnione jest bezterminowe tolerowanie zakazów sprzedaży pasywnej w celu zapewnienia trwałej ochrony licencjodawcy i jego wyłącznych licencjobiorców. Utrudnia to niewątpliwie rozwój konkurencji. Ograniczony w czasie zakaz takiej konkurencji byłby odpowiedniejszym rozwiązaniem.

²² Wytyczne Komisji, notka 11, jw., pkt 94.

²³ Sprzedaż pasywna zakłada, że przedsiębiorca nie zakłada na nich swoich spółek, oddziałów i przedstawicielstw, i nie prowadzi aktywnej polityki promocyjnej.

Przepis art. 4.2 (c) zakazuje stosowania ograniczeń sprzedaży aktywnej i pasywnej na rzecz ostatecznych odbiorców (*end users*), nakładanych na licencjodawcę-detalistę, będącego członkiem selektywnego systemu dystrybucji. Nie wyłącza to jednak stosowania zakazu prowadzenia działalności przez członka sieci poza autoryzowanym miejscem sprzedaży lub wyznaczonym mu miejscem świadczenia usług.

3. Zakończenie

Ograniczenia prawa antymonopolowego służą promowaniu konkurencji i z reguły chronią interes słabszej strony kontraktu. Dotyczy to zwłaszcza umów transferu technologii. Polscy przedsiębiorcy występują najczęściej w roli rezydentów własności intelektualnej. Negocjując umowy licencyjne powinni oni korzystać z reguł stanowiących przez prawo unijne i prawo polskie dotyczące umów transferu technologii. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów powinien energicznie egzekwować przepisy wymierzone przeciwko nadużywaniu praw wyłącznych. Należy także zwrócić uwagę, że Urząd Patentowy RP posiada również kompetencje służące przeciwdziałaniu nadużycia patentu i innych tytułów ochronnych – art. 68 i 82 w zw. z art. 100 i 221 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. - Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.).

Jerzy Baehr, Aleksander Stawicki

ROZWAŻANIA WOKÓŁ RÓWNOLEGŁEGO STOSOWANIA PRAWA KONKURENCJI I INSTRUMENTÓW REGULACYJNYCH

Wstęp

Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej otworzyło nowy rozdział w praktyce stosowania prawa konkurencji w realiach krajowych. Zasadnicze zmiany dokonały się na płaszczyźnie przepisów, jakie mogą być stosowane w przypadku praktyk ograniczających konkurencję. Oprócz przepisów prawa krajowego, w pewnych sytuacjach stosowane mogą być również przepisy prawa wspólnotowego, w tym w szczególności art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Poza krajowymi organami ochrony konkurencji, określone kompetencje do podejmowania działań w przypadku praktyk ograniczających konkurencję uzyskała również Komisja Europejska.

Sytuacja jest jeszcze bardziej złożona w przypadku sektorów regulowanych, takich jak sektor telekomunikacyjny czy energetyczny. Poza ogólnymi przepisami prawa konkurencji, są one również objęte zakresem zastosowania odrębnego zespołu norm, jakimi są przepisy sektorowe (w warunkach polskich np. prawo energetyczne czy prawo telekomunikacyjne, których przepisy stanowią implementację przepisów dyrektyw wspólnotowych mających zastosowanie do sektora energetycznego i telekomunikacyjnego). Określone kompetencje przypisane są w związku z tym organom regulacyjnym (odpowiednio do przykładów podanych powyżej – Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki albo Prezesowi Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty). W praktyce powstać mogą na tym tle różnego rodzaju konflikty kompetencyjne, które, jak się przyjmuje w literaturze,

mogą mieć charakter „pionowy” lub „poziomy”¹. W przypadku konfliktów „pionowych” zbiegają się kompetencje krajowego organu antymonopolowego i Komisji Europejskiej, bądź kompetencje krajowego regulatora i Komisji Europejskiej. Z konfliktem „poziomym” mamy do czynienia w przypadku równoczesnego stosowania przez właściwe organy prawa konkurencji i instrumentów z zakresu regulacji. Sytuacje takie rodzą określone ryzyka prawne dla uczestników obrotu, związane chociażby z możliwością wydania sprzecznych rozstrzygnięć. Ryzyko wynika z tego, że różnią się nie tylko narzędzia, jakimi posługują się poszczególne organy, ale również realizowane przez nie zadania. Różny jest także stopień znajomości sektora i jego specyfiki. Część potencjalnych konfliktów można z łatwością wyeliminować wprowadzając pewne normy kolizyjne, rozwiązanie wielu innych problemów stwarzać może trudności².

Omówienie skomplikowanej problematyki równoległego stosowania prawa konkurencji i rozwiązań regulacyjnych nie jest oczywiście możliwe w ramach tego artykułu. Postaramy się jednak w podstawowym zakresie przedstawić dyskusję, jaka toczy się obecnie na ten temat w związku z ostatnimi rozstrzygnięciami Komisji Europejskiej³. Rozważymy również pokrótce doświadczenia krajowe w tym zakresie, starając się w ostatniej części artykułu przedstawić pewne postulaty rozwiązywania konfliktów w warunkach polskich. Punktem wyjścia do naszych rozważań będą dwa postępowania, jakie Komisja Europejska prowadziła przeciwko Deutsche Telekom. Stanowią one dobrą ilustrację problemów, jakie mogą powstać tam, gdzie rozstrzygnięcia wydane przez regulatora prowadzą, przynajmniej w ocenie organów antymonopolowych, do skutków sprzecznych z zasadami konkurencji.

Sprawy *Deutsche Telekom I* oraz *Deutsche Telekom II*

W ostatnich latach Komisja Europejska dwukrotnie zajmowała się polityką cenową Deutsche Telekom. Pierwsze postępowanie zakończyło się decyzją stwierdzającą nadużycie pozycji dominującej przez spółkę i nakładającą karę

¹ Por. D. Geradin, R. O'Donoghue, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, GCLC Working Paper 04/05, s. 51 i nast. (publikacja ta, podobnie jak inne cytowane w artykule opracowania, o ile nie wskazano innego źródła, może zostać znaleziona pod adresem www.gclc.celeurop.be). Autorzy omawiają również sposoby rozwiązania przynajmniej niektórych z tak powstałych konfliktów (por. s. 52 i nast.).

² Obszerne omówienie problemu i jego możliwych rozwiązań prezentuje N. Petit w opracowaniu *The Proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: A Source of Jurisdictional Confusion*, GCLC Working Paper 02/04. Por. także M. Monti, *Competition and Regulation in the Telecom Industry. The way forward*, ECTA Conference, Bruksela, 10 grudnia 2003 (opublikowane na stronach Komisji Europejskiej jako [Speech/03/604](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp03_604.htm)).

³ Orzeczenia Komisji ożywiły dyskusję odnoszącą się do przepisów prawa wspólnotowego, samo zagadnienie jest jednak dyskutowane również w szerszym kontekście – por. np. raport Global Forum on Competition OECD Roundtable on bringing competition into regulated sectors z 14 lutego 2005 (dokument nr DAF/COMP/GF/WD(2005)/37).

pieniężną w wysokości 12,6 miliona euro; w kolejnym Komisja i Deutsche Telekom zawarły ugodę, co pozwoliło spółce uniknąć wydania w jej sprawie następnej decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję. W obydwu przypadkach zarzuty dotyczyły cen stosowanych przez niemieckiego monopolistę, które, przynajmniej w pewnym zakresie, określone były w taryfie zatwierdzonej przez krajowego regulatora⁴.

Sprawa *Deutsche Telekom I*

W dniu 23 maja 2003 r. Komisja Europejska wydała decyzję na podstawie art. 82 TWE, w której stwierdzono nadużycie pozycji dominującej przez Deutsche Telekom⁵. Miało ono postać tzw. *margin squeeze*⁶. Stawki, jakie Deutsche Telekom pobierała od swoich konkurentów za dostęp do tzw. pętli abonenckiej (*local loop*) były bowiem wyższe od stawek, jakie płacili indywidualni klienci za korzystanie z usług tej firmy. Zarówno na rynku hurtowego dostępu do pętli abonenckiej (usług świadczonych innym firmom telekomunikacyjnym), jak i na rynku dostępu detalicznego (usług świadczonych indywidualnym klientom), Deutsche Telekom miało pozycję dominującą. Dochodzenie prowadzone przez Komisję wykazało, że w okresie od 1998 do końca 2001 r. stawki pobierane od konkurentów Deutsche Telekom za hurtowy dostęp do lokalnej pętli abonenckiej były wyższe od stawek pobieranych od klientów indywidualnych. Począwszy od roku 2002, stawki dla klientów hurtowych były niższe od stawek dla klientów indywidualnych, ale w dalszym ciągu różnica między nimi była zbyt mała, by pokryć koszty własne Deutsche Telekom związane ze świadczeniem usług klientom indywidualnym. Nawet kolejna redukcja stawek hurtowych, dokonana decyzją niemieckiego regulatora z dniem 1 maja 2003 r., nie zlikwidowała w ocenie Komisji *margin squeeze*. Praktyka Deutsche Telekom uniemożliwiała innym operatorom skuteczne wejście na rynek. Nie mieli oni bowiem szans na podjęcie konkurencji cenowej i przejęcie przynajmniej części z dotychczasowych klientów krajowego monopolisty⁷.

Deutsche Telekom podnosiło na swoją obronę, iż w tej konkretnej sprawie nie można spółce postawić zarzutu niedozwolonej praktyki cenowej, bowiem ceny dostępu hurtowego były zatwierdzane przez RegTP⁸. W opinii Deutsche

⁴ Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (dalej jako „RegTP”).

⁵ Dz.Urz. WE 2003 L 263/9. Por. także komunikat prasowy Komisji Europejskiej nr IP/03/717 *Commission fines Deutsche Telekom for charging anti-competitive tariffs for access to its local networks*.

⁶ Szerzej na temat *margin squeeze* por. np. D. Geradin, R. O'Donoghue, *The Concurrent Application...*, J. Kallagher, *The “Margin Squeeze” under art. 82: Searching for Limiting principles* oraz L. Garzaniti, *Margin Squeeze: Some Observations from a Practitioner’s Point of View*.

⁷ Analiza Komisji wykazała, że działalność Deutsche Telekom w tym zakresie przynosiłaby straty, gdyby spółka musiała zapłacić cenę za dostęp do pętli abonenckiej na poziomie hurtowym według własnej taryfy oraz pokryć własne koszty świadczenia usług klientom indywidualnym.

Telekom, zarzut stosowania *margin squeeze* można postawić tylko tam, gdzie mamy do czynienia albo z nadmiernie wysokimi stawkami za dostęp na rynku hurtowym, albo z drapieżnie niskimi cenami na rynku detalicznym, albo z kombinacją tych dwóch sytuacji, przy czym w każdym przypadku musi istnieć możliwość zmiany którejś z cen w taki sposób, który zlikwiduje sytuację sprzeczną z regulacjami konkurencji. Tymczasem, w omawianej sprawie ceny na każdym z poziomów poddane były regulacji cenowej. RegTP zatwierdzało bowiem taryfy Deutsche Telekom zawierające ceny za dostęp hurtowy oraz poziom stawek dla klientów indywidualnych spółki⁹. Z tego też względu, w opinii Deutsche Telekom, jej działania nie mogły być oceniane na gruncie art. 82 TWE. Komisja Europejska mogła co najwyżej, w ocenie niemieckiego operatora, wystąpić przeciwko RegTP (na podstawie art. 86 TWE) lub przeciwko państwu niemieckiemu (z art. 226 TWE)¹⁰.

Komisja nie podzieliła stanowiska Deutsche Telekom. W uzasadnieniu decyzji wskazano, iż w orzecznictwie wspólnotowym (zarówno sądów, jak i Komisji) utrwalony jest pogląd, że reguły konkurencji mogą mieć zastosowanie tam, gdzie regulacja sektorowa na poziomie krajowym nie wyłącza możliwości angażowania się przez poszczególne podmioty w autonomiczne zachowania, które zakłócają lub naruszają konkurencję¹¹. W związku z tym, jak podkreśliła Komisja w wyjaśnieniach poświęconych zastosowaniu reguł konkurencji do porozumień dostępowych w sektorze telekomunikacyjnym, sprawy tego typu mogą podlegać zarówno regułom konkurencji, jak i regulacji sektorowej (wspólnotowej bądź krajowej)¹². Oznacza to, iż *artykuły 85 i 86 [obecnie 81 i 82] mają pełne zastosowanie do porozumień lub praktyk, które są zatwierdzone lub autoryzowane przez organy krajowe albo w sytuacji, w której organ krajowy zażądał wprowadzenia do porozumienia określonych*

⁸ Szczegółowa argumentacja Deutsche Telekom nie jest nam znana i opieramy się w tym zakresie na informacji o wniesieniu odwołania (zamieszczonej w Dz.Urz. WE C 264 z 1 listopada 2003, s. 29) oraz informacjach opublikowanych przez Komisję Europejską. Pewien obraz argumentów podnoszonych przez niemieckiego operatora daje prezentacja szefa departamentu prawa konkurencji i kontroli koncentracji Deutsche Telekom wygłoszona 10 grudnia 2004 r. w Londynie podczas seminarium organizowanego przez Global Competition Law Centre (por. S. Lechler, *The Deutsche Telekom Margin Squeeze Case*).

⁹ Reguły w tym zakresie są dość skomplikowane. Opisano je w sposób szczegółowy w punktach 31 i nast. uzasadnienia decyzji. Kluczowe jest to, że stawki nie są zatwierdzane dla poszczególnych usług, a jedynie przyporządkowuje się poszczególne usługi do „koszyków” (*ang. baskets*), dla których ustala się pewne ogólne warunki zmiany cen (*price adjustment guidelines*). System ten określa się mianem „systemu pułapu cenowego” (*price cap system*).

¹⁰ Podstawą do wszczęcia postępowania przeciwko Deutsche Telekom były wnioski złożone przez konkurentów spółki, które skierowane były, co ciekawe, zarówno przeciwko Deutsche Telekom (zarzut z art. 82 TWE), jak i przeciwko RegTP (zarzut z art. 86 TWE, o zatwierdzenie stawek w taryfach Deutsche Telekom, które umożliwiały popełnienie nadużycia). Por. punkt (5) uzasadnienia decyzji w sprawie *Deutsche Telekom I*.

¹¹ Por. punkt (54) uzasadnienia decyzji i przytoczone w nim orzecznictwo.

¹² Por. *The notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunication sector: framework, relevant markets and principles*, Dz.Urz. WE C 265, 22 sierpnia 1998 (dalej jako *Access notice*).

*klauzul na wniosek jednej lub kilku zainteresowanych stron*¹³. Komisja nie kwestionowała w związku z tym faktu, iż ceny stosowane na obydwu poziomach przez Deutsche Telekom były zatwierdzane przez RegTP. Uznano jednak, że w dalszym ciągu Deutsche Telekom miało swobodę podjęcia takich działań, które znacząco ograniczyłyby lub całkowicie zlikwidowały *margin squeeze*. Działania te mogłyby się przykładowo w ocenie Komisji sprowadzać do podwyżki cen dla klientów indywidualnych za dostęp analogowy, ISDN lub ADSL. Deutsche Telekom miało bowiem możliwość, w ramach *price cap system*, wprowadzenia takich podwyżek. Z tego też względu uznano, że działania spółki stanowiły nadużycie jej pozycji dominującej¹⁴.

Deutsche Telekom zaskarżyło decyzję Komisji¹⁵. Spółka zdecydowała się jednocześnie podjąć działania zmierzające do zlikwidowania istniejącego *margin squeeze*. Działając na wniosek Deutsche Telekom, RegTP obniżyło o 20% ujęte w taryfie Deutsche Telekom stawki hurtowego dostępu do lokalnej pętli abonenckiej (obniżka była większa niż wnioskowana przez spółkę). Jednocześnie RegTP zmieniło *price cap* dla usług dostępu dla klientów indywidualnych, co z kolei umożliwiło Deutsche Telekom podniesienie cen w tym zakresie o 10%¹⁶.

Deutsche Telekom II

W 2002 r. Komisja Europejska wszczęła przeciwko Deutsche Telekom kolejne postępowanie, w którym zarzucono spółce praktykę monopolistyczną polegającą na stosowaniu *margin squeeze*¹⁷. Postępowanie zostało wszczęte na wniosek jednego z konkurentów Deutsche Telekom, który dostarczał w Niemczech usługi DSL. Niemieckiemu operatorowi zarzucono, że różnice w taryfie detalicznej na usługi ADSL i odpowiadającej jej taryfie hurtowej w zakresie dostępu dzielonego (ang. *line sharing*) nie były wystarczające, by umożliwić potencjalnym konkurentom wejście na rynek usług detalicznych i podjęcie na nim skutecznej konkurencji z Deutsche Telekom. Sytuacja taka umożliwiła Deutsche Telekom zmonopolizowanie rynku ADSL. Także i w tym przypadku zarzuty dotyczyły cen wynikających z taryf zatwierdzonych przez niemieckiego regulatora¹⁸.

Badając wniosek, Komisja Europejska zastosowała metodologię weryfikacji wysokości cen wypracowaną w trakcie postępowania w sprawie *Deutsche Telekom I*,

¹³ Por. par. 60 *Access notice*.

¹⁴ Komisja nie zdecydowała się wszcząć postępowania przeciwko RegTP. Uwzględniając rolę, jaką w sprawie odegrał niemiecki operator, Komisja obniżyła karę nałożoną na Deutsche Telekom o 10%.

¹⁵ Sprawa nie została jeszcze rozstrzygnięta przez sąd.

¹⁶ Por. także omówienie decyzji w: R. Klotz i J. Fehrenbach, *Two Commission decisions on price abuse in the telecom sector*, Competition Policy Newsletter, 3/2003.

¹⁷ Por. komunikat prasowy Komisji Europejskiej *Competition probe leads to decrease in tariffs for broadband access via line sharing in Germany*, IP/04/281.

¹⁸ RegTP zatwierdził taryfę Deutsche Telekom w zakresie dostępu dzielonego po raz pierwszy w marcu 2002 r.

która potwierdziła zarzuty stawiane niemieckiemu monopolistom. Nie zdecydowano się jednak na wydanie decyzji stwierdzającej naruszenie reguł konkurencji, ponieważ Deutsche Telekom zobowiązało się wobec Komisji do podjęcia działań zmierzających do zmiany dotychczas stosowanych cen w sposób, który wyeliminowałby istnienie *margin squeeze*¹⁹.

Ponieważ taryfy Deutsche Telekom w zakresie dostępu dzielonego są zatwierdzone przez RegTP, Deutsche Telekom zobowiązało się wobec Komisji Europejskiej do złożenia wniosku o zmianę taryfy w takiej dacie, która umożliwiłaby regulatorowi zatwierdzenie zmian w terminie uzgodnionym z Komisją Europejską. Ostatecznie w kwietniu 2004 r. Deutsche Telekom złożyło wniosek do RegTP o obniżkę taryf w zakresie dostępu dzielonego o 50%. Zmiana taryfy została zatwierdzona przez regulatora w czerwcu 2004 r. *Margin squeeze* został zlikwidowany, co umożliwiło Komisji Europejskiej zamknięcie postępowania przeciwko spółce.

Omówione powyżej postępowania wskazują na determinację Komisji Europejskiej w podejmowaniu działań zmierzających do zapewnienia konkurencji na rynkach regulowanych. Ponieważ jednak w każdej z tych spraw zarzuty dotyczyły stosowania cen zatwierdzonych (przynajmniej w pewnym zakresie) przez organ regulacyjny, postępowanie Komisji może budzić określone wątpliwości. Przykładowo, w streszczeniu zarzutów Deutsche Telekom podniesionych w odwołaniu od decyzji stwierdzającej nadużycie pozycji dominującej i nakładającej karę pieniężną, czytamy: *Decyzja Komisji wykracza poza kompetencje tego organu. Wydając decyzję Komisja naruszyła bowiem kompetencje niemieckiego organu regulacyjnego, podejmując działania zmierzające do korekty cen zatwierdzonych przez ten organ. Z tych samych względów decyzja narusza zasadę proporcjonalności. Jej efektem jest poddanie cen wnioskodawcy podwójnej regulacji, co narusza zasadę bezpieczeństwa prawnego wynikającą z podziału kompetencji pomiędzy poszczególne organy, jaki został ustalony przez rozwiązania przyjęte w prawie wspólnotowym w zakresie, w jakim przepisy te odnoszą się do cen stosowanych w sektorze telekomunikacyjnym*²⁰.

Kontrowersyjność sprawy nakazuje ze szczególnym zainteresowaniem czekać na wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie odwołania od decyzji Komisji Europejskiej. Orzeczenie to będzie miało bardzo istotne znaczenie dla określenia zakresu kompetencji krajowych organów regulacyjnych oraz Komisji Europejskiej.

¹⁹ W sposób szczegółowy zobowiązania Deutsche Telekom opisuje J. Lücking w artykule *Presumed margin squeeze for broadband access in Germany: settlement with Deutsche Telekom*, Competition Policy Newsletter 3/2004.

²⁰ Por. informacja zamieszczona w Dz.Urz. WE C 264 z 1 listopada 2003, s. 29.

Dyskusja wokół równoległego stosowania przepisów z zakresu konkurencji i narzędzi regulacyjnych

Orzeczenie Komisji Europejskiej w sprawie *Deutsche Telekom I* sprawiło, iż z nową siłą rozgorzała dyskusja wokół możliwości stosowania prawa konkurencji w tych sytuacjach, w których zastosowane już zostały instrumenty regulacyjne i szerzej – wokół zakresu kompetencji krajowych regulatorów i organów ochrony konkurencji (zarówno na szczeblu państw członkowskich, jak i Komisji Europejskiej).

W ocenie D. Gerardina i R. O'Donoghue'a²¹, decyzja Komisji sugeruje, że nawet w sytuacjach, w których krajowy organ regulacyjny wydał rozstrzygnięcie w oparciu o regulację sektorową, organy ochrony konkurencji (Komisja Europejska lub krajowy organ antymonopolowy) mogą interweniować tam, gdzie działania regulatora nie są wystarczające do wyeliminowania naruszeń prawa konkurencji. Podejście takie ma szczególne znaczenie dla zasiedziałych operatorów zajmujących pozycję dominującą na rynku, bowiem w sytuacji, w której kontrola cen sprawowana przez regulatora nie jest prawidłowa, podmioty takie mogą zostać pociągnięte do odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji. Tym samym, nawet w odniesieniu do taryf zatwierdzonych przez regulatorów, podmioty te zmuszone są podejmować na własną rękę dalsze działania zmierzające do zapewnienia, że ich polityka cenowa jest zgodna z regułami konkurencji.

Takie stanowisko Komisji Europejskiej wspomniani autorzy przeciwstawiają poglądom wyrażonym przez amerykański Sąd Najwyższy w sprawie *Trinko*²². W orzeczeniu tym sąd dał wyraz swojemu przekonaniu, iż jeżeli zastosowania znajdują rozwiązania regulacyjne, nastawione ze swej istoty na wyeliminowanie naruszeń konkurencji, nie ma już miejsca na zastosowanie instrumentów z zakresu prawa antymonopolowego.

Tłumacząc tak daleko idące rozbieżności w podejściu do podobnej sytuacji faktycznej, D. Gerardin i R. O'Donoghue wskazują na następujące okoliczności:

- Zakres zastosowania instrumentów prawa konkurencji zawsze uzależniony jest od stopnia skomplikowania i zaawansowania regulacji sektorowej. Regulacje sektorowe, do których odnosiło się orzeczenie amerykańskiego sądu, są niezwykle rozbudowane²³, podczas gdy w prawie wspólnotowym mamy do czynienia z kilkoma dyrektywami, które nakładają ograniczony zakres obowiązków na operatorów posiadających silną pozycję rynkową. Tym samym prawo konkurencji może mieć potencjalnie znacznie szersze zastosowanie w Unii Europejskiej.

²¹ Nawiązujemy w tym zakresie do obszernych rozważań na ten temat zawartych w D. Gerardin i R. O'Donoghue, *The Concurrent Application...*

²² *Ibidem*, s. 57 i nast.

²³ *Telecommunications Act* z 1996 r. ma około 600 stron, wydano do niego szereg szczegółowych przepisów niższego rzędu.

- Istotne jest również to, że o ile w sprawie *Trinko* działania podjęte przez regulatorów były w pełni wystarczające do wyeliminowania naruszeń prawa konkurencji, o tyle RegTP najwyraźniej nie poradził sobie z sytuacją, jaka miała miejsce na rynku niemieckim.
- Różna jest także hierarchia norm prawnych będących podstawą orzekania. W prawie amerykańskim przepisy sektorowe i przepisy z zakresu prawa konkurencji znajdują się na tym samym poziomie legislacyjnym. Inaczej sytuacja wygląda w prawie wspólnotowym, ponieważ regulacja sektorowa ma swoje źródło w przepisach dyrektyw i wydanych na ich podstawie przepisach prawa krajowego, podczas gdy reguły konkurencji określone są w prawie pierwotnym, jakim jest TWE. Tym samym sądy wspólnotowe mogłyby stanąć – w przekonaniu autorów – na stanowisku, iż przepisy prawa wtórnego (dyrektyw i prawa krajowego) nie mogą pozbawiać skuteczności przepisów prawa pierwotnego (art. 82 TWE), w szczególności we wszystkich tych przypadkach, w których narzędzia regulacyjne nie są skutecznie wykorzystywane lub nie są wystarczające do osiągnięcia sytuacji zgodnej z zasadami wynikającymi z art. 82 TWE.

Jak zatem należałoby podejść do powstałego problemu? D. Geradin i R. O'Donoghue proponują rozróżnienie dwóch odmiennych sytuacji.

Z pierwszą z nich mamy do czynienia tam, gdzie istnieją narzędzia z zakresu regulacji, które: (1) pozwalają w sposób wystarczający chronić konkurencję na rynku, (2) są w sposób prawidłowy wykorzystywane przez krajowego regulatora oraz (3) których zastosowanie nie prowadzi do skutków sprzecznych z prawem wspólnotowym. W takim przypadku Komisja Europejska nie powinna interweniować, po pierwsze dlatego, że to regulator będzie z reguły lepiej umiejscowiony do podejmowania działań (choćby z uwagi na dostęp do informacji, znajomość specyfiki sektora, możliwość ciągłego śledzenia rozwoju sytuacji na rynku), po drugie – ponieważ jej interwencja rodzić może ryzyko wydania sprzecznych rozstrzygnięć i zastosowania niezgodnych ze sobą i niespójnych środków zaradczych.

Odmienne wyglądać będzie, w opinii autorów, sytuacja w tych przypadkach, w których narzędzia prawa regulacji nie są wykorzystywane (tzw. „leniwy” regulator) lub w sytuacjach, w których rozstrzygnięcia regulatora naruszają przepisy prawa wspólnotowego. W takich przypadkach organy ochrony konkurencji powinny mieć możliwość działania z powołaniem się na naruszenie przepisów TWE (w tym zwłaszcza art. 81 i 82 TWE). Nawet jednak w takich przypadkach, o ile to tylko będzie możliwe, sprawa powinna zostać w pierwszej kolejności przekazana do rozstrzygnięcia krajowemu regulatorowi, o ile tylko organy antymonopolowe będą miały przekonanie, że regulator będzie miał możliwości skutecznego rozwiązania problemu na bazie przepisów sektorowych²⁴.

Należy także pamiętać, iż jeżeli działania regulatora naruszają normy prawa

²⁴ Komisja nie zastosowała się do tej reguły w sprawie *Deutsche Telekom I*.

wspólnotowego, Komisja Europejska ma możliwość wystąpienia nie tylko przeciwko operatorowi, ale również przeciwko regulatorowi, na którym spoczywa obowiązek przestrzegania prawa wspólnotowego. Z tego też względu, jeżeli rozstrzygnięcia regulatora naruszają np. reguły wypływające z art. 82 TWE, Komisja ma możliwość: (1) wystąpienia przeciwko państwu członkowskiemu, którego emanacją jest regulator, z powództwem z art. 226 TWE (powołując się na art. 10 i 82 TWE), albo (2) wydać decyzję z art. 86 TWE (w związku z naruszeniem art. 82 TWE).

Równie ciekawe rozważania na temat konsekwencji działań podjętych przez Komisję Europejską w sprawie *Deutsche Telekom I* przedstawia N. Petit²⁵. Autor ten jest jednocześnie znacznie mniej wyrozumiały dla postawy Komisji Europejskiej, która w jego ocenie prowadzi do szeregu niekorzystnych konsekwencji, zarówno dla podmiotów poddanych regulacji, jak i dla samych regulatorów.

W ocenie Petita, określone rozstrzygnięcia wydane przez krajowych regulatorów (zatwierdzenie taryfy, rozstrzygnięcie sporu) powinny oznaczać definitywne rozstrzygnięcie sprawy i brak możliwości wszczęcia postępowania przez organy ochrony konkurencji. Inne rozwiązanie, poza naruszeniem zasady bezpieczeństwa obrotu, musi prowadzić bowiem do szeregu negatywnych konsekwencji w postaci m.in. niepotrzebnego wydatkowania środków (multiplikowanie kosztownych postępowań), opóźnień i przestoju w działalności regulowanych podmiotów, zniechęcenia do dokonywania nowych inwestycji. Istnieje również zagrożenie wydania w tej samej sprawie sprzecznych rozstrzygnięć.

Także z punktu widzenia roli krajowych regulatorów kierunek działania obrany przez Komisję Europejską budzi wątpliwości przywołanego wyżej autora. Nie jest bowiem zasadne rezygnowanie z podejmowania działań przeciwko organom regulacyjnym tam, gdzie na skutek ich działań naruszone zostają zasady konkurencji. Sytuacja taka może rodzić atmosferę przyzwolenia na nieuwzględnianie w podejmowanych rozstrzygnięciach przepisów prawa konkurencji. Także z punktu widzenia interesu publicznego na krytykę zasługuje multiplikowanie postępowań i związane z tym nieefektywne wykorzystanie zasobów oraz zwiększanie kosztów.

Dla uniknięcia negatywnych konsekwencji opisanych powyżej, N. Petit proponuje przyjęcie dwukierunkowych rozwiązań: po pierwsze, należy wprowadzić zasadę wyczerpania (ang. *pre-emption* lub *exhaustion*) możliwości stosowania prawa konkurencji tam, gdzie zastosowane zostały narzędzia z zakresu regulacji, po drugie – tam, gdzie stosowanie narzędzi regulacji nie przyniosło pożądanych efektów, działania organów antymonopolowych powinny być zawsze skierowane wyłącznie przeciwko regulatorowi, a nigdy przeciwko

²⁵ Por. N. Petit, *The Proliferation of National Regulatory Authorities...*, s. 20 i nast.

podmiotowi poddanemu regulacji.

W zakresie pierwszego postulatu N. Petit przywołuje omówioną już powyżej sprawę *Trinko*, w której to właśnie sprawie Sąd Najwyższy odwołał się do „wyczerpania” możliwości stosowania narzędzi z zakresu prawa konkurencji, tam gdzie określone działania zostały już podjęte przez regulatorów. Sąd uznał, że w takich przypadkach korzyści z zastosowania prawa konkurencji muszą być siłą rzeczy znacząco ograniczone²⁶.

Omawiana praca zawiera również propozycje działań, jakie mogą podjąć organy antymonopolowe w sytuacjach, w których rozstrzygnięcia regulatora prowadzą do skutków sprzecznych z zasadami konkurencji.

Najbardziej naturalnym rozwiązaniem jest w ocenie Petita wykorzystanie środków prawa krajowego w postaci zaskarżenia decyzji regulatora do sądu (ewentualnie organu wyższej instancji). Orzeczenie sądu powinno zapewniać zgodność nie tylko z prawem krajowym, ale również z prawem wspólnotowym, w tym z regułami konkurencji. W sprawach budzących wątpliwości sądy krajowe będą miały możliwość skierowania pytań do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości²⁷.

Komisja Europejska ma również możliwość wykorzystania przepisów prawa wspólnotowego. W każdym przypadku może bowiem skierować do państwa członkowskiego uzasadnioną opinię (ang. *reasoned opinion*) w trybie przewidzianym w art. 226 TWE, a w przypadku braku reakcji w wyznaczonym terminie – wszczęć postępowanie przeciwko państwu członkowskiemu przed ETS w związku z naruszeniem art. 3 (g), 10, 81 oraz 82 TWE²⁸. Alternatywą może być wydanie przez Komisję Europejską decyzji na podstawie art. 86 (3) TWE.

Dotychczasowe doświadczenia polskie

Problematyka równoczesnego stosowania przepisów prawa konkurencji i przepisów regulujących określone sektory gospodarki nie jest obca realiom polskim. Niemal od początku funkcjonowania Urzędu Antymonopolowego, a później Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, znacząca liczba orzeczeń

²⁶ Autor dostrzega jednocześnie możliwość przynajmniej częściowego zbliżenia pozycji Komisji Europejskiej i amerykańskiego Sądu Najwyższego (por. s. 24 i nast.). Postuluje również, by w sytuacjach, w których istnieje możliwość zastosowania narzędzi regulacyjnych, a jednocześnie istnieje ryzyko naruszenia reguł konkurencji, krajowy organ ochrony konkurencji lub Komisja powstrzymywały się z podejmowaniem działań, starając się raczej zwrócić uwagę regulatora na istniejące problemy i możliwości ich rozwiązania (s. 25).

²⁷ Por. N. Petit, *The Proliferation of National Regulatory Authorities...*, s. 26–27. Minusem tego rozwiązania, zwłaszcza w przypadku kierowania zapytań do ETS, jest długotrwałość procedury, która może nie przystawać do realiów szybko zmieniających się sektorów gospodarki.

²⁸ Rozwiązania te stosunkowo rzadko były do tej pory stosowane i można mieć wątpliwości, czy Komisja zechce sięgać po nie częściej (por. N. Petit, *The Proliferation of National Regulatory Authorities*, s. 27).

dotyczyła właśnie sektorów regulowanych, a tendencja ta utrzymuje się po dziś dzień. Prezes Urzędu ma określone zasługi we wprowadzaniu mechanizmów konkurencji do sektorów takich jak telekomunikacja i energetyka, w ostatnim czasie znacząco zwiększyło się również zainteresowanie krajowego organu ochrony konkurencji sektorem transportu kolejowego.

Równoległe z rozwojem prawa konkurencji postępował proces tworzenia organów regulacyjnych, takich jak wspomniani już Prezes URE, Prezes URTiP czy też Prezes Urzędu Transportu Kolejowego oraz wyposażania ich w coraz szersze kompetencje, wykraczające poza zadania z zakresu „czystej” regulacji (np. kompetencje do rozstrzygania sporów między podmiotami działającymi na rynku). Każdy z powołanych organów regulacyjnych, w ten czy inny sposób został również uczyniony odpowiedzialnym za konkurencję na nadzorowanym rynku²⁹.

W istniejącym stanie rzeczy pojawiały się w związku z tym, i pojawiają nadal, spory wokół zakresu kompetencji każdego z wymienionych powyżej organów. Jak wynika z naszych doświadczeń, także podmioty w ten czy inny sposób dotknięte działaniami monopolistów z sektorów regulowanych, bardzo często zwracają się z wnioskami o wszczęcie określonych w prawie działań zarówno do Prezesa UOKiK, jak i do organu regulacyjnego, co może skutkować prowadzeniem w tej samej sprawie dwóch postępowań.

Nie sposób oczywiście w ramach tego artykułu omówić w kompleksowy sposób orzecznictwa Prezesa UOKiK, regulatorów krajowych oraz sądów w sprawach dotyczących zakresu stosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz regulacji sektorowych i związanych z tym kompetencji poszczególnych organów. Można jednak w tym zakresie poczynić pewne generalne obserwacje.

Odwołując się do płaszczyzn rozważań przyjętych przez autorów, do których publikacji nawiązywaliśmy powyżej, należy przyjąć, że w orzecznictwie polskim ugruntowany jest pogląd o braku możliwości uznania za praktykę ograniczającą konkurencję działań podejmowanych w oparciu o decyzje organów regulacyjnych. Stanowisko takie prezentowane było przede wszystkim na kanwie spraw, w których kwestionowane było stosowanie stawek i opłat wynikających z zatwierdzonej przez organ regulacyjny taryfy. Przykładowo, w wyroku z dnia 20 maja 2002 r. (XVII Ama 92/01)³⁰ Sąd Antymonopolowy stwierdził, iż Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie ma kompetencji do kwestionowania taryf zatwierdzanych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. W uzasadnieniu wyroku sąd podkreślił, iż zatwierdzone taryfy są oceniane przez Prezesa URE pod względem ich zgodności z obowiązującym prawem. Przedmiotem oceny

²⁹ Por. np. art. 21 ust. 1 oraz art. 23 ust. 1 pkt 7 ustawy – Prawo energetyczne w odniesieniu do zadań Prezesa URE, art. 189 ust. 1 pkt 2 oraz art. 192 ust. 1 pkt 14 ustawy – Prawo telekomunikacyjne w odniesieniu do zadań Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty, jak również art. 13 ust. 1 pkt 7 ustawy o transporcie kolejowym z zakresie kompetencji Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego.

³⁰ Opublikowane w Dzienniku Urzędowym UOKiK 2002/3-4/171.

w postępowaniu o zatwierdzenie taryfy jest stwierdzenie, czy zapewnia ona pokrycie uzasadnionych kosztów działalności przedsiębiorstw energetycznych oraz ochronę interesów odbiorców energii przed nieuzasadnionym wzrostem cen³¹. Nie ulega zatem wątpliwości, że to właśnie Prezes URE jest władny dokonywać oceny prawidłowości wysokości i struktury zatwierdzanych taryf. Tym samym w zakresie taryf, prawo energetyczne ma walor *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy o ochronie konkurencji. Wykładnia systemowa odnośnych przepisów tych ustaw, uwzględniająca zasadę *lex specialis derogat legi generali* nakazuje w ocenie sądu stwierdzić, iż w państwie prawa niemożliwa jest sytuacja, w której dwa organy orzekają odmiennie w tej samej sprawie. Nie ma zatem możliwości, by Prezes URE zatwierdzał taryfy, a Prezes UOKiK swoją decyzją je podważał. Odmienna wykładnia powołanych przepisów mogłaby skutkować naruszeniem konstytucyjnej zasady zaufania do państwa. Mogłaby również potencjalnie prowadzić do sytuacji, w której kara zostałaby nałożona za działania zgodne z pozytywną decyzją wydaną przez właściwy organ, powołany do orzekania o legalności taryfy, tzn. jej zgodności z obowiązującym prawem.

Omówione powyżej orzeczenie dotyczyło sytuacji, w której wydana została już decyzja Prezesa URE zatwierdzająca taryfę. Warto zatem omówić również pokrótce stanowisko sądów odnośnie tych przypadków, w których nie zapadły jeszcze orzeczenia organu regulacyjnego, tym bardziej, że stosunkowo niedawno wydano w tym zakresie niezwykle interesujące rozstrzygnięcia.

W wyroku z dnia 7 stycznia 2004 r., (XVII Ama 24/03)³², Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, iż nie są zasadne zarzuty powoda, że prawo energetyczne stanowi *lex specialis* w stosunku do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Treść obydwu ustaw wskazuje w ocenie sądu, że taka relacja nie występuje generalnie, a jedynie częściowo. Celem prawa energetycznego jest tworzenie warunków do zrównoważonego rozwoju kraju, zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego, oszczędnego i racjonalnego użytkowania paliw i energii, rozwoju konkurencji, przeciwdziałania negatywnym skutkom naturalnych monopolii, uwzględniania wymogów ochrony środowiska, zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych oraz ochrona interesów odbiorców i minimalizacja kosztów, zaś do realizacji tych celów właściwy jest Prezes Urzędu Regulacji Energetyki. Podzielić równocześnie należy w ocenie sądu pogląd, że regulacja jest formą przeciwdziałania negatywnym skutkom istnienia monopolii lub rynków silnie zdominowanych, jednak przepisy regulacyjne wyłączają stosowanie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów tylko w takim zakresie, w jakim jest ona faktycznie wykonywana przez organ regulacyjny. W przypadku energetyki dotyczy to w szczególności zatwierdzonych przez Prezesa URE taryf,

³¹ Przepis art. 45 prawa energetycznego brzmi obecnie nieco inaczej, nie ma to jednak wpływu na aktualność wyrażonej przez sąd tezy.

³² Por. *Wokanda* 2005/2/50.

rozstrzygnięć wydanych w trybie art. 8 ust. 1 ustawy – Prawo energetyczne itp. Sąd uznał jednocześnie, iż brak orzeczenia Prezesa URE w zakresie obowiązku świadczenia przez zainteresowanego usługi przesyłu gazu powoduje, że brak jest formalnej przeszkody w prowadzeniu postępowania antymonopolowego, gdyż regulacja w tym zakresie nie została jeszcze dokonana. Jest więc sprawą wyboru zainteresowanego, czy dla ochrony swoich praw chce on wykorzystać środki publicznoprawne czy też środki prywatnoprawne.

Można zatem podsumować wnioski płynące z powyższego orzeczenia w ten sposób, że:

- tak długo, jak „regulacja nie została dokonana” (tzn. nie ma orzeczenia organu regulacyjnego), tak długo kompetencje do rozpatrywania sprawy ma zarówno Prezes UOKiK, jak i organ regulacyjny,
- tam, gdzie regulacja została dokonana, Prezes UOKiK nie ma już możliwości wydawania rozstrzygnięć, prowadziłyby to bowiem do naruszenia konstytucyjnej zasady zaufania obywateli do państwa.

Pogląd wyrażony przez SOKiK nie zasługuje w naszym przekonaniu na aprobatę. Wyrażamy bowiem przekonanie, iż poszczególne przepisy regulacji sektorowej muszą być traktowane jako *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy antymonopolowej³³. Relacja taka występuje wszędzie tam, gdzie przepisy ustaw takich jak prawo energetyczne czy prawo telekomunikacyjne stanowią autonomiczną i pełną regulację określonych zachowań rynkowych przedsiębiorstw. Jedynym adresatem takich norm są bowiem właśnie przedsiębiorstwa (np. sieciowe), które z uwagi na specyfikę swojej działalności pozostają naturalnymi monopolistami na określonym rynku. W odniesieniu do tych przedsiębiorstw to przepisy regulacji sektorowej rozstrzygają w wielu wypadkach, jak kształtować ma się zachowanie monopolisty, ażeby został on poddany mechanizmom konkurencji w maksymalnym zakresie możliwym do zrealizowania na danym etapie rozwoju i liberalizacji rynku. Tym samym, przepisy takie traktowane być muszą jako ograniczenie konkurencji dopuszczone na gruncie art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W konsekwencji należy w naszej ocenie uznać, iż wszędzie tam, gdzie przepisy regulacji sektorowej są wystarczająco szczegółowe, by można było uznać je za *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy o ochronie konkurencji – o ile jednocześnie z przepisów proceduralnych wynika uprawnienie regulatora do wydawania wiążących rozstrzygnięć – wyłączone są kompetencje orzecznicze Prezesa UOKiK. Dotyczy to wszelkich sytuacji, także tych, w których nie została jeszcze wydana decyzja organu regulacyjnego³⁴.

³³ Stosunek *lex specialis* – *lex generalis* nie zachodzi natomiast, z oczywistych względów, między dwoma ustawami (np. prawem energetycznym i ustawą o ochronie konkurencji). Por. także rozważania zawarte w: J. Baehr, E. Stawicki, J. Antczak *Prawo energetyczne. Komentarz*, 2003, s. 115 i nast.

³⁴ Skrajnie odmienny pogląd prezentuje H. Palarz w: *Prawo energetyczne z komentarzem*, Gdańsk 2004, s. 89 i nast.

W tym kontekście na uwagę zasługuje wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2004 r.³⁵ Sąd Najwyższy stwierdził w nim, iż postępowanie przed Prezesem URE oraz postępowanie przed Prezesem UOKiK nie mają charakteru alternatywnych i równorzędnych, służących w każdym wypadku realizacji ochrony tych samych prawnie chronionych interesów (interesu publicznego lub interesu odbiorcy) odbiorcy energii, który w konkretnej sprawie miałby sam decydować o wyborze jednej z tych dróg ochrony prawnej. Kompetencje Prezesa URE i Prezesa UOKiK są w ocenie sądu prawnie rozgraniczone, choć względem siebie komplementarne. Prezes UOKiK jest w zakresie ochrony konkurencji i konsumentów organem, któremu przysługuje kompetencja ogólna, o ile wyraźne przepisy nie zastrzegły w tym zakresie określonych kompetencji na rzecz innego organu – w tym na rzecz Prezesa URE. Niezależnie od tego, w zakresie nieuregulowanym przepisami prawa energetycznego, odbiorca energii elektrycznej może korzystać ze środków ochrony prawnej – określonych przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – w tym wypadku z przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję w wyniku nadużywania pozycji dominującej. W tym samym orzeczeniu Sąd Najwyższy potwierdził, iż ceny i stawki opłat taryfy ustalonej przez przedsiębiorstwo energetyczne, obowiązujące w wyniku ich zatwierdzenia decyzją Prezesa URE, a następnie prawidłowego ogłoszenia, nie mogą być przedmiotem kontroli w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa UOKiK na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wnioski na przyszłość

Z cytowanego powyżej orzeczenia Sądu Najwyższego wyłania się w miarę klarowny obraz relacji krajowych przepisów regulacji sektorowych oraz przepisów z zakresu ochrony konkurencji. Należy przyjąć, że te pierwsze stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie, w jakim stanowią wyczerpującą regulację określonych zachowań. W takich sprawach kompetencji do orzekania nie ma Prezes UOKiK i to bez względu na to, czy regulacja się już dokonała (tzn. została wydana decyzja regulatora) czy też nie. Tam natomiast, gdzie brak jest regulacji szczegółowej lub brak kompetencji orzeczniczej organu regulacyjnego, ingerować może Prezes UOKiK.

Powyższą konkluzję można uzupełnić o następujące uwagi. Po pierwsze, zakłada ona dość optymistycznie, że w każdym przypadku stosunkowo łatwo można będzie orzec, czy stopień szczegółowości regulacji jest wystarczający do uznania jej za *lex specialis* w stosunku do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Doświadczenie uczy tymczasem, że w znaczącej części spraw tak nie będzie. Pewną

³⁵ Sygn. akt III SK 48/04, cytowany za sprawozdaniem z działalności Prezesa UOKiK za rok 2004 (s. 99 i nast.). Por. także E. Kulińska, *Przegląd orzecznictwa antymonopolowego za 2004 r.*, Glosa 2005/1, s. 85 i nast.

pomoc mogą w tym zakresie zawierać normy kompetencyjne zawierające uprawnienia do orzekania w pewnych sprawach (takie jak np. art. 8 ustawy – Prawo energetyczne). Można bowiem założyć, że tam, gdzie regulator ma możliwość wydania wiążącego rozstrzygnięcia, nie może działać Prezes UOKiK i na odwrót – nawet jeżeli regulacja sektorowa jest szczegółowa, ale organ regulacyjny nie ma możliwości orzekania, Prezes UOKiK powinien mieć możliwość podejmowania działań przewidzianych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

Należy również pamiętać, iż omawiana linia orzecznicza ukształtowała się w odniesieniu do stanów faktycznych, do których zastosowanie miały wyłącznie przepisy prawa polskiego (przepisy dwóch równorzędnych ustaw). Trudno zatem na ich podstawie wyrokować, jak miałyby się kształtować sytuacja w przypadkach, w których powstanie konflikt między regulacją na poziomie krajowym i wspólnotowymi regułami konkurencji. Można jednak i w tym zakresie pokusić się o kilka uwag. Po pierwsze, jest oczywiste, że w przypadku konfliktu przepisów prawa krajowego i prawa wspólnotowego prymat ma prawo wspólnotowe. Po drugie, z zasad przyjętych w orzecznictwie wspólnotowym wynika, że jakkolwiek organy regulacyjne nie mają kompetencji do stosowania przepisów z zakresu konkurencji, to i tak spoczywa na nich obowiązek uwzględniania tych przepisów w swoich rozstrzygnięciach, a tym samym, organy te powinny się powstrzymać z wydawaniem orzeczeń sprzecznych z art. 81 lub 82 TWE.

Nie można natomiast – jak się wydaje – przesądzić w sposób jednoznaczny, jak powinny kształtować się zachowania poszczególnych organów, tzn. regulatora, Prezesa UOKiK i Komisji Europejskiej w tych przypadkach, w których decyzje regulatora lub skutki tych decyzji nie są zgodne ze wspólnotowymi regułami konkurencji. Rozwiązanie tego problemu przyniesie zapewne dopiero orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach takich jak *Deutsche Telekom I*. Należy jednak w naszym przekonaniu postulować, by choćby ze względu na dobro, jakim jest bezpieczeństwo obrotu prawnego, przyjęte w tym zakresie rozwiązania zakładały brak możliwości podejmowania w takich przypadkach działań przeciwko podmiotom poddanym regulacji (odpowiedzialność powinna spoczywać na regulatorze).

Do czasu rozwiązania tego problemu, poddane regulacji podmioty o silnej pozycji rynkowej powinny z ostrożności rozważać, jaki zakres swobody pozostawia im decyzja regulatora. Tam, gdzie – jak w sprawach *Deutsche Telekom* – istnieje będzie pewien margines swobody, działania podejmowane w ramach takiej „wolności” wymagać będą dodatkowej analizy z punktu widzenia zgodności ze wspólnotowymi regułami konkurencji, przynajmniej do czasu jednoznacznej zmiany stanowiska przez Komisję Europejską lub do czasu ukształtowania się linii orzeczniczej sądów wspólnotowych, wyłączającej możliwość podejmowania działań przeciwko podmiotom działającym w granicach wytyczonych przez decyzje organów regulacyjnych.

Stanisław Piątek

UDZIAŁ PREZESA URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW W REGULOWANIU RYNKÓW TELEKOMUNIKACYJNYCH

Rynek telekomunikacyjny pozostaje w polu oddziaływania organów odpowiedzialnych za sektorową regulację działalności telekomunikacyjnej oraz Prezesa UOKiK, który zapewnia ochronę konkurencji i interesów konsumentów za pomocą przysługujących mu środków. Od wejścia w życie ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 73, poz. 852 z późn. zm.) Prezes UOKiK uczestniczy również bezpośrednio w podejmowaniu sektorowych rozstrzygnięć regulacyjnych, dotyczących operatorów o najsilniejszej pozycji rynkowej¹. Udział Prezesa UOKiK w działalności regulacyjnej uległ rozszerzeniu w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.).

1. Obowiązek współdziałania w świetle dyrektyw UE o łączności elektronicznej

Bezpośrednią przyczyną rozszerzenia zadań Prezesa UOKiK w zakresie regulowania rynków telekomunikacyjnych są przepisy dyrektyw Unii Europejskiej o łączności elektronicznej. Nowy pakiet aktów prawnych poświęconych łączności elektronicznej wszedł w życie w kwietniu 2002 r. Dla współpracy

¹ Zob. R. Piwowska, *Pozycja znacząca i dominująca operatorów*, Biuletyn URTiP 1(4)2003, s. 10 i nast.

organów regulujących rynki telekomunikacyjne z organami do spraw konkurencji szczególne znaczenie mają postanowienia dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram prawnych dla sieci i usług łączności elektronicznej (tzw. dyrektywa ramowa). Dyrektywa nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia współdziałania pomiędzy władzami regulującymi łączność elektroniczną w ujęciu sektorowym oraz władzami odpowiedzialnymi za ochronę konkurencji². Realizacja celów określonych w dyrektywie ramowej i pozostałych dyrektywach o łączności elektronicznej, wymaga odpowiedniego współdziałania i wymiany informacji między władzami odpowiedzialnymi za regulację sektorową oraz za ochronę konkurencji³. Obowiązek państw członkowskich został sformułowany w taki sposób, że obydwa organy powinny być wzajemnie zobowiązane i uprawnione do współdziałania. Podobny układ współpracy należy stworzyć pomiędzy władzami regulacyjnymi odpowiedzialnymi za łączność elektroniczną i organem odpowiadającym za ochronę konsumentów. Dyrektywa ramowa wymienia wśród podstawowych celów polityki regulacyjnej zapewnienie wysokiego poziomu ochrony konsumentów. Osiągnięcie tego celu w układzie sektorowym wymaga odpowiedniej koordynacji działań z krajowym organem ochrony konsumentów. W Polsce funkcje ochrony konkurencji i konsumentów są zespolone w gestii jednego organu, co ułatwiło implementację dyrektywy ramowej w prawie telekomunikacyjnym (dalej: pt).

2. Równoprawna i skuteczna konkurencja jako cel regulacji

Zgodnie z wymaganiami dyrektywy ramowej, ustawa określa w sposób normatywny cele, jakie władze państwowe powinny realizować w sektorze telekomunikacyjnym. Pt określa cele ustawy (art. 1 ust. 2) oraz cele polityki regulacyjnej (art. 189 ust. 2). Wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji (art. 1 ust. 2 pkt 1 pt) jest celem, który ma wartość samoistną, a także wspiera realizację pozostałych celów ustawowych. Równoprawna i skuteczna konkurencja jest celem zarówno dla organów regulacji sektorowej, jak i dla Prezesa UOKiK. Wyraźne sformułowanie tego celu ustawy jest wynikiem doświadczeń wielu krajów, w których historycznie ukształtował się rynek zdominowany przez narodowego operatora, korzystającego w przeszłości z monopolu państwowego na świadczenie usług i budowę infrastruktury telekomunikacyjnej. Samo zniesienie monopolu prawnego i innych ograniczeń w uzyskiwaniu uprawnień do prowadzenia działalności telekomunikacyjnej nie wystarcza do ukształtowania konkurencyjnego rynku. Konkurenci tzw. operatora zasiedziałego muszą bowiem

² Art. 3 dyrektywy ramowej.

³ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 43, K. Adamski, *Europejskie prawo łączności elektronicznej. Telefonía, telewizja, Internet*, s. 80 i nast, Warszawa 2005, P. Nihoul, P. Redford, *EU Communications Law*, Oxfrod 2004, s. 667 i nast.

przy uruchamianiu swej działalności korzystać z jego usług. Umożliwia to mnożenie różnorodnych trudności hamujących rozwój konkurencji. Doświadczenia wielu krajów potwierdzają, że gwarancje wynikające z ogólnych przepisów antymonopolowych nie są w tej sytuacji wystarczające. Ograniczona skuteczność tych środków wynika głównie z tego, że działają *ex post*, wymagają każdorazowo odrębnego postępowania i jeżeli operator nie nadużywa swojej dominacji, nie mogą być wykorzystane do pobudzania konkurencji. Dlatego pt zawiera szereg przepisów, które mogą być wykorzystane do regulacji wyprzedzającej (*ex ante*), sprzyjającej budowaniu skutecznej konkurencji. Są to przede wszystkim przepisy poświęcone regulowaniu rynku telekomunikacyjnego, zawarte w dziale II pt. Dlatego zarówno na poziomie celów ustawy, jak i na poziomie polityki regulacyjnej wspieranie konkurencji zostało wymienione jako cel pierwszoplanowy.

W prawie polskim występuje pojęcie skutecznej konkurencji. Art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów definiując pozycję dominującą, ustala, że jest to pozycja przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%. Już z tej definicji można wyprowadzić wniosek, że skuteczna konkurencja nie występuje na rynku, na którym działa przedsiębiorca zajmujący pozycję dominującą, niezależnie od tego, czy jego działalność narusza przepisy tej ustawy. Analogiczne wnioski wynikają z wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku⁴. W świetle wytycznych (pkt 19 i 112) ustalenie, iż skuteczna konkurencja istnieje na rynku właściwym jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że żaden operator nie zajmuje indywidualnej lub kolektywnej pozycji znaczącej na tym rynku.

Pt ma tworzyć warunki dla konkurencji nie tylko skutecznej, lecz także równoprawnej. Wymóg równoprawności należy odnosić do działań państwa, które poprzez akty normatywne i rozstrzygnięcia indywidualne tworzy warunki konkurencji przedsiębiorców na rynkach telekomunikacyjnych. Wymóg równoprawności konkurencji należy stosować z uwzględnieniem wspólnotowego i krajowego dorobku prawnego, dotyczącego zasady równości. Równe traktowanie oznacza stosowanie takiej samej miary wobec wszystkich zainteresowanych, ocenianie ich sytuacji według tych samych kryteriów oraz poświęcanie równej wagi ich potrzebom i interesom⁵. Najtrudniejszym zagadnieniem jest to, kogo należy zaliczyć do kręgu zainteresowanych, posiadających tę samą istotną cechę, a zatem uprawnionych do równego traktowania. Ma to szczególne znaczenie

⁴ Wytyczne Komisji w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej siły rynkowej w warunkach porządku regulacyjnego Wspólnoty w sprawach sieci i usług łączności elektronicznej, Dz.Urz. WE C 165/6 z 11 lipca 2002.

⁵ Orzeczenie TK z dnia 9 marca 1988 r., U.7/87.

w procesie regulowania rynków telekomunikacyjnych, gdy organ regulacyjny ustala obowiązki i ograniczenia dla przedsiębiorców o szczególnej pozycji rynkowej, których stosowanie ma doprowadzić do stanu skutecznej konkurencji. Stosowanie zasady równego traktowania wymaga uprzedniego wyróżnienia klasy podmiotów podlegających równemu traktowaniu. Równe traktowanie powinno polegać na stworzeniu każdemu podmiotowi, należącemu do wyróżnionej klasy podmiotów, takich samych możliwości realizacji praw i obowiązków, a więc na zastosowaniu w tym zakresie tych samych zasad i kryteriów⁶. Jeżeli przedsiębiorcy istotnie różnią się między sobą, a zróżnicowanie to ma obiektywne podstawy, wówczas nie ma przeszkody dla zróżnicowania sposobu traktowania poszczególnych przedsiębiorców. Czynnikiem różnicującym przedsiębiorców jest w tym przypadku siła rynkowa, jaką dysponują na rynkach telekomunikacyjnych. Przy takim rozumieniu wymogu równoprawności, nie powinno być sprzeczności i napięć pomiędzy wymogiem tworzenia warunków dla skutecznej konkurencji oraz konkurencji równoprawnej.

Zadaniem administracji telekomunikacyjnej jest sprzyjanie rozwojowi konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych. Korzyści z jej rozwoju powinny być udziałem wszystkich użytkowników. Wszelkie rodzaje usług objęte są zasadą wspierania konkurencji. Nie jest z tego wyłączony obszar usług telefonicznych w sieciach stacjonarnych, a także świadczenie tych usług na terenach wiejskich i słabo zaludnionych. Wymóg wspierania konkurencji nie został bezpośrednio odniesiony do sfery infrastruktury telekomunikacyjnej, gdyż temu celowi poświęcono odrębne postanowienie (art. 1 ust. 2 pkt 2 pt). Cel polegający na wspieraniu konkurencji w zakresie usług oraz cel polegający na pobudzaniu rozwoju i wykorzystaniu infrastruktury telekomunikacyjnej są w pewnym zakresie rozbieżne. Organy administracji telekomunikacyjnej mogą sprzyjać maksymalnemu wykorzystaniu istniejącej infrastruktury, umożliwiając dostęp do niej nowym operatorom w celu nasilenia konkurencji usługowej. Polityka tego rodzaju wyraża się odpowiednimi rozstrzygnięciami dotyczącymi dostępu telekomunikacyjnego i cenowych warunków tego dostępu. Polityka nastawiona na rozwój alternatywnej infrastruktury, czyli konkurencji opartej na budowie i wykorzystaniu nowych sieci telekomunikacyjnych, w ograniczonym stopniu umożliwia nowym operatorom wykorzystanie istniejącej infrastruktury operatorów zasiedziałych. Polityka rozwoju konkurencji infrastrukturalnej wymaga natomiast odpowiednio efektywnych mechanizmów sprzyjających połączeniom sieci telekomunikacyjnych. Polityka wspierania konkurencji usługowej jest konieczna w tych dziedzinach telekomunikacji, w których wytworzenie konkurencyjnej infrastruktury przez nowych operatorów jest niemożliwe lub nieuzasadnione ze względów ekonomicznych. Polityka rozwoju infrastruktury jest wskazana wówczas, gdy analiza ekonomiczna wykazuje, iż wytworzenie alternatywnej infrastruktury

⁶ Orzeczenie TK z dnia 16 lutego 1999 r., SK 11/98.

jest efektywne ekonomicznie i wykonalne przy istniejących ograniczeniach zasobów. Wyważenie proporcji co do realizacji obu celów następuje w procesie regulowania rynków telekomunikacyjnych i rozstrzygnięcia sporów dotyczących dostępu telekomunikacyjnego. Mechanizm konkurencji powinien być docelowo podstawowym mechanizmem organizującym rynek usług i rynek infrastruktury telekomunikacyjnej. Wspieranie konkurencji powinno stopniowo zmniejszać potrzebę stosowania regulacji wyprzedzającej, gdyż główną siłą regulującą będzie w coraz większym stopniu mechanizm konkurencji, chroniony ogólnymi przepisami.

Realizacja celu polegającego na wspieraniu równoprawnej i skutecznej konkurencji następuje z udziałem Prezesa UOKiK, którego kompetencje zostały zagwarantowane licznymi przepisami pt, a szczególnie postanowieniami art. 16, art. 23 i 25, art. 116 i 117 pt. Udział Prezesa UOKiK koncentruje się w dwóch obszarach o kluczowym znaczeniu dla poszerzania konkurencji – a mianowicie w sprawach ustalania obowiązków regulacyjnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz dostępu do kluczowego zasobu telekomunikacyjnego, jakim są częstotliwości.

3. Udział Prezesa UOKiK w postępowaniu regulacyjnym

3.1. Struktura postępowania regulacyjnego

Dział II pt („Regulowanie rynku telekomunikacyjnego”) przewiduje ciąg czynności administracyjnych, które mają na celu tworzenie konkurencyjnych warunków prowadzenia działalności na rynkach telekomunikacyjnych. Pierwszy etap polega na wydaniu przez ministra właściwego do spraw łączności, rozporządzenia określającego rynki właściwe podlegające analizie (art. 22 pt). Niezwłocznie po wydaniu lub nowelizacji rozporządzenia, Prezes URTiP wszczyna postępowanie w sprawie analizy rynku. Ma ono na celu ustalenie, czy na rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja (art. 23). Postępowanie to kończy się wydaniem postanowienia w odniesieniu do każdego rynku podlegającego ocenie⁷. Postanowienie w sprawie konkurencyjności rynku wydawane jest w porozumieniu z Prezesem UOKiK. Jeżeli Prezes URTiP stwierdzi, że na danym rynku nie występuje skuteczna konkurencja, wówczas wszczyna postępowanie w sprawie wyznaczenia przedsiębiorców zajmujących znaczącą pozycję na rynku oraz nałożenia na nich obowiązków regulacyjnych (art. 24). Pozycję znaczącą zajmuje przedsiębiorca, którego pozycja rynkowa odpowiada dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego. Pozycja znacząca może być ustalona w stosunku do jednego przedsiębiorcy (indywidualna pozycja znacząca), ale może być również ustalona dla dwóch lub większej liczby przedsiębiorców (pozycja kolektywna). Ustawa przewiduje możliwość ustalenia pozycji

⁷ Aktualnie przewiduje się analizę 18 rynków telekomunikacyjnych, zgodnie z odpowiednim zaleceniem Komisji, które zostało w całości uwzględnione w prawie krajowym.

znaczącej na tzw. rynku powiązonym, jeżeli powiązania między dwoma rynkami są tego rodzaju, że pozycja znacząca zajmowana na jednym rynku może być przenoszona na rynek powiązany. Decyzja wyznaczająca przedsiębiorcę o pozycji znaczącej jest podejmowana w porozumieniu z Prezesem UOKiK. Ustawa wskazuje wiele kryteriów oceny pozycji rynkowej przedsiębiorców. Na przedsiębiorców o stwierdzonej pozycji znaczącej, po przeprowadzeniu postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego, nakładane są obowiązki regulacyjne przewidziane w ustawie (art. 25). Powinny być one dobierane stosownie do zidentyfikowanego problemu rynkowego, w sposób proporcjonalny oraz z uwzględnieniem celów regulacyjnych wyznaczonych ustawą. Decyzje o ustaleniu obowiązków regulacyjnych wydawane są również w porozumieniu z Prezesem UOKiK. Oznacza to, że Prezes UOKiK wywiera znaczący wpływ na wszystkie stadia procesu regulacyjnego, z wyjątkiem określenia rynków przewidzianych do analizy i regulacji wyprzedzającej.

3.2. Określanie rynków podlegających regulacji

Kompetencje Prezesa URTiP w sprawie analizy rynków obejmują rynki właściwe, wskazane w rozporządzeniu wydanym przez ministra właściwego do spraw łączności na podstawie art. 22 ust. 1. W sprawie pojęcia rynku właściwego pt odsyła do uokik. Zgodnie z art. 4 pkt 8 tej ustawy, pod pojęciem rynku właściwego rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Odesłanie do uokik w sprawie pojęcia rynku właściwego, choć zawarte w przepisie poświęconym analizie rynku, jest w istocie adresowane do ministra właściwego do spraw łączności, gdyż jemu ustawa powierza zadanie określenia rynków właściwych. Definicja rynku właściwego wynikająca z uokik jest tylko jednym z elementów, które minister bierze pod uwagę przy określaniu rynków (zob. art. 22). Decydujące znaczenie ma zalecenie KE w tej sprawie⁸. Niestety, ze względu na usytuowanie w mechanizmie regulowania rynków oraz ograniczony dostęp do danych o właściwych rynkach, minister ma ograniczone możliwości rzetelnego wykonania dyspozycji art. 21 ust. 2 oraz art. 22 ust. 1 pt przy ustalaniu listy rynków właściwych. Prezesowi URTiP, który ma znacznie szerszy dostęp do danych o strukturze rynków telekomunikacyjnych, nie przysługuje kompetencja w kwestii ustalania rynku właściwego lub korygowania ustaleń, wynikających

⁸ Zalecenie Komisji w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podatnych na regulację *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej z 11 lutego 2003 r. (C(2003)497).

z rozporządzenia⁹. Pt nie przewiduje w tej sprawie również uprawnień Prezesa UOKiK, choć w sprawie pojęcia rynku właściwego pt odsyła do uokik (art. 21 ust. 2).

3.3. Analiza konkurencyjności rynku

Cel analizy rynku określa art. 23 ust. 1 pt, z którego wynika, że ma ona ustalić, czy na rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja. W dalszej kolejności ustalenia dotyczące konkurencyjności rynku służą realizacji ostatecznego celu całego cyklu regulacyjnego, jakim jest ustanowienie, utrzymanie, zmiana lub zniesienie obowiązków regulacyjnych przedsiębiorców (art. 21 ust. 5).

Postępowanie wszczyna się w drodze postanowienia. Charakter postępowania w sprawie analizy rynków nie jest jasny, co powoduje, że może on budzić wątpliwości. Nie ma ono ściśle oznaczonego adresata, choć jest faktycznie kierowane do wszystkich przedsiębiorców prowadzących działalność telekomunikacyjną na rynku objętym postanowieniem. Ma ono kluczowe znaczenie dla możliwości regulowania rynku, ale bezpośrednio nie kształtuje praw ani obowiązków przedsiębiorców.

Zamknięcie postępowania w sprawie oceny danego rynku następuje w drodze postanowienia, które stwierdza, że rynek jest skutecznie konkurencyjny lub że nie występuje na nim skuteczna konkurencja. Ponieważ jest to rozstrzygnięcie co do stanu konkurencyjności rynku, więc ma ono ogólny charakter. W tej fazie organ regulacyjny nie jest uprawniony do ustalania przedsiębiorców o znaczącej pozycji. Dopiero w razie stwierdzenia braku efektywnej konkurencji będzie to przedmiotem postępowania prowadzonego na podstawie art. 24.

Postanowienie w sprawie ustalenia konkurencyjności rynku jest wydawane przez Prezesa URTiP w porozumieniu z Prezesem UOKiK. Również w tej fazie, niejasny charakter postępowania prowadzonego na podstawie art. 23 może powodować wątpliwości co do tego, czy porozumienie to ma być realizowane w trybie art. 106 kpa. Wydaje się, że argumentacja z art. 206 pt przemawia za zastosowaniem kodeksowego trybu uzyskiwania stanowiska innego organu. Prezes UOKiK wypowiada się co do projektu postanowienia przygotowanego przez Prezesa URTiP. Ze względu na brak jednoznacznie określonych adresatów postanowienia Prezesa URTiP, również postanowienie Prezesa UOKiK zawierające stanowisko tego organu trudno byłoby powiązać z prawami i obowiązkami poszczególnych uczestników rynku. Kwestia ewentualnych środków prawnych w stosunku do rozstrzygnięć obydwu organów musi być jednak rozważana z uwzględnieniem treści konkretnych postanowień.

Postanowienie w sprawie konkurencyjności rynku podlega również postępowaniu konsultacyjnemu, co wynika z art. 15 pkt 1 oraz art. 23 ust. 5 pt. Tryb postępowania konsultacyjnego został określony w art. 15–16 pt. Prezes UOKiK

⁹ Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 25 października 2004 r. w sprawie określenia rynków właściwych podlegających analizie przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (Dz.U. Nr 242, poz. 2420).

może być jednym z uczestników postępowania konsultacyjnego. Prezes URTiP jest zobowiązany do poinformowania Prezesa UOKiK o wszczęciu postępowania konsultacyjnego (art. 16 ust. 1). Stanowisko Prezesa UOKiK w postępowaniu konsultacyjnym jest jednak traktowane w taki sposób, jak stanowiska innych uczestników konsultacji. Dopiero w fazie uzgadniania postanowienia Prezesa URTiP na podstawie art. 23 ust. 4 pt, pozytywne stanowisko Prezesa UOKiK jest konieczne do wydania rozstrzygnięcia.

Prezes UOKiK, na podstawie art. 43 uokik, może prowadzić badanie rynku telekomunikacyjnego w celu określenia jego struktury i stopnia koncentracji. Prezes UOKiK prowadzi postępowanie wyjaśniające, jeżeli okoliczności wskazują na możliwość naruszenia przepisów ustawy, w sprawach dotyczących określonej gałęzi gospodarki, w sprawach dotyczących ochrony interesów konsumentów oraz w niektórych innych przypadkach. Wyniki takich analiz w odniesieniu do rynków telekomunikacyjnych powinny być uwzględniane przez Prezesa URTiP w najszerszym możliwym stopniu.

3.4. Ustalanie przedsiębiorcy o pozycji znaczącej

Kolejny etap cyklu regulacyjnego składa się z dwóch elementów. Pierwszy z nich polega na wyznaczeniu przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji na właściwym rynku. Drugi element dotyczy rozstrzygnięcia o obowiązkach regulacyjnych przedsiębiorców zajmujących pozycję znaczącą. Prezes URTiP prowadzi jedno postępowanie w stosunku do wszystkich przedsiębiorców prowadzących działalność na danym rynku właściwym. W ramach jednej decyzji stwierdza pozycję znaczącą oraz rozstrzyga o obowiązkach regulacyjnych wszystkich przedsiębiorców zajmujących znaczącą pozycję na danym rynku. Zasada prowadzenia jednego postępowania i rozstrzygnięcia o statusie wszystkich przedsiębiorców o znaczącej pozycji działających na danym rynku w ramach jednej decyzji jest szczególnie uzasadniona w przypadku kolektywnej pozycji znaczącej i jej regulacyjnych konsekwencji. W przypadku rynków ograniczonych do poszczególnych sieci telekomunikacyjnych (rynki zakańczania połączeń w konkretnych sieciach) wydawane będą odrębne decyzje dla każdego operatora.

Pojęcie znaczącej pozycji rynkowej uzyskało w pt nowe znaczenie w porównaniu do poprzedniej ustawy z 2000 r. Jest to konsekwencją zmian, jakie nastąpiły w telekomunikacyjnym prawie UE. Zgodnie z dyrektywami telekomunikacyjnymi UE obowiązującymi do 2002 r., znaczącą pozycję rynkową przypisywano organizacji, która posiadała 25% lub więcej udziału w danym rynku telekomunikacyjnym. Możliwe były jednak odstępstwa w obydwie strony. Władza regulacyjna mogła uznać, że organizacja nie posiada znaczącej pozycji rynkowej, mimo osiągnięcia 25% udziału w rynku, a także przypisać pozycję znaczącą organizacji nieposiadającej takiego udziału. W obydwu przypadkach decyzje podejmowano uwzględniając możliwości wpływania przez organizację

na warunki rynkowe, jej obroty w porównaniu z wielkością rynku, poziom kontroli nad środkami dostępu do użytkowników końcowych, możliwości korzystania z zasobów finansowych oraz jej doświadczenie w dostarczaniu produktów i usług. Zasady te zostały uwzględnione w prawie telekomunikacyjnym z 2000 r. Prezes UOKiK wypowiedział się w kilku postępowaniach dotyczących stwierdzenia pozycji znaczącej na gruncie tej ustawy.

W dyrektywach o łączności elektronicznej znaczącą pozycję rynkową ustala się w nowy sposób, zgodnie z koncepcją dominacji rynkowej, ustaloną w orzecznictwie ETS i Sądu Pierwszej Instancji. Uznano, że koncepcja znaczącej pozycji rynkowej ustalanej na poziomie 25% udziału w rynku spełniła swoją rolę w początkowym okresie otwierania rynków telekomunikacyjnych. Obecnie jednak, na rynkach znacznie bardziej złożonych i dynamicznych, uzasadnione jest zastosowanie mechanizmu adresowania regulacji wyprzedzającej na podstawie kryterium siły rynkowej odpowiadającej dominacji w rozumieniu prawa konkurencji. Stosowanie instrumentów regulacji wyprzedzającej już na poziomie 25% udziału w rynku, mogłoby utrudnić rozwój nowych operatorów, którzy stopniowo wzmocniają swoją pozycję.

Ustalenie przedsiębiorstw posiadających znaczącą pozycję rynkową następuje zgodnie z regułami prawa wspólnotowego konkurencji oraz wytycznymi Komisji Europejskiej. Znacząca pozycja rynkowa odpowiada pozycji dominującej określonej w art. 82 TWE. Znaczącą pozycję rynkową posiada przedsiębiorstwo, jeżeli samodzielnie lub wspólnie z innymi zajmuje pozycję odpowiadającą dominacji, czyli dysponuje siłą ekonomiczną pozwalającą mu na zachowania w znacznym stopniu niezależne od konkurentów, klientów i ostatecznie konsumentów. Przepis art. 24 ust. 2 pt ogranicza się do wymogu dominacji w rozumieniu prawa wspólnotowego. Rezygnacja z odwołania się do uokik w sprawie określenia znaczącej pozycji rynkowej może utrudnić korzystanie z krajowej regulacji i dorobku orzeczniczego w zakresie ustalania pozycji dominującej w rozumieniu uokik¹⁰. Prezes URTiP jest zobowiązany do ustalania pozycji znaczącej zgodnie z art. 82 TWE i orzecznictwem ETS w tej sprawie, z uwzględnieniem dodatkowych kryteriów wymienionych w art. 24 ust. 3 pt w odniesieniu do indywidualnej pozycji znaczącej, oraz dodatkowych kryteriów wymienionych w ust. 5 – w odniesieniu do kolektywnej pozycji znaczącej. Decyzje Prezesa URTiP wyznaczają przedsiębiorców o pozycji znaczącej, potwierdzają zachowanie pozycji znaczącej lub stwierdzają jej utratę.

Ustalenie w sprawie pozycji rynkowej przedsiębiorcy jest wstępnym warunkiem podejmowania rozstrzygnięć w sprawie obowiązków regulacyjnych. Co do zasady, obydwa rozstrzygnięcia są podejmowane w ramach jednego

¹⁰ Zob. R. Piwowarska, *Wyznaczanie pozycji operatorów na gruncie prawa telekomunikacyjnego i ustawy antymonopolowej – różnice i podobieństwa*, Prawo i Ekonomia w Telekomunikacji 3/2002, s. 3.

postępowania. Dlatego również wymagania dotyczące działania w porozumieniu z Prezesem UOKiK odnoszą się jednolicie do obydwu elementów decyzji Prezesa URTiP.

3.5. Określanie obowiązków regulacyjnych

W zależności od rozstrzygnięć w sprawie pozycji rynkowej przedsiębiorcy, decyzje co do obowiązków regulacyjnych mogą przewidywać nałożenie obowiązków, utrzymanie obowiązków, zmianę obowiązków poprzez rozszerzenie, ograniczenie lub zastąpienie jednych obowiązków innymi, a wreszcie pełne zniesienie obowiązków w stosunku do przedsiębiorcy, który utracił pozycję znaczącą. Rodzaje obowiązków regulacyjnych, które mogą być nakładane na przedsiębiorców telekomunikacyjnych ustalono poprzez odesłanie do art. 34, art. 36–40, art. 42, art. 44–47 i art. 72 ust. 3 pt. Odpowiadają one środkom przewidzianym w dyrektywach o łączności elektronicznej. Środki regulacyjne mogą być stosowane w odniesieniu do rynków hurtowych (art. 34–44) oraz do rynków detalicznych. Obowiązki przewidziane w odniesieniu do rynków hurtowych obejmują sprawy przejrzystości, niedyskryminacji, rachunkowości regulacyjnej, dostępu telekomunikacyjnego, kontroli cen i rachunkowości kosztowej. Obowiązki przewidziane w odniesieniu do rynków detalicznych obejmują szeroką gamę środków kontroli usług detalicznych, sprawy minimalnego zestawu linii dzierżawionych oraz wyboru i preselekcji operatora.

Prezes URTiP podejmuje decyzję o obowiązkach regulacyjnych w porozumieniu z Prezesem UOKiK. Udział Prezesa UOKiK w ocenie projektu decyzji jest niezwykle istotny. Dobór środków regulacyjnych ma bowiem poszerzać obszary konkurencji i wyprzedzająco przeciwdziałać nadużywaniu pozycji rynkowej. Doświadczenie Prezesa UOKiK w kwestii ograniczeń konkurencji, charakteru nadużyć pozycji rynkowej występujących na rynkach telekomunikacyjnych ma kluczowe znaczenie dla doboru środków regulacyjnych. Przy ocenie środków proponowanych w decyzji, Prezes UOKiK powinien kierować się wytycznymi doboru środków regulacyjnych określonymi w art. 25 ust. 4 pt, które należy stosować z uwzględnieniem doświadczenia w sprawach przeciwdziałania praktykom monopolistycznym.

Pierwsza wytyczna zawarta w art. 25 ust. 4 pt dotyczy adekwatności obowiązku do zidentyfikowanego problemu. Organ regulacyjny jest zobowiązany do ustalenia przeszkód blokujących rozwój konkurencji na właściwym rynku. Następnie organ regulacyjny dobiera obowiązki regulacyjne odpowiednio do zidentyfikowanego problemu związanego z rozwojem konkurencji. Analizy takie nie musiały być wcześniej prowadzone, gdyż wszystkie obowiązki i ograniczenia wynikały dla operatorów o pozycji znaczącej bezpośrednio z przepisów ustawy.

Wstępnym krokiem prowadzącym do identyfikacji problemu związanego z rozwojem konkurencji i realizacji interesów użytkowników końcowych jest

ustalenie przedsiębiorcy o pozycji znaczącej na danym rynku. Następnie organ regulacyjny powinien ustalić, jakimi instrumentami przedsiębiorca kontroluje sytuację na rynku właściwym (ceny, informacja, dostęp do infrastruktury, uruchamianie nowych usług). W kolejnym kroku organ regulacyjny prognozuje możliwe działania antykonkurencyjne na podstawie doświadczenia wynikającego ze znajomości mechanizmów funkcjonowania rynków telekomunikacyjnych, wcześniejszych postępowań regulacyjnych i antymonopolowych oraz doświadczenia regulacyjnego. Istotne jest również obserwowanie ewentualnych skutków działań antykonkurencyjnych w funkcjonowaniu innych przedsiębiorców obecnych na tym samym rynku. Działalność regulacyjna polega na stosowaniu środków, które mają poszerzać obszary rynku objęte skuteczną konkurencją. Jest to więc działalność kształtująca, która może być prowadzona na podstawie wyobrażenia o stanie skutecznej konkurencji, jaki organ regulacyjny zamierza osiągnąć lub, co najmniej, na podstawie rozpoznania zjawisk, którym zamierza on zapobiec.

Typowe problemy konkurencji, którym działalność regulacyjna ma przeciwdziałać, to działania przedsiębiorcy o znaczącej pozycji nastawione na zapobieżenie wejścia konkurentów na rynek, usunięcie ich z rynku lub na eksploatację konsumentów. Organ regulacyjny powinien z wyprzedzeniem rozpoznawać zachowania antykonkurencyjne i podejmować działania w celu przeciwdziałania. Organ regulacyjny powinien także chronić konsumentów przed skutkami takich działań.

W doborze obowiązków regulacyjnych pomocny będzie dokument Europejskiej Grupy Regulatorów (ERG) *Wspólne stanowisko Europejskiej Grupy Regulatorów w sprawie podejścia do właściwych środków zaradczych w nowym porządku regulacyjnym*. Zawiera on propozycje dotyczące sposobu stosowania obowiązków regulacyjnych przewidzianych w dyrektywach¹¹. Na podstawie doświadczenia antymonopolowego państw UE wyróżniono cztery typowe sytuacje na rynkach telekomunikacyjnych, w których występują działania antykonkurencyjne. Najbardziej typowy charakter ma wertykalne przenoszenie siły rynkowej ze zdominowanych rynków hurtowych na potencjalnie konkurencyjne rynki detaliczne. Źródłem siły rynkowej jest z reguły dysponowanie infrastrukturą. Działania antykonkurencyjne mogą polegać na odmowie połączenia sieci lub dostępu telekomunikacyjnego, ograniczaniu informacji, opóźnianiu dostępu konkurentów do świadczenia usług detalicznych, wiązaniu usług, stosowaniu nieuzasadnionych wymagań, zaniżaniu jakości, projektowaniu usług hurtowych w sposób utrudniający ich wykorzystanie przez konkurencyjnych przedsiębiorców detalicznych, dyskryminacji cenowej, subsydiowaniu usług detalicznych z wpływów na rynku hurtowym, zaniżaniu cen w celu eliminacji konkurencji.

Drugą typową sytuacją jest poziome przenoszenie siły rynkowej pomiędzy różnymi rynkami hurtowymi lub detalicznymi dzięki zależnościom, jakie

¹¹ ERG (03) 30 rev1.

występują między usługami lub infrastrukturą. Trzecia typowa sytuacja polega na dominacji rynkowej, ograniczonej do jednego rynku, która umożliwia zachowania związane z wykorzystaniem tej pozycji w sprawach cen, warunków świadczenia usług, jakości. Ostatnia, czwarta sytuacja jest związana z zakańczaniem ruchu w sieciach. Siła negocjacyjna przedsiębiorcy świadczącego usługę zakończenia połączenia może negatywnie oddziaływać na przedsiębiorców działających na konkurencyjnych rynkach detalicznych, którzy muszą nabywać usługi zakończenia połączenia w cudzej sieci. Stanowisko ERG łączy z każdą z tych typowych sytuacji potencjalne problemy dotyczące ograniczeń konkurencji, które wystąpiły na rozwiniętych rynkach telekomunikacyjnych. Identyfikacja problemu konkurencji polega na ustaleniu, jakie sytuacje antykonkurencyjne mogą wystąpić na rynku, jakie mogą być ich przyczyny, przejawy oraz konsekwencje po stronie przedsiębiorców nieposiadających pozycji znaczącej. Identyfikacja problemów konkurencji jest kluczowym elementem całego procesu regulowania rynku. Musi być ona przeprowadzona przez organ regulacyjny indywidualnie dla każdego rynku. Właściwa diagnoza w tej fazie jest warunkiem powodzenia dalszych etapów.

Art. 25 ust. 4 pt nakazuje zachować adekwatność obowiązku do stwierdzonego problemu. Wymóg adekwatności oznacza, że zastosowany środek powinien w świetle posiadanych doświadczeń prowadzić do przewyciężenia lub zmniejszenia przeszkód dotyczących rozwoju konkurencji. Adekwatność dotyczy również relacji pomiędzy poszczególnymi obowiązkami regulacyjnymi. Z reguły podstawowe znaczenie na rynkach hurtowych ma obowiązek zapewnienia dostępu do określonych elementów sieci, usług lub funkcji sieciowych. Natomiast pozostałe obowiązki mają zabezpieczyć możliwość właściwego określenia obowiązków dostępowych i ich egzekwowania. Relacje między poszczególnymi obowiązkami należy rozpatrywać również w aspekcie czasowym. Zastosowanie określonych obowiązków może prowadzić do przewyciężenia najpoważniejszych trudności dotyczących rozwoju konkurencji, a to z kolei może uzasadniać zmianę obowiązków regulacyjnych.

W przypadku rynków wykazujących cechy monopoli naturalnych, charakteryzujących się znacznymi efektami skali i zakresu działalności, pojawienie się konkurencji jest mało prawdopodobne. W takich warunkach organ regulacyjny powinien dobierać środki bezpośrednio skierowane przeciwko możliwości wykorzystania dominacji rynkowej w postaci nadmiernych cen, dyskryminacji cenowej lub zaniżaniu jakości. Na rynkach, na których wytworzenie alternatywnej infrastruktury nie jest możliwe, organ regulacyjny powinien poszerzać obszar konkurencji usługowej poprzez dopuszczanie konkurentów do korzystania z infrastruktury przedsiębiorcy dominującego. Powinien jednocześnie czuwać nad tym, by warunki korzystania sprzyjały rozbudowie i unowocześnianiu tej infrastruktury. Na rynkach, na których wytworzenie konkurencyjnej infrastruktury jest możliwe, organ regulacyjny powinien zmierzać do pobudzenia takich

inwestycji, gdyż konkurencja infrastrukturalna zapewnia trwałe podstawy rozwoju rynku w dłuższej perspektywie.

Cele regulacji w sektorze telekomunikacyjnym powinny być osiągnięte za pomocą środków proporcjonalnych. Zasada proporcjonalności w działalności regulacyjnej ogranicza zakres uznania przysługującego administracji. Dotyczy ona stosunku między celami i środkami ich osiągnięcia. Istnieje bardzo bogate orzecznictwo wspólnotowe, a także orzecznictwo krajowe odwołujące się do zasady proporcjonalności, wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Środek proporcjonalny powinien spełniać trzy kryteria. Po pierwsze, musi być użyteczny do osiągnięcia założonego, uprawnionego celu. Po drugie, środek musi być konieczny do osiągnięcia tego celu. Wymaga zatem ustalenia, czy nie byłby wystarczający inny środek, który mniej ogranicza swobodę działalności podmiotu zobowiązanego. Po trzecie, należy ocenić, czy zastosowanie środka nie wywoła nadmiernych negatywnych efektów ubocznych, a w szczególności, czy relacja między tymi ubocznymi efektami a osiągniętymi wynikami regulacyjnymi może być akceptowana.

Prezes UOKiK jest obowiązkowo powiadamiany o wszczęciu postępowania konsultacyjnego (art. 16 ust. 3) w sprawach ustalenia pozycji znaczącej i doboru obowiązków regulacyjnych. Może więc uczestniczyć zarówno w fazie konsultacyjnej, jak i w fazie podejmowania decyzji.

Do zajęcia stanowiska przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 25 ust. 2 pt stosuje się przepis art. 106 kpa. Prezes UOKiK wypowiada się jedynie co do projektu decyzji. Może on prowadzić w niezbędnym zakresie postępowanie wyjaśniające, w którym przedsiębiorca telekomunikacyjny uczestniczy na prawach strony. Prezes UOKiK zobowiązany jest do zajęcia stanowiska w terminie nie dłuższym niż 2 tygodnie od otrzymania żądania. Zajęcie stanowiska następuje w formie postanowienia, na które przedsiębiorcy przysługuje zażalenie. Mimo, że zgodnie z art. 143 kpa, wniesienie zażalenia nie wstrzymuje wykonania postanowienia, to zgodnie z uchwałą Składu Siedmiu Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 listopada 1998 r.¹², jeżeli przepis prawa uzależnia wydanie decyzji od zajęcia stanowiska przez inny organ, wydanie decyzji przed rozpoznaniem zażalenia na postanowienie w przedmiocie zajęcia stanowiska, narusza przepis art. 106 §1 kpa. Zdaniem NSA stanowisko innego organu, które zostało wyrażone w formie postanowienia, staje się podstawowym materiałem dowodowym w sprawie administracyjnej, czasem przesądzającym lub wprost determinującym jej końcowe rozstrzygnięcie. Organ prowadzący postępowanie główne może korzystać z tego materiału dopiero wtedy, gdy nie ma wątpliwości dotyczących jego treści ani tego, czy treść ta nie ulegnie zmianie. Znaczenie prawomocności stanowiska zajętego przez Prezesa UOKiK dla możliwości wydania decyzji przez Prezesa URTiP jest jednak kwestią sporną w orzecznictwie sądów administracyjnych i SOKiK. W praktyce, nie podlegają

¹² OPS 8/98, OSP 1999/2, poz. 23.

uchyleniu decyzje Prezesa URTiP wydane przed rozpatrzeniem zażalenia na postanowienie Prezesa UOKiK, jeżeli warunek prawomocności postanowienia jest spełniony w momencie rozpatrywania odwołania od decyzji, gdyż decydujący jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy.

4. Udział Prezesa UOKiK w dysponowaniu częstotliwościami

Dostęp do niektórych rynków telekomunikacyjnych jest utrudniony ze względu na konieczność wykorzystania częstotliwości. W przypadku, gdy ich zasoby są ograniczone, sposób rozdysponowania ma bardzo istotny wpływ na budowanie konkurencyjności rynku. Jeżeli brak jest dostatecznych zasobów częstotliwości do pozytywnego załatwienia wszystkich wniosków o dokonanie rezerwacji, przetarg jest obligatoryjnym sposobem wyłaniania podmiotu, który je otrzyma¹³. W sprawach częstotliwości przeznaczonych na cele radiofonii i telewizji stosowany jest konkurs, który ma pewne cechy swoiste¹⁴. Prezes URTiP ocenia zasoby częstotliwości przeznaczone na poszczególne cele oraz potencjalne zapotrzebowanie. Jeżeli wstępna ocena wskazuje na brak dostatecznych zasobów częstotliwości, wówczas Prezes URTiP jest zobowiązany przeprowadzić postępowanie konsultacyjne. Ogłoszenie przetargu musi być poprzedzone przeprowadzeniem postępowania konsultacyjnego na zasadach określonych w art. 15 i 16 pt. Prezes UOKiK może być uczestnikiem tego postępowania na ogólnych zasadach.

W świetle art. 116 ust. 1 pt, celem postępowania przetargowego jest wyłonienie podmiotów, które otrzymają rezerwację częstotliwości. Podmioty wyłonione w przetargu powinny następnie złożyć wnioski o dokonanie rezerwacji częstotliwości, które będą pozytywnie załatwione przez Prezesa URTiP. Postępowanie przetargowe poprzedza zatem właściwe postępowanie administracyjne w sprawie dokonania rezerwacji. Postępowanie przetargowe nie jest administracyjnym postępowaniem jurysdykcyjnym w rozumieniu kpa. Przy jego ogłaszaniu i przeprowadzaniu nie stosuje się zatem reguł i gwarancji zawartych w kpa. Przemawia za tym nazwa tego postępowania (postępowanie przetargowe), określenie wniosku (oferta), sposób określania warunków podejmowania rozstrzygnięcia o wyniku przetargu (dokumentacja przetargowa), zastosowanie wadium. Wyraźny jest zamiar ustawodawcy odcięcia się od mechanizmu rozstrzygania o przyznawaniu ograniczonej liczby uprawnień w formie postępowania jurysdykcyjnego z udziałem wszystkich zainteresowanych podmiotów.

Kluczowe znaczenie ma sprawa kryteriów wyboru oferty w postępowaniu przetargowym. Są one ostatecznie ustalane w dokumentacji przetargowej. Art. 116 ust. 5 pt przesądza, że decydującym kryterium oceny oferty jest

¹³ Art. 116 pt.

¹⁴ Art. 118 pt.

zachowanie warunków konkurencji oraz wysokość zadeklarowanej kwoty. Przepis ten dotyczy kwoty stanowiącej jednorazową opłatę za dokonanie rezerwacji częstotliwości (art. 185 ust. 4). Przepis art. 116 ust. 5 mówi o „kryterium” w liczbie pojedynczej, natomiast wymienia dwa czynniki. Dlatego wydaje się, że obydwie czynniki wymienione w art. 116 ust. 5 powinny być traktowane równorzędnie. Przemawia za tym również treść odpowiedniej dyrektywy UE. Spośród dwóch typów postępowań służących selekcji dysponentów ograniczonych zasobów, jeden oparty jest głównie na wysokości zadeklarowanej opłaty, a drugi – na pozafinansowych uwarunkowaniach wniosku. W pt temu różnicowaniu odpowiadają instytucje przetargu i konkursu. Obniżenie rangi kryterium wysokości opłaty w przetargu byłoby trudne do pogodzenia z kierunkowymi postanowieniami dyrektywy. Stosowanie dwóch równorzędnych kryteriów następuje z uwzględnieniem opinii Prezesa UOKiK. Uwzględnienie dwóch kryteriów wymaga przypisania tym kryteriom odpowiednich wag. Stanowisko Prezesa UOKiK w sprawie zachowania warunków konkurencji powinno być w miarę możliwości poddane kwantyfikacji w postępowaniu przetargowym, tak aby końcowy wynik oceny ofert uwzględniał zarówno czynnik konkurencyjności, jak i wysokości zadeklarowanej kwoty¹⁵.

Kwestią sporną jest charakter prawny opinii Prezesa UOKiK, o której mowa w art. 116 ust. 6 pt. Opinia Prezesa UOKiK jest stanowiskiem organu administracji publicznej, które jest konieczne do oceny ofert i podjęcia przez Prezesa URTiP rozstrzygnięcia w sprawie wyniku przetargu. Opinia jest wydawana w szczególnym postępowaniu ustanowionym przepisami pt – poza postępowaniem administracyjnym w indywidualnych sprawach z zakresu administracji publicznej załatwianych przez wydanie decyzji, do którego mają zastosowanie przepisy kpa. W związku z tym, opinia przewidziana w art. 116 ust. 6 pt nie jest objęta wymogami z art. 106 kpa. Opinia ta jest formą obligatoryjnego współdziałania Prezesa UOKiK z Prezesem URTiP w związku z prowadzeniem przetargu. Opinia nie ma charakteru aktu zewnętrznego, kierowanego do uczestników przetargu. Stanowi ona jednak element dokumentacji przetargu i powinna być dostępna dla uczestników na ogólnych zasadach dotyczących dostępu do akt postępowania przetargowego. Ustawa nie określa zakresu danych, które Prezes URTiP powinien przekazać Prezesowi UOKiK w celu przygotowania opinii ani terminu ich przekazania. Należy zatem stosować ogólne reguły współdziałania organów administracji rządowej w załatwianiu spraw administracyjnych oraz kierować się celem omawianej czynności. Prezes URTiP powinien przekazać Prezesowi UOKiK informację przedstawiającą co najmniej zakres

¹⁵ Zob. Dokumentacja przetargowa UMTS, URTiP, 22 lutego 2005 r., s. 44 i nast. Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UOKiK poszczególnym ofertom przypisywano niekorzystny, umiarkowany lub korzystny wpływ na konkurencyjność rynku telefonii ruchomej, co znajdowało wyraz w odpowiedniej liczbie przyznanych punktów, wpływających na ostateczną ocenę.

i cele przetargu, w tym dokumenty stanowiące podstawę jego prowadzenia (ogłoszenie, dokumentacja) oraz opis zgłoszonych ofert, ze szczególnym uwzględnieniem danych dotyczących wpływu oferty na konkurencję. Część danych gromadzonych w postępowaniu przetargowym służy właśnie ocenie skutków przydzielenia częstotliwości poszczególnym wnioskodawcom. Organem wiodącym co do zakresu i sposobu opracowania opinii jest Prezes UOKiK i należy spełnić jego żądania dotyczące udostępnienia niezbędnych danych. Nie ma podstaw do wyłączenia jakichkolwiek dokumentów i danych objętych postępowaniem przetargowym z możliwości badania przez Prezesa UOKiK. Do Prezesa UOKiK należy wystąpić niezwłocznie po ustaleniu stanu faktycznego, który będzie przedmiotem oceny w postępowaniu przetargowym, czyli po otwarciu ofert i usystematyzowaniu danych, które z nich wynikają. Opinia Prezesa UOKiK ma służyć ocenie ofert, a zatem powinna być wprowadzona do materiałów postępowania już w fazie opracowywania takiej oceny. Ustawa nie określa szczegółowo wewnętrznych form pracy nad oceną ofert. Z art. 120 pt wynika jednak obowiązek powołania komisji przetargowej. Biorąc pod uwagę fakt ustanowienia komisji na podstawie prawa powszechnie obowiązującego, a nie prawa wewnętrznego administracji oraz wynikające stąd związanie w kwestii trybu ustalania wyniku przetargu, wydaje się, że opinia Prezesa UOKiK powinna zostać wprowadzona do materiału postępowania przed zakończeniem prac komisji przetargowej. Ustalenia opinii powinny być uwzględniane już przy opracowywaniu stanowiska końcowego komisji.

Z powyższych względów uczestnikom postępowania przetargowego nie przysługują środki zaskarżenia w stosunku do opinii Prezesa UOKiK. Może być ona kwestionowana tylko w ramach środków przysługujących w stosunku do rozstrzygnięcia o wyniku przetargu. Rozstrzygnięcie przetargu jest niewątpliwie aktem z zakresu administracji publicznej. Dotyczy przewidzianego prawem uprawnienia do dysponowania częstotliwościami. Rozstrzygnięcie przetargu, jako akt z zakresu administracji publicznej niebędący decyzją lub postanowieniem, może być zatem przedmiotem skargi do sądu administracyjnego na podstawie ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (art. 3 § 2 pkt 4, art. 52 § 3 tej ustawy).

Analogicznie przedstawia się sytuacja w związku z prowadzeniem postępowania konkursowego na podstawie art. 117 pt, przy czym opinia Prezesa UOKiK powinna mieć w tym przypadku jeszcze większy wpływ na ostateczne rozstrzygnięcie. Zachowanie warunków konkurencji jest bowiem decydującym kryterium oceny ofert w ramach konkursu.

Rozdział IV

POMOC PUBLICZNA INTEGRALNĄ CZĘŚCIĄ POLITYKI KONKURENCJI

Eugeniusz Piontek

EWOLUCJA PODEJŚCIA WSPÓLNOTY EUROPEJSKIEJ DO POMOCY PAŃSTWA DLA PRZEDSIĘBIORSTW

Pomoc państwa dla przedsiębiorstw jest instrumentem tyle użytecznym, co szkodliwym. Za konstruktywny środek oddziaływania na gospodarkę można ją uznać wówczas, gdy służy wspieraniu przedsięwzięć badawczo-rozwojowych w dziedzinach przyszłościowych oraz przezwyciężaniu doraźnych bądź strukturalnych trudności przedsiębiorstw, a nawet gałęzi produkcji w zasadzie zdrowych i mających realną zdolność do odzyskania konkurencyjności. Jest narzędziem szkodliwym, gdy służy podtrzymywaniu przedsiębiorstw trwale niezdolnych do konkurowania na otwartym rynku bądź konserwowaniu przestarzałych struktur gospodarczych i podobnych im metod zarządzania.

Pomoc państwa zawsze obciąża ogół podatników i stwarza zagrożenie lub wręcz powoduje odwracanie środków publicznych od inwestycji infrastrukturalnych dla potrzeb wspólnych ku wspieraniu interesów mniej lub bardziej partykularnych – kosztem zdolności rozwojowych gospodarki jako całości. Niewłaściwie ukierunkowana, a zwłaszcza rozrzutna pomoc państwa, godzi w zdrowe przedsiębiorstwa i dokonywana jest ich kosztem ze skutkiem ograniczającym ich zdolności konkurencyjne na korzyść gorzej zarządzanych i przestarzałych. Dlatego posługiwanie się przez państwo tym instrumentem musi być poddane

racjonalnym wymaganiom i kontrolowane. Tym bardziej na poziomie Unii. Stawką jest bowiem ochrona interesów ogółu jej obywateli jako wytwórców, ale i konsumentów oraz zapewnienie możliwości czerpania jak najpełniejszych korzyści z jednolitego rynku wewnętrznego Wspólnoty i jego sprawnego funkcjonowania.

Tymi wszystkimi okolicznościami tłumaczyć należy widoczną ostatnimi czasy w Unii tendencję do ograniczania skali oraz zakresu pomocy państwa. Wcześniej jednak, poczynając od początku lat osiemdziesiątych, wartość pomocy udzielonej przedsiębiorstwom przez państwa rosła systematycznie, osiągając w latach 1993–1994 poziom 4% produktu krajowego brutto (GDP) ówczesnej Wspólnoty jako całości. Był to paradoksalnie okres przyspieszonej liberalizacji mechanizmów rządzących gospodarką państw członkowskich i postępującej prywatyzacji.

Deregulacją objęto sektory tradycyjnie kontrolowane środkami administracyjnymi. Przyczyniło się to do wzrostu konkurencyjności i efektywności gospodarowania. Byli monopolści działający w sektorach dawniej ściśle regulowanych, takich zwłaszcza jak telekomunikacja, usługi pocztowe i przewozowe oraz energetyka, nie zawsze jednak potrafili sobie radzić na rynku zliberalizowanym. Doświadczając trudności, szukali ich rozwiązania w pomocy państw macierzystych, które tej pomocy nader często im udzielały w trosce o ochronę własnego stanu posiadania w gospodarce bądź ze względów socjalnych - albo jedyńskich i drugich.

Stosunkowo rychno działania te zaczęły rodzić negatywne efekty zarówno makroekonomiczne, jak i na poziomie przedsiębiorstw. Rewizja dotychczasowych metod stała się koniecznością. Tylko jednak w latach 1990–2000 Komisja zaakceptowała pomoc dla 120 firm w wysokości od 1 miliona do 20 miliardów euro¹. Wśród beneficjentów było 35 firm niemieckich, 20 we Francji, po 15 w Hiszpanii i Włoszech i od 5 do 10 w Austrii, Belgii oraz w Portugalii. W Danii, Grecji, Irlandii, Luksemburgu oraz w Holandii, Finlandii, Szwecji i w Wielkiej Brytanii ich liczba nie przekroczyła dwóch, a w niektórych spośród tych krajów ani jedna firma nie skorzystała z pomocy państwa².

Niemniej, już w latach 1997–2001 rozmiary pomocy państwa w Unii jako całości udało się zmniejszyć ze 102 do 86 miliardów euro. W Niemczech zmniejszono ją w tym czasie o 6 miliardów, a we Włoszech o 4 miliardy euro. W proporcji do GDP wskaźnik pomocy państwa w krajach „Piętnastki” zmalał w tym okresie z 1,16 do 1,1%³. Jeszcze jednak w 2002 r., pomoc państwa kosztowała każdego mieszkańca UE przeszło 232 euro rocznie⁴, ale przy poziomie ogólnym wydatków na ten cel rządu 82 miliardów euro, czyli około 1% GDP całej Unii.

Po przystąpieniu do Unii ośmiu państw Europy Środkowej obciążenia z tytułu pomocy państwa, najpewniej przejściowo wzrosną. Kosztowny proces transformacji gospodarczej w tych krajach nie został jeszcze zakończony. Popelnione

¹ Zob. *State Aid Scoreboard, Autumn 2003 Update*, COM (2003) 636, 29 October 2003, s. 15.

² Jak wyżej, s. 16.

³ Zob. stronę Komisji Europejskiej: europa.eu.int/comm/competition/stateaid/scoreboard/2003/en.pdf.

⁴ Zob. *Financial Times*, 27 April, 2003.

błędy, a zwłaszcza uleganie zorganizowanym naciskom dużych grup zawodowych oraz względy ochrony spójności społecznej, wpływają na wysoki poziom obciążeń z tytułu pomocy państwa. Uzyskanie przez Polskę członkostwa Unii powinno nam ułatwić racjonalizację korzystania z niej. Znajomość wspólnotowych reguł rządzących pomocą państwa nabiera tym większego znaczenia.

I. Problemy podstawowe

1. Pojęcie „pomocy państwa” nie zostało zdefiniowane w traktatach ustanawiających EWG i jej sukcesora: Wspólnotę Europejską. Lukę tę wypełniło orzecznictwo sądów wspólnotowych oraz akty prawa stanowionego, które są integralnym składnikiem *acquis communautaire* i tym samym mają moc prawnie wiążącą.

Już w orzeczeniu z 1961 r., Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że *koncepcja pomocy* (państwa – przyp. E.P.) *jest (...) szersza od pojęcia subsydiów, ponieważ obejmuje nie tylko korzyści pozytywne, takie, jakimi są dopłaty, lecz także działania interwencyjne, które na różne sposoby łagodzą bądź ograniczają obciążenia budżetu przedsiębiorstwa i w rezultacie, jakkolwiek nie są subsydiami w ścisłym tego słowa znaczeniu, to mają charakter podobny i powodują takie same skutki*⁵.

Równocześnie ETS wyjaśnił w tym orzeczeniu, że „pomoc państwa” w rozumieniu Traktatu jest pojęciem, w którym nacisk położony został na szczególne zadania, które nie mogą być wykonane przez przedsiębiorstwo bez pomocy z zewnątrz⁶. Takie wsparcie może przybierać różne formy, których cechą wspólną jest transfer środków publicznych do określonego przedsiębiorstwa lub przedsiębiorstw bądź ograniczenie lub zwolnienie przedsiębiorstwa z określonych obciążeń z tytułu świadczeń o charakterze publicznym ze skutkiem ograniczającym wpływy budżetu państwa, władz lokalnych lub samorządowych oraz inne korzyści bądź ułatwienia przyznane za sprawą władz publicznych, a nieosiągalne dla przedsiębiorstwa w normalnych warunkach rynkowych⁷. Dodać należy, że we wspólnotowym porządku prawnym za udzielenie pomocy rozumie się

⁵ Zob. Sprawa 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolemijnen In Limburg v. High Authority*, 1961 European Court Reports, I na str. 19; analogicznie: Sprawa C-390/98, *Banks v. British Coal and Secretary of State*, 2001 ECR I, s. 6117, par. 30, jak również w wielu innych orzeczeniach ETS, bezpośrednio bądź w drodze odesłania.

⁶ Jak wyżej.

⁷ Zob. wywody Rzecznika Generalnego Wernera w sprawie: *Commission v. France*, Sprawa 173/73, 1974 ECR, s. 709, na s. 727; Sprawa 284/84, *Germany v. Commission*, 1987 ECR, s. 4013, par. 17; Sprawa C-482/99, *France v. Commission*, 2002 ECR I, s. 4397, par. 38; Sprawa I -358/94, *Air France v. Commission*, 1996 ECR II s. 2109, par. 56; przegląd odnośnych środków w: A. Blondi, P. Eeckhout, *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press 2004; J.A. Winter, *Re(de)fining the notion of state aid in article 87(1) of the EC Treaty*, CMLR 2004, 2, s. 476–504; C. Quigly, A.M. Collins, *EC State Aid Law and Policy*, Hart Publishing 2003; L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International 2000; A. Mykiel, *Pojęcie pomocy państwa w świetle prawa Unii Europejskiej* w: *Prawo gospodarcze Wspólnoty*

samo stworzenie określonego przedsiębiorstwu bądź przedsiębiorstwom takich czy innych ułatwień lub środków wsparcia przez państwo, bez potrzeby zrobienia z nich użytku przez biorcę. Przykładowo można wskazać na zobowiązanie do udzielenia gwarancji państwowych dla zaciąganych kredytów⁸ czy udzielenie zabezpieczeń przed ryzykiem kursowym⁹.

Równocześnie sam fakt, że dawcą pomocy jest przedsiębiorstwo państwowe bądź spółka kapitałowa kontrolowana przez państwo, nie jest okolicznością wystarczającą do uznania jej za pomoc państwa w rozumieniu prawa wspólnotowego. Zależy to od wielu różnych okoliczności prawnych i faktycznych. Znaczenie kluczowe ma to, kto decyduje o przyznaniu odnośnych korzyści – państwo bądź osoby lub instytucje działające w jego imieniu, czy też bezpośredni świadczeniodawca działający autonomicznie i na własny rachunek w ramach posiadanych uprawnień. W tym ostatnim wypadku nie będzie to pomoc państwa¹⁰. W orzeczeniu w sprawie *Stardust Marine*, ETS stwierdził wyraźnie, że sam fakt sprawowania przez państwo, w tym wypadku przez Francję, kontroli kapitałowej nad *Crédit Lyonnais* nie może być uznany za dowód wystarczający do uznania jego spornych operacji kapitałowych za przejaw pomocy państwa. Zależy to od szeregu innych okoliczności, takich jak prowadzenie działalności w sposób odbiegający od standardów rynkowych, zintegrowanie przedsiębiorstwa z administracją państwową, intensywność nadzoru sprawowanego przez państwo nad działalnością przedsiębiorstwa oraz inne dowody świadczące o zaangażowaniu się państwa w zatwierdzenie określonych środków¹¹. Środki muszą pochodzić bezpośrednio od państwa lub za pośrednictwem podmiotów wykonujących zadania powierzone im przez państwo¹². Godzi się przy tym odnotować, że dyrektywa Komisji z 1993 r. z późniejszymi zmianami w sprawie przejrzystości rozliczeń nakłada na przedsiębiorstwa publiczne obowiązek prowadzenia wyodrębnionych ksiąg dla operacji realizowanych na zasadach rynkowych (*commercial operations*) oraz innych¹³.

Problemy natury szczególnej mogą występować w sytuacjach, w których dochodzi do zbiegu wsparcia dla przedsiębiorstw ze środków wspólnotowych i państwowych. Dłatego art. 11 ust. 1 dyrektywy Rady z 21 czerwca 1999 r.

Europejskiej na progu XXI wieku pod red. C. Mik, Toruń 2002; P. Pełka, M. Stasiak, *Pomoc publiczna dla przedsiębiorców w Unii Europejskiej*, Warszawa 2002; M. Szydło, *Pojęcie pomocy państwa w prawie wspólnotowym* 2002, *Studia Europejskie*, 4, s. 93–108.

⁸ Zob. Sprawa C-404/97, *Commission v. Portugal*, 2000 ECR I, s. 4897, par. 45.

⁹ Zob. Commission Decision of 18 May 1979, Dz.Urz. WE 1979 L 138/30 w sprawie tzw. *Special Financing Scheme for Investments to Increase Exporting Firms Production Capacity* we Francji.

¹⁰ Zob. wywody Rzecznika Generalnego Lenza, Sprawa 21/88, *Du Pont de Nemours Italia v. Unita Sanitaria Locale No 2 di Carrara*, 1990 ECR I, s. 889.

¹¹ Sprawa C-482/99, *France v. Commission*, 2002 ECR I, s. 4397, par. 56-57.

¹² Zob. Sprawa 56/86, *Greece v. Commission*, 1988 ECR, s. 2855, par. 13; Sprawa 67/85, Sprawa 68/85 i Sprawa 70/85, *Van Kooy v. Commission*, 1988 ECR s. 219, par. 36.

¹³ Commission Directive of 30 September 1993 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings, Dz.Urz. WE 1993 L 254/16, zmieniona: Directive 2000/52/EC, Dz.Urz. WE 2000 L 193/75.

Nr 1260/1999 w sprawie Funduszy Strukturalnych zastrzega, że *w celu zapewnienia rzeczywistego wpływu na gospodarkę środków przyznawanych z Funduszy, nie mogą być one wykorzystywane przez państwa członkowskie do zastępowania środków publicznych bądź innych ekwiwalentnych nakładów strukturalnych*¹⁴.

2. „Pomoc państwa” na rzecz przedsiębiorstw jest ważnym przedmiotem prawa wspólnotowego od początku procesu integracji europejskiej w obszarze regulacyjnym ochrony konkurencji. Wynika to zarówno z usytuowania traktatowego, jak i treści odnośnych przepisów¹⁵. Należy je zatem odczytywać w kontekście dyspozycji art. 3 TWE, lit. g stanowiącej, iż Wspólnota tworzy *system zapewniający, że konkurencja w ramach rynku wewnętrznego nie ulegnie zakłóceniu*.

W ślad za tym art. 87 ust. 1 stanowi:

Z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w niniejszym Traktacie, wszelka pomoc przyznawana przez państwa członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi.

W orzeczeniu w sprawie *Deufil GmbH & Co. KG*, ETS nie pozostawił wątpliwości co do tego, że *celem art. 87 ust. 1 TWE jest zabezpieczenie handlu między państwami członkowskimi przed zakłóceniami konkurencji powodowanymi różnego rodzaju korzyściami przyznawanymi przez władze publiczne niektórym przedsiębiorstwom lub gałęziom produkcji*¹⁶. Ważnym wyróżnieniem pomocy państwa jest więc jej podmiotowa selektywność. Równocześnie podkreślić należy, że zgodnie z linią orzecniczą sądów wspólnotowych zapoczątkowaną ustaleniami w wyroku z 1974 r. w sprawie *Komisja v. Republika Włoch*, za sprawę o znaczeniu kluczowym uznać należy, że art. 87 ust. 1 TWE nie różnicuje środków interwencji państwowej ze względu na przyczyny bądź cele, którym służą, lecz ocenia je z punktu widzenia wywoływanych skutków¹⁷. Kierując się tą wykładnią dyspozycji art. 87 ust. 1 TWE, Rzecznik Generalny Lenz w sprawie *Namur* wyraził pogląd, że *koncepcja pomocy (państwa – przyp. E.P.) zasadza się na uprzywilejowaniu w porównaniu z innymi przedsiębiorstwami, tych przedsiębiorstw, w stosunku do których państwo stosuje środki nierynkowe (unmarketlike) mające na celu poprawę ich sytuacji ekonomicznej i które uzyskują dzięki temu określone korzyści. Innymi słowy*

¹⁴ Dz.Urz. WE 1999 L 161/26.

¹⁵ Zamieszczonych w Tytule VI TWE, w Rozdziale I: Reguły konkurencji, art. 86 kończący Sekcję 1 oraz art. 87–89 w Sekcji 2.

¹⁶ *Deufil GmbH & Co. KG v. Commission*, Sprawa 310/85, 1987 ECR (czyli: European Court Reports), s. 901, par.7.

¹⁷ Zob. Sprawa 173/73 *Commission v. Italy*, 1974 ECR, s. 709, par. 27; Sprawa 61/79 *Amministrazione Italiana delle Finanze dello Stato v. Denavit Italiana SpA*, 1980 ECR, s. 1205, par. 31; Sprawa 280/83 *Commission v. France*, 1985 ECR, s. 439, par. 20, cyt. wyżej; Code 310/85, 1987 ECR, s. 901, par. 8; T-67/94 *Ladbroke Racing v. Commission*, 1998 ECR II, s. 1, par. 52; Sprawa C-241/94 *France v. Commission*, 1996 ECR I, s. 4551, par. 20; Sprawa I-106/95 *Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA) and Others*, 1997 ECR II, s. 229, par. 195; Sprawa C-480/98 *Spain v. Commission*, 2000 ECR I, s. 8717, par. 16.

– wywodził Lenz – *na pomoc składają się korzyści odnoszone przez przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa w wyniku podjętych na ich rzecz przez państwo środków uprzywilejowujących*¹⁸.

Odwołując się do pojęcia „środków nierynkowych” (*unmarketlike*) jako wyróżnika działań zaliczanych do „pomocy państwa” w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE, Rzecznik Generalny Lenz wskazał w istocie rzeczy na jedno z podstawowych kryteriów kwalifikacji działań państwa na gruncie tego przepisu Traktatu, określone mianem „testu inwestora rynkowego” albo „testu prywatnego inwestora” (odpowiednio ang. *market investor test* i *private investor test*). W sprawie z lat 1982–1984 *Komisja v. Niemcy* Rzecznik Generalny Slynn wywodził, że *wsparcie stanowi pomoc, jeżeli biorca uzyskuje korzyści, których nie mógłby otrzymać w normalnym wypadku. Pożyczka z warunkami zwrotu i oprocentowania korzystniejszymi od oferowanych na rynku jest tego oczywistym przykładem. To samo powiedzieć można o zasileniu kapitałowym wprowadzie na normalnych warunkach rynkowych, lecz w rozmiarach nie do pozyskania na rynku kapitałowym*¹⁹.

W orzeczeniu z 12 grudnia 2000 r. w sprawie *Alitalia*, Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, że:

Test odwołujący się do postępowania prywatnego inwestora działającego w normalnych warunkach gospodarki rynkowej opiera się na zasadzie, zgodnie z którą sektory publiczny i prywatny powinny być traktowane równo, a co za tym idzie, postawienie do dyspozycji przedsiębiorstwa kapitału bezpośrednio bądź pośrednio w okolicznościach, które odpowiadają normalnym warunkom rynkowym nie może być uznane za pomoc państwa.

*Wniesienie wkładów kapitałowych z funduszy publicznych musi tym samym być uznane za spełniające test prywatnego inwestora i jako takie nie stanowi pomocy państwa, jeżeli m.in. dokonane zostało w tym samym czasie, co znaczące wkłady kapitałowe wniesione przez prywatnego inwestora w porównywalnych okolicznościach*²⁰.

Kierując się tymi samymi kryteriami, ETS uznał za pomoc państwa przyznanie *British Coal* i spółkom państwowym, które były jego sukcesorami licencji dzierżawy nieodpłatnie, podczas gdy inne przedsiębiorstwa działające na tym rynku, które otrzymały licencje musiały wносить za nie opłaty z tytułu uprawnień eksploatacyjnych (*royalties*)²¹.

¹⁸ Sprawa C-44/93 *Namur – Les Assurances du Crédit v. Office Nationale Ducreire*, 1994 ECR I, s. 3929, par. 66.

¹⁹ Zob. Sprawa 84/82 *Commission v. Germany*, 1984 ECR s. 1951, na s. 1501; Rzecznik Generalny Jacobs ujął sprawę podobnie w słowach *Although it is sometimes suggested that financial assistance granted by the state must, in order to qualify as State aid, be gratuitous, the better view is surely that State aid is granted whenever a Member State makes available to an undertaking funds which in the normal course of events would not be provided by a private investor applying ordinary commercial criteria and disregarding considerations of a social, political or philanthropic nature*, *Joined Cases C-278/92, C-279/92, C-280/92, Spain v. Commission*, 1994 ECR I, s. 4103, par. 28; *par. Joined Cases 67/85, 68/85, 70/85, Kwekerij Gebroeders Van der Kooy BV and Others v. Commission*, 1988 ECR s. 219, par. 28; *Sprawa I-14/96 Bretagne Angleterre Irlande (BAI) v. Commission*, 1999 ECR II, s. 139, par. 40.

²⁰ Sprawa I – 296/97 *Alitalia v. Commission*, 2000 ECR II, s. 3871, par. 80–81; w orzeczeniu tym SPI odwołał się do orzeczenia ETS w sprawie C-303/88 *Italy v. Commission*, 1999 ECR I, 1933, par. 20 i orzeczenia SPI w sprawie I-358/94 *Air France v. Commission*, 1996 ECR II, s. 2109, par. 70 oraz 148–149.

²¹ Sprawa C-390/98 *Banks v. British Coal and Secretary of State*, 2000 ECR I, s. 6117, par. 42.

Kryteria porównywalnej wielkości podmiotów bądź skali operacji względnie obydwu tych czynników łącznie, podobnie jak branżowe warunki operacji w czasie, weszły trwale do arsenału przesłanek oceny porównawczej zachowań „prywatnego inwestora”²². Z kolei w orzeczeniu z 1994 r. w sprawie *Hytsa*, ETS stwierdził, że nawet prywatny inwestor, który prowadziłby politykę strukturalną, nie podjąłby decyzji o wsparciu kapitałowym przedsiębiorstwa, jeżeli z ekonomicznego punktu widzenia byłaby to operacja bardziej kosztowna aniżeli sprzedaż składników majątkowych tego przedsiębiorstwa²³. W przedmiocie kredytowych gwarancji ze strony państwa szczegółowe kryteria działania „prywatnego inwestora” sformułowane zostały przez Komisję w obwieszczeniu z 11 marca 2000 r.²⁴

W kontekście rzeczywistości polskiej na szczególną uwagę zasługuje orzeczenie w sprawie *Megafesa*, w którym ETS podkreślił, że zaniechanie przez władze wszelkich dostępnych środków służących wyegzekwowaniu należności publicznych, w tym podatków i należności z tytułu ubezpieczeń społecznych nie mieści się żadną miarą w zachowaniach, jakie można by przypisać prywatnemu inwestorowi²⁵.

Wpływ na funkcjonowanie konkurencji na jednolitym rynku wewnętrznym oraz test „prywatnego inwestora”, o których tu była mowa w kontekście stosowania art. 87 ust. 1, są nie mniej ważnymi sprawdzianami w procesie kwalifikacji środków, o których mowa w art. 86 TWE.

Art. 86 ust. 1 stanowi:

Państwa Członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, nie wprowadzają ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami niniejszego Traktatu, w szczególności w artykułach 12 oraz 81–89.

Pierwszy ze wskazanych artykułów ustanawia zakaz *wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową*, a pozostałe odnoszą się do antykonkurencyjnych działań przedsiębiorstw (art. 81 i art. 82) i związanych z tymi działaniami kompetencji instytucji Wspólnoty (art. 83–85) oraz działań władz publicznych służących wspieraniu przedsiębiorstw i uprawnień instytucji Wspólnoty w tym zakresie.

Art. 86 ust. 2 TWE stanowi z kolei, że:

Przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom niniejszego Traktatu, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie

²² Zob. m.in. sprawa *Alfa Romeo No1*, Sprawa C-305/89 *Italy v. Commission*, 1991 ECR I, s. 1603; *Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH v. Commission*, Joined Cases T-129/95, T-2/96, T-97/96, 1999 ECR II, s. 17; sprawa *Mecura*, Sprawa 234/84, *Belgium v. Commission*, 1986 ECR p. 2263; par. 14-17, sprawa: *Boussac-Saint Frères Sprawa 301/87 France v. Commission*, 1990 ECR I, s. 307; Sprawa T-358/94 *Air France v. Commission*, 1996 ECR II, s. 2109.

²³ Joined Cases C-278/92, C-279/92, C-280/92 *Spain v. Commission*, 1994 ECR I, s. 4103.

²⁴ Dz.Urz. WE 2000 C 71.

²⁵ Sprawa C-480/98 *Spain v. Commission*, 2000 ECR I, s. 8717; krytyczny przegląd dorobku wspólnotowego w zakresie polegania na kryterium prywatnego inwestora zob. M.Parish, *Private Investor's Principle*, ELR 2003, 1 s. 70–89.

nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesami Wspólnoty.

W ten sposób wsparcie państwa dla przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym zostało częściowo wyłączone z ogólnego reżimu pomocy państwa. To wszakże, czy i w jakim zakresie to wsparcie zostanie w konkretnym wypadku wyłączone spod reżimu art. 87 TWE, zależy będzie od wyniku weryfikacji dokonanej pod kątem kryteriów właściwych dla pomocy na rzecz przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym. W zależności od tego, określone wsparcie będzie wyłączone w pełni spod rygorów art. 87 TWE, względnie uznane za dopuszczalną pomoc państwa w rozumieniu tego artykułu, bądź za środki niedopuszczalne.

Dodać należy, że art. 87 wprowadza w ust. 2 i 3 rozróżnienie między pomocą, która jest „zgodna ze wspólnym rynkiem” a pomocą, która „może być uznana” za zgodną ze wspólnym rynkiem (ust. 3). Do pierwszej kategorii zakwalifikowano:

1. pomoc o charakterze socjalnym przyznawaną indywidualnym konsumentom, pod warunkiem, że jest przyznawana bez dyskryminacji związanej z pochodzeniem produktów,
2. pomoc mającą na celu naprawienie szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi,
3. pomoc przyznawaną gospodarce niektórych regionów Republiki Federalnej Niemiec dotkniętych podziałem Niemiec, w zakresie, w jakim jest niezbędna do skompensowania niekorzystnych skutków gospodarczych spowodowanych tym podziałem.

Do drugiej kategorii zaliczono pomoc przeznaczoną na:

1. sprzyjanie rozwojowi gospodarstwu regionów, w których poziom życia jest nienaturalnie niski lub regionów, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia,
2. wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania lub mającą na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce państw członkowskich,
3. ułatwianie rozwoju niektórych działań gospodarczych, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem,
4. wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej i konkurencji we Wspólnocie w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem,
5. inne kategorie pomocy, jakie Rada może określić decyzją, stanowiąc większością kwalifikowaną, na wniosek Komisji.

Uznanie w art. 87 ust. 1 TWE za „niezgodną ze wspólnym rynkiem” pomocy państwa, która powoduje skutki w tym przepisie wskazane, niezależnie od przyczyn

i celów, dla których została przyznana, w zestawieniu z dozwalającymi postanowieniami dwóch następných ustępów tego artykułu ze względu na przyczyny oraz w celach tam określonych, prowadzi do wniosków następujących:

1. zakaz udzielania przez państwo pomocy w rozumieniu art. 87 ma charakter względny,
2. kryteria z trzech ustępów art. 87 TWE uzupełniają się wzajemnie i w związku z tym należy stosować je w sposób komplementarny, a co za tym idzie:
 - (a) pomoc udzielana przez państwo z przyczyn i w celach określonych w ust. 2 jest dozwolona, a z ust. 3 może być za taką uznana; w każdym wypadku pod warunkiem, że nie wywołuje skutków negatywnych w rozumieniu ust. 1,
 - (b) każda pomoc państwa w rozumieniu art. 87 o skutkach określonych w ust. 1, która udzielona została z przyczyn i w celach innych aniżeli wskazane w ust. 2 i 3, uznać należy za „niezgodną ze wspólnym rynkiem” i jako taką za niedozwoloną,
3. środki wsparcia na rzecz określonych przedsiębiorstw podjęte przez władze publiczne z przyczyn innych aniżeli wskazane w ust. 2 i 3, które nie wywołują skutków, o których mowa w ust. 1, nie stanowią „pomocy państwa” w rozumieniu art. 87 TWE.

Osobno należy zwrócić uwagę na otwarty charakter katalogu przyczyn i celów z ust. 3. Działając na wniosek Komisji, Rada może bowiem działając na podstawie art. 87 ust. 3 (e) uzupełnić ten katalog o „inne kategorie pomocy”. Delegacja ta była niejednokrotnie wykorzystywana w praktyce. Wystarczy wskazać na rozporządzenia Rady (WE) Nr 1540/98²⁶, Nr 1177/2002²⁷ czy Nr 1407/2002²⁸, odpowiednio w przedmiocie środków szczególnych służących wspieraniu działań modernizacyjnych w przemyśle stoczniowym oraz na rzecz przemysłu węglowego.

Zakazy z art. 87 mają ponadto charakter względny z dwóch dalszych powodów. Po pierwsze, mają one jedynie walor domniemania, które może być obalone w toku postępowania wyjaśniającego²⁹. Ciężar dowodu spoczywa w takich wypadkach na państwie zainteresowanym³⁰ i podlega ocenie Komisji pod nadzorem ETS sprawowanym w trybie odwoławczym. Wreszcie zakazy z art. 87 TWE należy interpretować w ścisłym kontekście wszystkich jego postanowień i niedopuszczalne jest nadawanie im wykładni rozszerzającej, wykraczającej poza

²⁶ Dz.Urz. WE 1998 L 202/1.

²⁷ Dz.Urz. WE 2002 L 172/1.

²⁸ Dz.Urz. WE 2002 L 205/1.

²⁹ Zob. Sprawa 78/76, *Steineke and Weinlig v. Germany*, 1977 ECR, s. 595, par. 8; Sprawa C-301/87, *Commission v. France*, 1990 ECR I s. 307, par. 15; Sprawa C-39/94, *SFEI v. La Poste*, 1996 ECR I s. 3547, par. 36; Sprawa 323/82, *Intermills v. Commission*, 1984 ECR s. 3809, par. 32, Sprawa 9/70, *Grad v. Finanzamt Trauenstein*, 1970 ECR, Rzecznik Generalny Roemer, na s. 853.

³⁰ Zob. Sprawa 730/79, *Philip Morris v. Commission*, 1980 ECR s. 2671, Rzecznik Generalny Capotori na s. 2702; Sprawa 248/84, *Germany v. Commission*, 1987 ECR, s. 4013, Rzecznik Generalny Darmon na s. 4032.

odnośnie postanowienia³¹ w szczególności, chociaż nie tylko, za pośrednictwem odwoływania się do art. 10 TWE (zasada solidarności i lojalności państw członkowskich wobec Wspólnoty)³². W związku z tym, w orzeczeniu w sprawie *Sloman Neptune*, ETS stwierdził wyraźnie, że nie wszystkie środki stosowane przez państwo ze skutkiem zakłócającym konkurencję na wspólnym rynku podlegają kontroli w trybie art. 88 TWE właściwej do weryfikacji przestrzegania wymagań art. 87 tego Traktatu³³.

Po wtóre, art. 88 TWE, ust. 2, trzeci akapit stanowi:

*Na wniosek państwa członkowskiego Rada, stanowiąc jednogłośnie, może zdecydować, że pomoc, którą to państwo przyznaje lub zmiernie przyznać, jest uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem, na zasadzie odstąpienia od postanowień artykułu 87 lub rozporządzeń przewidzianych w art. 89, jeżeli wyjątkowe okoliczności uzasadniają taką decyzję. Jeżeli w odniesieniu do danej pomocy Komisja wszczęła procedurę przewidzianą w pierwszym akapicie niniejszego ustępu, wystąpienie zainteresowanego państwa z wnioskiem o skierowanie do Rady powoduje zawieszenie tej procedury do czasu zajęcia stanowiska przez Radę (...)*³⁴.

Z tej procedury szczególnej skorzystano skutecznie bodaj tylko dwa razy w całej dotychczasowej praktyce Wspólnoty; raz w zakresie pomocy w sektorze rolnym³⁵ oraz powtórnie w stosunku do pomocy przyznanej przez Francję, Holandię i Włochy przewoźnikom drogowym³⁶. W szeregu innych wypadkach decyzje Rady były w trybie odwoławczym anulowane przez ETS jako podjęte bez należytych podstaw, jak w sprawie Decyzji Rady 84/361/EEC uznanej za podjętą *ultra vires* z braku dowodów występowania „wyjątkowych okoliczności”, które podjęcie tej decyzji mogłyby uzasadniać.

Zgodnie z ustaloną wykładnią orzecniczą, Rada nie może polegać na upoważnieniu z art. 88 ust. 2 w celu autoryzowania pomocy państwa sprzecznej z innymi postanowieniami prawa wspólnotowego³⁷.

3. Zamiar udzielania pomocy publicznej przez państwa członkowskie podlega

³¹ Zob. Sprawa C-73/91 i C-73/91, *Sloman Neptune Schiffarts AG v. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer*, 1993 ECR I, s. 887, par. 19; Sprawa C-189/91, *Kirsammer-Hack v. Sidal*, 1993 ECR I, s. 6185, par. 16; Sprawa 52/97 i Sprawa 54/97, *Viscido v. Ente Poste Haliane*, 1998 ECR I, s. 2629, par. 13; Sprawa C-200/97, *Ecotrade Srl v. AFS*, 1998 ECR I, s. 7907, par. 35; Sprawa C-295/07, *Piaggio v. Ifitalia*, 1999 ECR I, s. 3735, par. 35; Sprawa C-379/98, *Preussen Elektra AG v. Schleswig AG*, 2001 ECR I, s. 2099, par. 58.

³² Zob. Sprawa C-379/99, *Preussen Elektra Ag v. Schleswig AG*, 2001 ECR I, s. 2099, par. 65.

³³ Sprawa C-72/91 i Sprawa C-73/91, jak wyżej par. 19; tak samo w sprawie *Preussen Elektra AG*, Sprawa C-370/98, jak wyżej stanowisko Rzecznika Generalnego, s. 2138.

³⁴ Szczególne reguły postępowania w takich wypadkach określone zostały rozporządzeniem Rady (WE) Nr 659/1999 z 22 marca 1999 r. – Dz. Urz. WE 1999 L 83/1.

³⁵ Zob. *Twenty-second Report on Competition Policy*, pkt 502.

³⁶ Decyzje Rady 2002/361 do 2002/363 z 3 maja 2002 r. (Dz. Urz. WE 2002 L 131/12014).

³⁷ Zob. *GAEC v. Council and Commission*, Sprawa 253/84, 1987 ECR, 123, Rzecznik Generalny, Slynn, na str. 146; także: *Rustica Semences S.A. v. Finanzamt Kehl*, Sprawa C-438/92, 1994 ECR I-3519, Rzecznik Generalny Jacobs, na str. 3527; *Federation Francaise des Sociétés d'Assurances (FFSA) and Others v. Commission*, Sprawa I-106/93, 1997 ECR-II, 229, par. 178 i 199, potwierdzony: Sprawa C-174/97P, 1998 ECR I-1303, par. 33.

uprzedniemu zgłoszeniu w Komisji i jej akceptacji. Z obowiązku zgłaszania zwolniona jest jedynie pomoc nieznacznej wartości łącznej. Ten próg *de minimis* został ostatecznie ustalony na poziomie do 100 000 euro w okresie trzech lat³⁸. Nie ma on jednak zastosowania do pomocy państwa w sektorach węgla i stali, transporcie oraz rolnictwie i rybołówstwie, do działalności związanej z eksportem, wreszcie do pomocy uzależnionej od korzystania z towarów krajowych, do których mają zastosowanie reguły szczególne.

W ramach przeglądu i oceny programów pomocy państwa w rozumieniu art. 87 TWE, Komisja bada:

1. czy ma miejsce transfer zasobów państwa do przedsiębiorstw objętych programem,
2. czy zamierzone środki uprzywilejowują przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa objęte programem,
3. czy zamierzone środki mają charakter selektywny czy też powszechny,
4. wpływ zamierzonych środków na konkurencję i handel między państwami członkowskimi³⁹.

Zadaniem Komisji jest dokonanie analizy i oceny wszystkich aspektów zgłoszonej oferty pomocy. Jak ujął to ETS w orzeczeniu w sprawie *Leenwarden: nawet jeżeli w niektórych sprawach same okoliczności, w których pomoc została przyznana są wystarczające do uznania jej za naruszające warunki handlu między państwami członkowskimi i stwarzają zagrożenie bądź zakłócającą konkurencję, Komisja zobowiązana jest rozważyć wszystkie aspekty (wnioski) i na tej podstawie sformułować powody wydanej decyzji*⁴⁰.

W ten sposób SPI określił wzajemne relacje między przysługującymi mu uprawnieniami orzecznictwymi a decyzyjnymi, ale i obowiązkami Komisji.

W sprawie *Keller* SPI stwierdził natomiast, że: *zgodnie z ustaloną linią orzecznictwczą art. 87 ust. 3 Traktatu przekazuje Komisji szerokie, dyskrecjonalne uprawnienia związane z nadzorem nad udzielaniem pomocy, w drodze wyjątków od ogólnego zakazu przewidzianego w art. 87 ust. 1 TWE w takim zakresie, w jakim ocena zgodności pomocy ze wspólnym rynkiem pociąga za sobą problemy wymagające analizy złożonych warunków i faktów ekonomicznych.*

³⁸ Zob. Commission Regulation 69/2001, 12 January 2001, (Dz.Urz. WE 2001 L 10/30); wcześniej odpowiednio: Council Regulation 994/98, 7 May 1998, on the Application of Articles 92 and 93 (obecnie art. 87 I, art. 88 TWE) of the Treaty establishing the European Community to Certain Categories of Horizontal State Aid, (Dz.Urz. WE 1998 L 142/1); Commission's Notice on the De Minimis Rule for State Aid, (Dz.Urz. WE 1996 C 68/9); Commission's Guidelines on State Aid for Small and Medium Sized Enterprises, (Dz.Urz. WE 1992 C 213/2).

³⁹ Ustalenie, że określone środki nie mają wpływu na handel między państwami członkowskimi zwalnia Komisję z odrębnego badania czy mają one wpływ na konkurencję między tymi państwami; zob. Sprawa 40/75, *Products Bertrand v. Commission*, 1976 ECR s. 1, wywoły Rzecznika Generalnego Reischela na s. 16; Sprawa 730/79, *Philip Morris v. Commission*, 1980 ECR, s. 2671, wywoły Rzecznika Generalnego Capotori na s. 2697; Sprawa C-142/87, *Belgium v. Commission*, 1990 ECR I, s. 959, wywoły Rzecznika Generalnego Tesauro na s. 1001.

⁴⁰ Sprawa 296/82 & Sprawa 318/82, *The Netherlands and Leenwarden Papierwarden Fabriek BV v. Commission*, 1985 ECR, s. 809, poz. 26).

Z tego powodu kontrola sądowa powinna być ograniczona do zbadania, czy przestrzegano reguł proceduralnych oraz wymogu uzasadnienia decyzji, a także do sprawdzenia, czy powołane fakty miały istotne znaczenie dla sprawy oraz czy nie doszło do popełnienia oczywistego błędu w ocenie lub nadużycia kompetencji. Tym samym, sąd nie może zastępować ocen ekonomicznych dokonywanych przez Komisję swoimi własnymi ocenami⁴¹.

W dalszych rozważaniach skoncentrujemy się na trzech rodzajach pomocy państwa dla przedsiębiorstw, a mianowicie na:

1. pomocy doraźnej dla przedsiębiorstw (art. 87 TWE i odpowiednie akty wykonawcze),
2. pomocy restrukturyzacyjnej dla przedsiębiorstw (art. 87 TWE i odpowiednie akty wykonawcze),
3. wsparciu udzielanym przedsiębiorstwom świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym (art. 86 TWE i odpowiednie akty wykonawcze).

Warunki szczególnie udzielania tych rodzajów pomocy podlegały istotnym zmianom odpowiednio do ewolucji uwarunkowań ekonomicznych i polityki Wspólnoty związanej z pogłębianiem procesu integracji.

Osią dalszych wywodów będą zmiany zachodzące po roku 1999 do chwili obecnej⁴² z koniecznymi odniesieniami do wcześniejszego okresu. Ze względu na charakter niniejszego opracowania, zawarte w nim rozważania skupią się na sprawach kluczowych i z konieczności mieć będą syntetyczny charakter.

II. Oblicze zmian

1. Najpierw w Sztokholmie w grudniu 2001 r., a następnie w marcu 2002 r. w Barcelonie, Rada Europejska opowiedziała się za ograniczeniem, ale i lepszym ukierunkowaniem przez państwa członkowskie udzielanej pomocy, (*less and better targeted State aid*) pod kątem umacniania efektywnej konkurencji na jednolitym rynku wewnętrznym. W związku z tym, Rada Europejska wskazała na potrzebę reorientacji pomocy państwa na rzecz wspierania celów horyzontalnych, takich jak badania rozwojowe (*research and development*), wzmocnienie sektora małych i średnich przedsiębiorstw oraz pogłębianie spójności gospodarczo-społecznej w Unii. W ślad za tymi wytycznymi o charakterze politycznym, Rada Unii Europejskiej przyjęła w listopadzie 2002 r. program mający służyć tak określonym celom⁴³. W tym samym kierunku zmierzają wytyczne Komisji Europejskiej z 7 maja 2003 r.⁴⁴

W płaszczyźnie proceduralnej nowe podejście Wspólnoty do pomocy państwa

⁴¹ Sprawa T-35/99, *Keller SpA v. Commission*, 2002 ECR II, s. 261, par. 77.

⁴² Niniejszy tekst przygotowano na konferencję odbywającą się w dniach 28–29 maja 2004 r. i data ta wyznacza horyzont czasowy przeprowadzonej analizy stanu prawnego.

⁴³ *Adoption of Council Conclusions on an economic approach towards less and Better State aid*, Council of the European Union Document No 13799/02, Brussels 7 November 2002.

⁴⁴ Internal Market Strategy, Priorities 2003-2006, COM (2003) 238, 7 maja 2003.

sformułowane zostało przez Komisję w rozporządzeniu Nr 794/2004 z 30 kwietnia 2004 roku⁴⁵. Równocześnie w ogłoszonym tego samego dnia komunikacie, Komisja poinformowała państwa członkowskie i wszystkie strony zainteresowane o bezwarunkowym odstąpieniu od stosowania z tą datą postanowień siedemnastu wskazanych tam dokumentów o różnym statusie formalno-prawnym w przedmiocie pomocy państwa wydanych w latach 1980–2003⁴⁶ (z wyjątkiem postanowień Rozporządzenia Komisji z 8 maja 2003 r.) w zakresie, w jakim odnoszą się one do stopy oprocentowania odzyskanej pomocy⁴⁷.

Obecna reforma jest jednak daleka od zakończenia. Wymagać ona będzie skoordynowanej harmonizacji w szeregu obszarach regulacyjnych, takich jak pomoc regionalna i zasady korzystania z funduszy strukturalnych. *Wskazania (Guidelines)* Komisji pod adresem krajowych programów pomocy regionalnej oraz obecne uregulowania w przedmiocie wspólnotowej polityki regionalnej i funduszy strukturalnych wygasają z upływem 2006 r. W tym samym czasie będą zatem musiały być wprowadzone zmiany szeregu reguł horyzontalnych.

Osobno dodać należy, że problemem, który w konkretnych sytuacjach nastroczał trudności, jest kwalifikacja odpraw dla zwalnianych pracowników i proporcje, w jakich mogą być one finansowane ze źródeł zewnętrznych⁴⁸; podobnie z wydatkami na dostosowawcze szkolenie zawodowe pracowników zwalnianych w ramach restrukturyzacji przedsiębiorstw. Dalekie od zharmonizowania są przepisy prawa insolwencyjnego państw członkowskich w kontekście związków zachodzących między nimi a pomocą państwa. Takich problemów jest więcej⁴⁹.

W ocenie Komisji Europejskiej, sprawami najbardziej palącymi z punktu widzenia ekonomiki i dyscypliny aplikacyjnej są wyraziste rozgraniczenia między pomocą doraźną a pomocą restrukturyzacyjną, przestrzeganie zasady jednorazowości w obydwu rodzajach pomocy oraz skupienie się na efektywnej kontroli pomocy udzielanej dużym przedsiębiorstwom prowadzącym działalność gospodarczą w skali ogólnospółnotowej. Występując 1 grudnia 2003 r. przed British Chamber of Commerce, Komisarz ds. Konkurencji Mario Monti⁵⁰

⁴⁵ Dz.Urz. UE 2004 L 140.

⁴⁶ Commission communication concerning the absolescence of certain State aid policy documents (Text with EEA relevance), (Dz.Urz. WE 2004 C115/1, 30 kwietnia 2004).

⁴⁷ Zgodnie z powołanym przepisem: *However, the Commission also wishes to inform Member States and interested parties that in so far as the provisions of Charter V of Regulation (EC) 794/2004 only apply to decisions ordering the recovery of unlawful aid notified to Member States after the date of entry into force of the Regulation, the Commission communication of 8 May 2003 on the interest rates to be applied when aid granted unlawfully is being recovered (OJ 2003 C 110/21) remains in effect as regards the execution by Member States of recovery orders notified before that date* – jak wyżej *in fine* po pkt. 17.

⁴⁸ Zob. sprawa *Kimberly Clark*, Sprawa C-241/94, *France v. Commission*, 1996 ECR I, s. 4551.

⁴⁹ Zob. E. Valle & K. Van Castaele *Revision of the Rescue and Restructuring Guidelines: A Crackdown?*, The European State Aid Law Institute, 2nd Experts' Forum on New Developments in European State Aid Law 2004, Conference Material, Thursday, 29 April 2004 in Brussels, s. 39–45.

⁵⁰ Zob. relację z wystąpienia komisarza ds. konkurencji: *Monti's public health warning – State aid can damage economics*, European Voice 9–15 October 2003.

ujął cele wdrażanej reformy w pięciu następujących punktach:

1. rygorystyczne egzekwowanie zasady jednorazowości (*one off lub one time, last time*) zarówno w stosunku do pomocy restrukturyzacyjnej jak i dorażnej,
2. zapewnienie, że pomoc dorażna mieć będzie charakter ograniczony i zwrotny, o charakterze krótkoterminowego wsparcia finansowego przyznawanego na czas niezbędny do uruchomienia kompleksowego programu restrukturyzacyjnego,
3. zapewnienie, że znaczna część kosztów restrukturyzacyjnych ponoszona będzie przez prywatnych inwestorów,
4. jasne postawienie sprawy, że zamknięcie działalności przynoszącej straty długookresowo, nie może być zaliczone do puli redukcji mocy produkcyjnych koniecznej dla zrównoważenia antykonkurencyjnych skutków udzielonej pomocy,
5. zapewnienie, że pomoc restrukturyzacyjna nie będzie w żadnym wypadku wykorzystywana do podtrzymywania na rynku spółek działających w sektorach doświadczających strukturalnej nadwyżki mocy produkcyjnych o charakterze długoterminowym⁵¹.

Podwaliny pod takie rozwiązania tworzone były stopniowo, poczynając od wydania pierwszych wskazań Komisji z 1994 r. w sprawie pomocy państwa⁵², ich wersję zmodyfikowaną z 1999 r. z mocą obowiązującą do 10 października 2004 r.,⁵³ które z tą datą zostały zastąpione nowymi wskazaniami ogłoszonymi przez Komisję 9 stycznia 2004 r.⁵⁴ Wszystkie dotychczasowe „wskazania” były w różnym czasie częściowo zmieniane i uzupełniane odpowiednio do zdobywanych doświadczeń i nowych potrzeb⁵⁵. Osobno dodać należy, że 18 lutego 2004 r. Komisja ogłosiła nowe *Założenia ramowe dla pomocy państwa w formie kompensacji dla usług publicznych*⁵⁶, a 12 maja 2004 r. opublikowano *Białą Księgę w sprawie usług w interesie ogólnym*⁵⁷.

2. Rozwiązania przyjęte w tych wszystkich dokumentach odzwierciedlają doświadczenia Komisji i sądów wspólnotowych zgromadzone w sferze kontroli programów pomocy państwa dla przedsiębiorstw uruchamianych w różnych

⁵¹ Zob. M. Monti, *New developments in State Aid Policy* na stronach DG Competition: europe.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html.

⁵² Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty, Dz.Urz. WE 1994 C 368/12, 23 grudnia 1994.

⁵³ Dz.Urz. WE 1999 C 288/2, 9 października 1999.

⁵⁴ Dz.Urz. WE 2004 C-244/02.

⁵⁵ Zob. P. Anestis, S. Mavroghenis, Sl. Drakakakis, *Rescue and Restructuring Aid. A Brief Assessment of the Principal Provisions of the Guidelines*, 2004 European State Aid Law Quarterly 1, s. 27–34.

⁵⁶ *Community Framework for State Aid in the Form of Public Service Compensation*, na stronie Komisji: europe.eu.int/comm/competition/state_aid/others.

⁵⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions: White Paper on services in general interest, Brussel, 12 maja 2004, COM (2004) 374 final.

państwach członkowskich w okresie ostatnich lat. Znamienne dla tych doświadczeń są stwierdzenia Komisji, sformułowane w *Zestawieniu pomocy państwa* z 29 października 2003 r., gdzie czytamy:

Pomoc na ratowanie oraz pomoc restrukturyzacyjna na rzecz przedsiębiorstw w trudnej sytuacji ekonomicznej należy uznać za najbardziej zakłócające konkurencję rodzaje pomocy państwa. Nie można pozwolić, aby podmioty nieprzynoszące zysku oraz niebędące w stanie utrzymać się samodzielnie na rynku były sztucznie podtrzymywane przy życiu dzięki pomocy, jaką otrzymują od państwa. Ich likwidacja jest bowiem normalnym zjawiskiem w gospodarce wolnorynkowej⁵⁸.

Powołane stanowisko Komisji sprowadza się do przestrzeżenia państw członkowskich przed próbami ratowania z użyciem środków pomocy publicznej przedsiębiorstw niezdolnych do przetrwania na rynku o własnych siłach. Odbywa się to bowiem kosztem konkurentów działających na ogólnych warunkach rynkowych. W skrajnych wypadkach taka pomoc może wręcz doprowadzić do bankructwa zdrowe skądinąd przedsiębiorstwa.

W krótkiej perspektywie pomoc państwa na rzecz przedsiębiorstw, które doświadczają trudności, może niemniej przynosić społeczne korzyści w postaci ochrony miejsc pracy bądź umożliwienia biorcom pomocy wykonania dochodowych kontraktów, od których w przeciwnym razie musieliby oni odstąpić, ponosząc wraz z poddostawcami dodatkowe i bardzo kosztowne straty. W szczególnych wypadkach pomoc państwa może też okazać się uzasadniona względami ochrony konkurencji, zwłaszcza na rynku oligopolistycznym, wówczas gdy służy zapobieżeniu wypadnięcia z rynku jednego z jego ważnych uczestników wykazujących się zdolnością do odzyskania równowagi ekonomicznej w dłuższej perspektywie.

Aby jednak nie dochodziło do nadużywania pomocy państwa ze skutkami antyrynkowymi pomoc taka musi być ograniczona do racjonalnego minimum, odpowiednio do charakterystyki konkretnego wypadku i bez możliwości podpierania się nią ilekroć przedsiębiorstwo ponownie znajdzie się w trudnej sytuacji.

3. Punktem wyjścia jest zdefiniowanie pojęcia „przedsiębiorstwa doświadczającego trudności” (*firm in difficulty*). Nie zostało ono zdefiniowane w Traktacie. Wyjaśnień dostarczają *Wskazania* Komisji. W rozumieniu *Wskazań* z 1999 r. przez przedsiębiorstwo doświadczające trudności należało rozumieć przedsiębiorstwo, które straciło zdolność do powstrzymania ponoszonych strat z wykorzystaniem do tego celu zasobów własnych bądź jakichkolwiek środków, jakie może uzyskać od właściciela, udziałowców lub kredytodawców, co w razie braku pomocy z zewnątrz niemal z pewnością skazałoby przedsiębiorstwo na wypadnięcie z rynku w perspektywie krótko- lub średnioterminowej (par. 4 *Wskazań*). W szczególności przedsiębiorstwo kwalifikowało się do uznania za doświadczające trudności

⁵⁸ European Commission State Scoreboard, 29 October 2003, COM (2003) 636, s. 13.

w wypadku utraty ponad połowy kapitału, którego więcej niż jedna czwarta została stracona w okresie minionych 12 miesięcy (par. 5 (a) i (b) *Wskazań*), jak zostało to m.in. stwierdzone przez Komisję w decyzji wydanej w sprawie *British Energy*⁵⁹, bądź gdy spełnia ono kryteria właściwego krajowego prawa upadłościowego (par. 5 (c) *Wskazań*)⁶⁰. Dowodami występowania trudności są również: powiększanie strat, malejące obroty, wzrastające zapasy, nadwyżka mocy produkcyjnych, słabnąca płynność finansowa, rosnące zadłużenie, wzrastające odsetki oraz malejąca wartość aktywów lub ich utrata (par. 6 *Wskazań*).

Doświadczające trudności przedsiębiorstwo, które jest częścią większej grupy, co do zasady nie kwalifikuje się do otrzymania pomocy, chyba że zostanie dowiedzione, iż są to jego własne trudności, a nie rezultat arbitralnego przenoszenia kosztów w ramach grupy, w dodatku zbyt poważne, by można im było zaradzić w ramach tej grupy (par. 8 *Wskazań*).

W praktyce, ustalenie wszystkich odnośnych okoliczności niejednokrotnie nastęczało wielorakich trudności. Sam model organizacyjno-funkcjonalny może być źródłem kłopotów w formułowaniu ocen na temat zdolności danej grupy do wzajemnego finansowania poszczególnych członków bez podważania ich własnych pozycji rynkowych. Wiele zależeć może nie tylko od stosunków kompetencyjnych w ramach grupy, lecz i od jej architektury finansowej, branżowej i innej. Dlatego rozstrzygnięcie o tym, czy członek grupy kwalifikuje się do otrzymania pomocy państwa, wymagać może przeprowadzenia badań, na które brak czasu, jeżeli przedsiębiorstwo ma być uratowane. Bywa, że w takich sytuacjach państwo macierzyste decyduje się na udzielenie pomocy przed zgłoszeniem jej do Komisji, której wówczas nie pozostaje nic innego, jak wstępnie uznać udzieloną pomoc za bezprawną. W rezultacie przeprowadzonych badań Komisja może następnie uznać odnośną pomoc za dopuszczalną, jak w sprawie *Sniace*⁶¹ bądź za niezgodną ze wspólnym rynkiem, jak w wypadku *Boussac*⁶² czy *Brittany Ferries*⁶³.

Trudności w sformułowaniu oceny mogą mieć przyczyny sektorowe związane ze szczególnymi wymaganiami, jak np. różnego rodzaju parametry ostrożnościowe w sektorze finansowym, ale i szczególny charakter zadań takiej instytucji.

⁵⁹ European Commission Decision of 27 November 2002, NM 101/2002 on United Kingdom Rescue aid to British Energy plc, C(2002)4480 fin.

⁶⁰ Zob. też Decyzję Komisji z 8 maja 2001 r. w sprawie pomocy państwa (Niemcy) dla Philips Holzman A.G. (Dz.Urz. WE 2001 L 248/46, par 83).

⁶¹ Commission Decision of 11 December 2002, State Aid of Spain for Sniace SA (Dz.Urz. WE 2003 L 108/35).

⁶² Commission Decision of 15 July 1987 on State Aid by French Government to Boussac Saint Frenes, Dz.Urz. 1987 WE L 352/42.

⁶³ Commission Decision of 8 May 2001 concerning State aid implemented by France in favour of Brittney Ferries (Dz.Urz. WE 2002 L 12/33).

W sprawie *Ambau*⁶⁴ pojawił się problem, czy do udzielenia pomocy kwalifikuje się przedsiębiorstwo przejęte przez inną firmę. Komisja stanęła na stanowisku, iż w takim wypadku należy założyć, że inwestor powinien z zasobów własnych udzielić przejętemu przedsiębiorstwu potrzebnej pomocy doraźnej bądź restrukturyzacyjnej, chyba że w rezultacie takiej operacji sam znalazłby się w trudnościach gospodarczych.

4. Paragraf 7 *Wskazań* wykluczał z kręgu przedsiębiorstw kwalifikujących się do otrzymania pomocy doraźnej i restrukturyzacyjnej, firmy nowo utworzone w następstwie likwidacji innego przedsiębiorstwa lub w rezultacie przejęcia jego aktywów. Wbrew pozornej jasności tego przepisu, stosowanie go może w praktyce nastęrczać trudności. Z taką właśnie sytuacją Komisja spotkała się w wypadku propozycji pomocy restrukturyzacyjnej dla firmy Babcock Wilcox. Problem polegał na tym, że w ramach założonej restrukturyzacji beneficjent otrzymać miał wsparcie kapitałowe zamierzone jako jeden z instrumentów prywatyzacyjnych.

Do tych środków zaliczono również utworzenie nowego przedsiębiorstwa pod firmą Newco, do którego miały być wniesione aktywa Babcock Wilcox związane z jego bieżącymi operacjami dotkniętymi trudnościami. W tej sytuacji Komisja stanęła na stanowisku, że dla potrzeb pomocowych wszystkie założone operacje składają się na pakiet środków, który należy oceniać łącznie. W ślad za tym nie uznała Newco za nowe przedsiębiorstwo. Komisja wskazała, że przekazywanie aktywów nie może służyć do obchodzenia przepisów rządzących pomocą państwa. W tym wypadku jedynym beneficjentem pomocy była firma Babcock Wilcox, która razem z Newco tworzyła wspólną jednostkę ekonomiczną (*single entity*)⁶⁵. Z podobną sytuacją Komisja spotkała się w wypadku zgłoszenia programu pomocy doraźnej i restrukturyzacyjnej dla firmy Air Lib⁶⁶.

Pouczonego przykładu omawianych problemów dostarcza sprawa *Neue Erba*. Dotyczyła ona pomocy przyznanej przedsiębiorstwu, które zostało utworzone w trakcie postępowania upadłościowego firmy macierzystej Ebra Lantex. Neue Erba przejęło działalność prowadzoną przez upadające przedsiębiorstwa wraz z aktywami z nią związanymi. Komisja uznała więc, że Neue Erba i Erba Lantex tworzą jedną jednostkę ekonomiczną, tym bardziej, że nowo powstałe przedsiębiorstwo jest w stu procentach zależne od spółki macierzystej. Tak więc, zdaniem Komisji, beneficjentem pomocy była grupa złożona z bankrutującego przedsiębiorstwa i spółki od niego zależnej, a więc Neue Erba, której nie można uznać za nowe przedsiębiorstwo w rozumieniu *Wskazań*⁶⁷.

⁶⁴ Commission Decision of 27 November 2002 on the State aid implemented by Germany for Ambau Stahl-und Anlagenbau GmbH (Dz.Urz. WE 2003 L 103/50).

⁶⁵ Commission Decision of 3 July 2001 on State aid which Spain has implemented and is planning to implement for the restructuring of Babcock Wilcox Espana SA (Dz.Urz. WE 2002 L 67/50).

⁶⁶ Aid C 3/03-Aid to rescue and restructure the Air Lib Company (Dz.Urz. WE 2003 C 88/2).

⁶⁷ Commission Decision of 12 March 2002, Nr 2002/783/EC (Dz.Urz. WE 2002 L 282/48).

Nieco inaczej sprawy miały się w wypadku *Intermills*⁶⁸. Przedmiotem postępowania była pomoc restrukturyzacyjna przyznana firmie belgijskiej Intermills SA. W ramach tego programu utworzono trzy nowe przedsiębiorstwa posiadające odrębną od restrukturyzowanego przedsiębiorstwa osobowość prawną. Od chwili utworzenia tych przedsiębiorstw, Intermills SA nie prowadziło już swojej działalności samodzielnie, lecz we współpracy z trzema nowymi przedsiębiorstwami, którym przekazało swoje instalacje produkcyjne. Jednocześnie cała grupa była w ramach programu restrukturyzacyjnego kontrolowana przez ten sam organ władzy publicznej. ETS zgodził się więc ze stanowiskiem Komisji, że wszyscy czterej członkowie grupy tworzą dla potrzeb pomocowych wspólną jednostkę ekonomiczną niezależnie od tego, że z formalno-prawnego punktu widzenia są podmiotami mającymi odrębną osobowość prawną.

5. Poleganie na zasadzie jednorazowości także sprawiało trudności. Tak więc francuska firma Bull, która korzystała już z pomocy restrukturyzacyjnej w okresie zastrzeżonym we *Wskazaniach*, wystąpiła o pomoc doraźną. Po zbadaniu wniosku pod kątem zgodności z wymaganiami, Komisja doszła do wniosku, że pod względem formalnym Bull spełnia odnośne warunki. Komisja miała wszakże wątpliwości co do tego, czy w praktyce wnioskowana pomoc doraźna będzie przez Bull wykorzystana zgodnie z przeznaczeniem. W tym bowiem czasie wnioskodawca wdrażał właśnie program restrukturyzacyjny. Zachodziło więc zagrożenie, że pomoc doraźna będzie wykorzystywana dla potrzeb restrukturyzacyjnych. Francja jako państwo macierzyste beneficjenta zapewniła Komisję, że Bull wykorzysta w całości przyznaną mu pomoc zgodnie z deklarowanym przeznaczeniem. Na tej podstawie Komisja wydała pozytywną decyzję⁶⁹. W rezultacie Bull skorzystała z obydwu rodzajów pomocy, mimo że wcześniej przyznanej pomocy restrukturyzacyjnej firma ta nie potrafiła skutecznie zużytkować bez dodatkowego wsparcia. O pomoc doraźną wystąpiła ona bowiem już po otrzymaniu pomocy restrukturyzacyjnej w latach 1993–1994.

W sprawie *Alstom*⁷⁰ sytuacja była jeszcze bardziej złożona. Przedłożony przez Francję pakiet pomocowy obejmował bowiem zarówno środki doraźne, jak i restrukturyzacyjne. Francja próbowała przy tym dowodzić, że część tych ostatnich w ogóle nie ma charakteru pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust.1 TWE, gdyż – tak jak w wypadku dokapitalizowania – oparte są one na warunkach rynkowych. W toku dalszego postępowania Komisja zakwalifikowała jednak wszystkie środki przewidziane we wniosku do pomocy państwa. Ponadto Komisja miała poważne wątpliwości co do tego, czy założone w programie równoczesne stosowanie pomocowych środków doraźnych i restrukturyzacyjnych w ogóle umożliwia ich rozgraniczenie i w jaki sposób zapobiec, by pomoc doraźna nie była w praktyce wykorzystywana do celów restrukturyzacyjnych.

⁶⁸ Sprawa 323/82, *Intermills v. Commission*, 1984 ECR 3809.

⁶⁹ Commission Decision of 13 November 2002 (Dz.Urz. WE 2002 L 209/1).

⁷⁰ C 58/2003 (ex NN 70/03), Dz.Urz. WE 2003 C 269/2.

Wątpliwości te pogłębiał fakt, że Francja już wcześniej udzieliła Alstomowi wyprzedzającego wsparcia finansowego, którego rzeczywistego przeznaczenia nie można było jednoznacznie ustalić.

Zgodnie ze *Wskazaniami* z 1999 r. (par. 23), warunkiem uznania pomocy doraźnej (wg nowej terminologii *Wskazań* z 2004 r. „rescue aid”, czyli *pomocy ratunkowej*) za dopuszczalną, musi ona spełniać następujące warunki:

1. składać się ze środków wsparcia płynności finansowej przedsiębiorstwa w postaci gwarancji kredytowych lub pożyczek oprocentowanych na warunkach rynkowych,
2. być powiązana z kredytami podlegającymi zwrotowi w terminie nieprzekraczającym dwunastu miesięcy licząc od daty wypłaty ostatniej transzy kredytu,
3. musi być uzasadniona poważnymi trudnościami socjalnymi i nie może wywierać wtórnie negatywnego wpływu w innych państwach członkowskich,
4. do zgłoszonego przez przedsiębiorstwo, za pośrednictwem zainteresowanego państwa członkowskiego, wniosku dołączony musi być plan restrukturyzacyjny lub plan likwidacji albo dowód zwrotu pożyczki w całości lub dowód wygaśnięcia gwarancji,
5. przedsiębiorstwo, którego wystąpienie spełnia powołane warunki, powinno otrzymać przyznaną mu pomoc w terminie sześciu miesięcy od daty jej autoryzowania,
6. pomoc dla przedsiębiorstwa w trudnościach gospodarczych będzie ograniczona do utrzymania go w rozmiarach niezbędnych do pokrycia kosztów płac oraz zwykłych dostaw.

Tak sformułowane warunki przyznawania pomocy doraźnej nie dawały jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy może być ona udzielona odrębnie, czy też w koniecznym skorelowaniu z planem restrukturyzacyjnym. Przyjęcie pierwszego wariantu wydaje się możliwe pod warunkiem spełnienia wymagań określonych pod lit. d. Za taką wykładnią przemawiał *kazus Bull*, gdzie firma wystąpiła o pomoc doraźną w odrębnym wniosku już po wcześniejszym otrzymaniu od macierzystych władz francuskich wypłaty w wysokości odpowiadającej dzisiejszym 100 milionom euro na cele restrukturyzacyjne. Przykład Alstomu wskazuje wszakże na trudności, jakie mogą pojawić się z rozgraniczeniem obydwu rodzajów pomocy w razie zbiegu ich realizacji w czasie. Stwarza to zagrożenie dla przestrzegania zasady jednorazowości, tym bardziej, że we *Wskazaniach* z 1999 r. postanowienia w przedmiocie tej zasady zamieszczono w paragrafie 25 odnoszącym się bezpośrednio do pomocy restrukturyzacyjnej.

Źródłem dodatkowych trudności interpretacyjnych w ocenie odpowiedniości przewidzianych we wniosku środków do wymagań dla pomocy doraźnej (ratunkowej) były postanowienia przypisu 17 do *Wskazań* z 1999 r. W przypisie tym zastrzeżono, że przy rozważaniu wniosku o przyznanie pomocy ratunkowej mogą być również uwzględnione inne środki niż wskazane w par. 23, takie jak

dokapitalizowanie i pożyczki podporządkowane, ilekroć w ramach ocenianego wystąpienia przewidziane są również środki kompensacyjne dla potrzeb restrukturyzacyjnych. Stwarzało to prawdziwą kwadraturę koła.

6. Jak zostało wcześniej wspomniane, źródłem trudności okazały się również rygory proceduralne. Przyczyniały się one do tego, że dochowanie wymogu uprzedniego zgłoszenia i uzyskania akceptacji dla założonego programu przed przystąpieniem do wdrożenia go, groziło niejednokrotnie wcześniejszym upadkiem zainteresowanego przedsiębiorstwa. Dlatego wymóg ten był pomijany, jak w sprawie *Sniace*, i zgłoszenia dokonywano dopiero *post factum*⁷¹. Kiedy indziej, jak w sprawie *Philipp Holzmann AG*, upływ czasu sprawił, że pierwotny program restrukturyzacyjny uległ dezaktualizacji i trzeba go było rewidować już w toku prowadzonych działań naprawczych⁷². Potrzeba wprowadzenia „szybkiej ścieżki” w postępowaniu pomocowym stała się oczywista.

7. Rozwiązaniu tych różnych problemów wychodzą naprzeciw nowe *Wskazania* z mocą obowiązującą od 10 października 2004 r. W myśl tych wytycznych, przez „przedsiębiorstwo zagrożone” należy rozumieć przedsiębiorstwo, które ani za pomocą środków własnych, ani środków, które mogłoby uzyskać od właściciela bądź akcjonariuszy lub wierzycieli, nie jest w stanie powstrzymać strat, które bez zewnętrznej interwencji władz publicznych prawie na pewno doprowadzą to przedsiębiorstwo do zniknięcia z rynku w perspektywie krótko- lub średnioterminowej (pkt 9). Przedsiębiorstwo zagrożone kwalifikuje się do pomocy tylko wtedy, gdy ewidentnie nie może odzyskać płynności dzięki środkom własnym lub środkom uzyskanym od właścicieli, akcjonariuszy lub ze źródeł rynkowych (pkt 10 *in fine*).

Do innych podstawowych zmian i uzupełnień zaliczyć należy:

1. Uściślenie pojęcia „nowo ustanowionej firmy” (*newly created*). Zgodnie z pkt. 12 *Wskazań*: *Przedsiębiorstwo uznaje się co do zasady za nowo utworzone w okresie pierwszych 3 lat od rozpoczęcia działalności w danej dziedzinie*. Dopiero po upływie tego okresu przedsiębiorstwo może ubiegać się o pomoc ratunkową bądź restrukturyzacyjną. Znamienne w powołanej definicji jest położenie nacisku na przedmiot działalności. Oznacza to bowiem, że firma jako taka może istnieć dłużej w chwili wystąpienia o pomoc, o ile działalność, której pomoc dotyczy, była przez nią podjęta w okresie nie krótszym niż 3 lata przed tym wystąpieniem. Odwołanie się do pojęcia „co do zasady” pozostawia natomiast margines dla uznaniowości odpowiednio do okoliczności sprawy.
2. Zgodnie z pkt. 13 *Wskazań*: *Przedsiębiorstwo należące lub przejęte przez większą grupę kapitałową w normalnych warunkach nie kwalifikuje się do pomocy w celu*

⁷¹ Commission Decision of 11 December 2002 on State aid implemented by Spain for *Sniace* SA (Dz.Urz. WE 2003 L 108/35).

⁷² Commission Decision of 8 May 2001 on State aid granted by the Federal Republic of Germany to *Philipp Holzmann A* (Dz.Urz. WE 2001 L 248/46, poz. 83 w związku z poz. 95).

ratowania lub restrukturyzacji, z wyjątkiem sytuacji, w której można wykazać, że trudności przedsiębiorstwa są natury wewnętrznej, a nie następstwem arbitralnej alokacji kosztów w ramach grupy oraz że te trudności są zbyt poważne, aby mogły być przezwyciężone przez samą grupę. W wypadku, gdy zagrożone przedsiębiorstwo jest podmiotem zależnym, będzie ono wraz z kontrolującym go zagrożonym przedsiębiorstwem uważane za grupę i będzie mogło otrzymać pomoc zgodnie z warunkami ustanowionymi w niniejszym punkcie.

3. Jednoznaczne rozciągnięcie zasady jednorazowości na pomoc o charakterze doraźnym (pkt 25 (e) w zw. z pkt. 72). Uściślono także przesłanki rozdzielności pomocy doraźnej i restrukturyzacyjnej (pkt 16) oraz przesłanki traktowania w sposób zespolony obydwu tych form pomocy (pkt 25–29 oraz pkt 31–59). Wytyczne z 2004 r. wyraźnie uznają możliwość wystąpienia takiej potrzeby. Przedsiębiorstwa mogą już w fazie ratowania korzystać ze środków pomocy restrukturyzacyjnej, w celu powstrzymania lub ograniczenia pogarszania się sytuacji finansowej. Wytyczne rozszerzają więc pojęcie „pomocy w celu ratowania”, pod kątem umożliwienia beneficjentowi podjęcia pilnych środków, w tym o charakterze strukturalnym, jak np. natychmiastowe zamknięcie zakładu lub inna forma rezygnacji z działalności przynoszącej straty. Uwzględniając pilny charakter takiej pomocy państwa członkowskie uzyskały możliwość skorzystania z procedury uproszczonej dla potrzeb zatwierdzenia proponowanej pomocy (pkt 6 Wstępu w zw. z pkt. 25 i 30 postanowień operatywnych).
4. Wyjaśnienie skutków wcześniejszego przyznania pomocy doraźnej bądź restrukturyzacyjnej „grupie przedsiębiorstw” (*business group*), jak i któremukolwiek członkowi grupy. Taka grupa i jej członkowie nie będą mogli ubiegać się o żadną z dwóch form pomocy państwa przed upływem dziesięciu lat od daty przyznania poprzedniej pomocy, z wyjątkami mającymi zastosowanie do członków grupy, którzy poprzednio nie korzystali z pomocy państwa, pod warunkiem, że udzielona im pomoc nie będzie przekazywana wewnątrz grupy. Państwa członkowskie muszą zapewnić, że żadna pomoc nie zostanie przekazana przez grupę lub któregokolwiek z podmiotów wchodzących w skład grupy na rzecz wcześniejszych beneficjentów pomocy (pkt 75).
5. Sprecyzowanie warunków i zasad udzielania pomocy ratunkowej:
 - (a) pomoc ratunkowa musi służyć wsparciu płynności finansowej i polegać na udzieleniu gwarancji kredytowych lub pożyczek przy zastosowaniu stopy procentowej co najmniej porównywalnej do stóp procentowych stosowanych przy pożyczkach dla przedsiębiorstw w dobrej sytuacji finansowej i w szczególności zgodnie ze stawkami referencyjnymi przyjętymi przez Komisję (pkt 25 (a)),
 - (b) pomoc taka będzie mogła być przeznaczana także na wsparcie niefinansowych działań restrukturyzacyjnych (pkt 25 (a) i (d) przypis 3) pod warunkiem, że są one podjęte natychmiastowo,

- (c) okres udzielania pomocy nie będzie mógł przekraczać sześciu miesięcy z możliwością przedłużenia na wniosek państwa członkowskiego udzielającego pomocy, lecz tylko w wypadku, gdy to państwo przedstawiło projekt restrukturyzacji w okresie pierwszych sześciu miesięcy (pkt 25 (c) w zw. z pkt. 81),
 - (d) w procedurze uproszczonej, skrócenie do jednego miesiąca okresu, w którym Komisja zobowiązana jest wydać decyzję w sprawie, licząc od daty wystąpienia przez państwo członkowskie z wnioskiem o udzielenie pomocy doraźnej przedsiębiorstwa w wysokości do 10 mln euro (pkt 30),
 - (e) każda pożyczka musi być zwrócona i każda gwarancja musi się zakończyć w okresie nie dłuższym niż sześć miesięcy po wypłacie przedsiębiorstwu pierwszej raty (pkt 25 (a)).
6. W zakresie pomocy restrukturyzacyjnej:
- (a) pomoc restrukturyzacyjna może być przyznana tylko w okolicznościach, w których można wykazać, że nie jest ona niezgodna z interesem Wspólnoty, a więc wtedy, gdy będzie istniała pewność, że wszystkie zakłócenia konkurencji będą zrównoważone korzyściami płynącymi z dalszego istnienia przedsiębiorstwa, np. kiedy w przeciwnym wypadku w wyniku redukcji miejsc pracy wynikających z zaprzestania działalności przez przedsiębiorstwo w połączeniu z konsekwencjami dla jego dostawców, miałyby miejsce nasilenie problemów zatrudnienia lub powstanie wyraźnej sytuacji oligopolistycznej, a z drugiej strony podjęte zostaną odpowiednie środki wyrównawcze z korzyścią dla konkurentów (pkt 31 i pkt 38).
 - (b) wprowadzenie obowiązku przedstawienia przez państwo wnioskujące dowodów na występowanie sytuacji oligopolistycznej na rynku potencjalnego beneficjenta pomocy w wypadkach, w których zobowiązanie beneficjenta do zbycia niektórych jego składników majątkowych konkurentom byłoby z tego względu nieuzasadnione (pkt 39),
 - (c) dokonywanie przez Komisję oceny zasadności udzielenia wnioskowanej pomocy na podstawie wszelkich informacji znajdujących się w jej posiadaniu, a nie tylko, jak poprzednio, na podstawie informacji otrzymanych od wnioskodawcy w ramach postępowania w danej sprawie (pkt 40),
 - (d) niezaliczanie do kompensacyjnego pakietu restrukturyzacyjnego (tzw. *compensatory measures*) rezygnacji z operacji gospodarczych i zdolności produkcyjnych, które w każdym wypadku przynosiłyby straty (pkt 35); warunku tego nie stosuje się do małych przedsiębiorstw (pkt 41),
 - (e) w wypadku działania przez beneficjenta na rynku, na którym występuje zjawisko długoterminowej nadwyżki mocy produkcyjnych, możliwość ich ograniczenia aż do pełnej likwidacji beneficjenta i w takiej

- sytuacji przeznaczenie pomocy restrukturyzacyjnej w większości lub całości wyłącznie na pokrycie kosztów socjalnych (pkt 42 i przypis 3),
- (f) ograniczenie wkładu wnoszonego przez beneficjenta do środków rzeczywistych z wyłączeniem przyszłych zysków, odpisów amortyzacyjnych, odpisów na rezerwy itp., czyli przyszłych *cash-flow* (pkt 43),
 - (g) ustalenie wielkości wkładu własnego na poziomie 25% dla małych, co najmniej 40% dla średnich oraz co najmniej 50% dla dużych przedsiębiorstw w stosunku do całych nakładów na restrukturyzację objętą pomocą państwa (pkt 44); w wyjątkowych okolicznościach, które państwo musi wykazać, Komisja może zezwolić na niższy wkład własny beneficjenta,
 - (h) wypłat z tytułu odpraw dla zwalnianych pracowników oraz pracowników przechodzących na wcześniejszą emeryturę dokonywanych w ramach i na ogólnych warunkach ustawowych nie uważa się za pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE (pkt 60 i pkt 61). Jednakże wypłaty z tytułu odpraw zastrzeżone w układach zbiorowych uznawane są za część zwyczajowych kosztów przedsiębiorstwa, które musi ono pokryć ze środków własnych i w związku z tym wszelki wkład państwa na te cele, bezpośredni czy pośredni, będzie uważany za pomoc państwa (pkt 63), z tym, że Komisja nie sprzeciwia się udzielaniu takiej pomocy (pkt 64). Komisja popierać też będzie udzielanie pomocy na cele szkolenia dostosowawczego oraz na rzecz podejmowania przez zwalnianych pracowników nowej działalności gospodarczej (pkt 65).
7. Znamienną ewolucję daje się również zaobserwować w interpretacji postanowień art. 86 TWE, w przedmiocie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym⁷³.

III. Zamiast podsumowania

7 czerwca 2005 r. Komisja Europejska opublikowała *Plan Działania* na najbliższe pięć lat określający główne cele i założenia polityki Wspólnoty w zakresie pomocy państwa⁷⁴. Do priorytetów zaliczono wspieranie wzrostu gospodarczego i konkurencyjności, bezpieczeństwo miejsc pracy, wspieranie spójności społeczno-ekonomicznej oraz rozwój uboższych regionów, unowocześnianie infrastruktury ogólnej, zwłaszcza w transporcie i energetyce, a także zapewnienie wysokiego poziomu usług publicznych. Zadania te mają być realizowane wraz z ograniczaniem ogólnych rozmiarów pomocy państwa dla przedsiębiorstw zgodnie z obowiązującym już obecnie założeniem, w myśl którego mniejsze wsparcie powinno być lepiej wykorzystywane.

⁷³ Rozważaniom na temat pomocy publicznej dla przedsiębiorców świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym poświęcony jest artykuł Sławomira Dudzika, s. 203-217 niniejszej publikacji (przypis red.).

W sposób uprzywilejowany ma być traktowana pomoc dla badań rozwojowych (R&D), w tym na wspieranie innowacyjności oraz służąca umacnianiu spójności społecznej i gospodarczej we Wspólnocie, za pośrednictwem środków wspierających awans regionów słabiej rozwiniętych. Komisja widzi przy tym potrzebę uściślenia odrębnych reguł rządzących udzielaniem przez państwa wsparcia w ramach programów *Partnerstwa Publiczno-Prywatnego* (PPP), odgrywających w praktyce gospodarczej państw członkowskich coraz większą rolę, którą KE uznaje za pożyteczną. Ponadto Komisja zapowiada wydanie *Wskazań* (*Guidelines*) w sprawie pomocy udzielanej firmom kontrolowanym w przeszłości przez władze publiczne, a obecnie działającym na zasadach ogólnych na rynkach zliberalizowanych. Jest to wyraźna zapowiedź uwzględnienia specyfiki trudności dostosowawczych do wymagań konkurencji na otwartym rynku, doświadczanych przez prywatyzowane spółki skarbu państwa i likwidacji monopoli naturalnych lub prawnych, z których te firmy korzystały w przeszłości. *Plan Działania* zakłada również potrzebę stwarzania ułatwień dla operacji *kapitału ryzyka* (*risk capital*) jako instrumentu wzrostu gospodarczego i zatrudnienia. Komisja nie sprecyzowała wprawdzie pojęcia tej kategorii operacji kapitałowych lecz wydaje się wysoce prawdopodobne, że miała przede wszystkim na myśli tzw. *venture capital*. W takim wypadku oznaczać to będzie konieczność skorygowania dla tych potrzeb kryteriów testu „prywatnego inwestora”, w tym prywatnego wierzyciela i kredytodawcy w drodze wyodrębnienia i uelastycznienia odnośnych wymagań w stosunku do ogólnie przyjętych standardów.

Bez uszczerbku dla przysługujących Komisji na mocy Traktatu uprawnień nadzorczo-kontrolnych, *Plan Działania* z 7 czerwca 2005 r. zakłada ograniczenie obowiązku uzyskiwania od Komisji wyprzedzającej akceptacji na zamierzony program pomocy państwa do wypadków mogących mieć znaczący wpływ na konkurencję i handel we Wspólnocie. W pozostałych wypadkach – mniejszej wagi – wydawanie decyzji upoważniających miałyby spoczywać na właściwych organach samych państw członkowskich działających zgodnie z zapowiedzianymi w *Planie Działania Wskazaniami* Komisji i uchwalanymi przez nią „zwolnieniami grupowymi”. Proponowane rozwiązania wpisują się więc w nowe podejście do egzekwowania wspólnotowych reguł konkurencji, przypieczętowane rozporządzeniem Rady Unii Europejskiej Nr 1/2003 z mocą obowiązującą od 1 maja 2004 r. i zakładające daleko posuniętą dewolucję uprawnień Komisji na rzecz uprawnień właściwych organów państw członkowskich.

Plan Działania zakłada ponadto dalsze skrócenie i uproszczenie procedur notyfikacyjno-akceptacyjnych dotyczących pomocy państwa dla przedsiębiorstw. Zapowiedziane w *Planie Działania* „zwolnienia grupowe” objąć mają

⁷⁴ *State Aid Action Plan*; zob. *State Aid: Commission Unveils Far-Reaching Reforms to Boost Growth and Innovation* w: Europe Information, No 2968, June 8, 2005, III. 6-7; także: europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/action_plan/.

wyodrębnione rodzaje oraz warunki udzielania przez państwa wsparcia na rzecz ochrony środowiska, doskonalenia zawodowego dla potrzeb dostosowywania kwalifikacji do zmieniających się wymagań rynku pracy, badań i rozwoju, a także na rzecz aktywizacji słabiej rozwiniętych regionów Wspólnoty.

Kładąc niezmiennie duży nacisk na ochronę środowiska naturalnego, Komisja widzi potrzebę dostosowania do nowych potrzeb wymagań, jakim obecnie poddana jest pomoc państwa na te cele ze szczególnym uwzględnieniem wymagań efektywności środowiskowej (*eco-efficiency*) oraz zwiększenia operacyjnej przejrzystości stosowanych kryteriów oceny. W ślad za tym Komisja zapowiedziała w *Planie Działania* utrzymanie dotychczasowych regulacji w przedmiocie pomocy państwa na rzecz ochrony środowiska jedynie do 2007 r., opracowanie nowych rozwiązań i wprowadzenie ich w życie z upływem tego terminu.

Na osobne podkreślenie zasługuje osadzenie założonych w *Planie Działania* rozwiązań w ścisłym kontekście ostatniego rozszerzenia Unii o nowych dziesięciu członków oraz wynikających z tego rozszerzenia zmienionych realiów ekonomiczno-społecznych Wspólnoty jako całości. Takie podejście nie zakłada w żadnym razie ogólnego rozluźnienia rygorów rządzących pomocą państwa, a jedynie dostosowanie ich do nowych realiów i potrzeb.

To, czy zapowiedziane kierunki działań przyczynią się do osiągnięcia deklarowanych celów, zależy będzie od wielu czynników. Duży wpływ będzie mieć na to gotowość samej Komisji do wprowadzenia zróżnicowanych kryteriów oceny dopuszczalności określonych form, warunków i rozmiarów pomocy w zależności od charakteru stosunków w danym sektorze bądź przedsiębiorstwie doświadczającym trudności.

Technicznie takie same zjawiska w przemyśлах czy przedsiębiorstwach w procesie przekształceń własnościowych oraz w ich odpowiednikach ukształtowanych i działających w ustabilizowanych strukturach własności prywatnej, są z reguły uwarunkowane innymi czynnikami i mają różne skutki systemowe w makroskali. W zależności od tego wymagają więc one innego podejścia. Zapewnienie „równego pola gry”, owego *field playing ground*, dla jednych i drugich wymaga tym samym odpowiadającego tym odmiennościom zróżnicowanego podejścia do wpływu udzielanej pomocy na konkurencję na jednolitym rynku wewnętrznym i równowagę gospodarczą systemu narodowego, którego są częścią składową, rozpatrywanych łącznie. W przeciwnym razie umacnianie interaktywnej spójności gospodarczej Wspólnoty jako całości może okazać się niemożliwe.

Z drugiej strony, powodzenie założeń i celów sformułowanych w *Planie Działania* zależy będzie od gotowości i determinacji państw członkowskich do ograniczenia interwencjonizmu w polityce gospodarczej na rzecz wspierania i umacniania systemowych rozwiązań prorynkowych. W tym ostatnim wypadku pomoc państwa będzie w sposób naturalny podporządkowywana dostosowywaniu przedsiębiorstw doświadczających trudności do wymagań konkurencji, a nie ochronie bytu odnośnych przedsiębiorstw jako takich.

Akcentowana w *Planie Działania* potrzeba koncentrowania pomocy państwa na celach horyzontalnych przyniesie w praktyce tym lepsze efekty, im polityki Wspólnoty w tej i w innych dziedzinach stosunków gospodarczych będą pełniej uwzględniać potrzebę działań sprzyjających tworzeniu i umacnianiu względnej równowagi międzyregionalnej w skali ogólnospółnotowej oraz odpowiednio do tego rozproszonych geograficznie autonomicznych centrów wzrostu wzajemnie interaktywnych w ramach Jednolitego Rynku i w ten sposób synergicznie zwiększających efekty skali prowadzonych operacji gospodarczych w warunkach coraz większej spójności we wszystkich dziedzinach.

WSPÓLNOTOWA REGULACJA POMOCY PAŃSTWA DLA PRZEDSIĘBIORSTW ŚWIADCZĄCYCH USŁUGI W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM

1. Sytuacja prawna przedsiębiorstw, którym państwa członkowskie powierzają świadczenie usług (zarządzanie usługami) w ogólnym interesie gospodarczym, była od początku istnienia Wspólnoty przedmiotem licznych kontrowersji. Już na etapie negocjowania Traktatu Rzymskiego doszło bowiem do sporu co do zakresu ingerencji prawa wspólnotowego w publicznym sektorze gospodarczym. Wspomnieć przy tym należy, że choć przedsiębiorstwa użyteczności publicznej nie zawsze w sferze stosunków własnościowych powiązane są z szeroko rozumianym państwem, to niewątpliwie związek ten w praktyce w wielu przypadkach istnieje. Nawet tam, gdzie prowadzenie działalności w zakresie użyteczności publicznej przekazane zostaje w ręce podmiotów prywatnych, implikuje to często powstanie szczególnie silnych więzów między władzą publiczną a takim podmiotem, w szczególności z uwagi na przyznanie mu praw wyłącznych lub specjalnych (w drodze różnego rodzaju koncesji, licencji, zezwoleń itp.).

Powyższy spór, co do traktatowej regulacji sektora publicznego, powstał między krajami Beneluksu z jednej strony a Francją i Włochami z drugiej¹. Pierwsza grupa państw, obawiając się silnej konkurencji ze strony dobrze rozwiniętego w latach pięćdziesiątych ubiegłego wieku sektora publicznego Francji i Włoch, dążyła do poddania wszystkich przedsiębiorstw z terenu Wspólnoty jednakowym

¹ V. Emmerich: *Monopole i przedsiębiorstwa publiczne*, w: *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. M.A. Dausés, red. wyd. pol. R. Skubisz, Warszawa 1999, s. 923.

regułom konkurencji. Wynikiem tych nacisków jest przede wszystkim obecny art. 86 ust. 1 TWE, zakazujący w relacjach między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi oraz przedsiębiorstwami korzystającymi z udzielonych przez państwo praw wyłącznych lub specjalnych, wydawania i utrzymywania w mocy jakichkolwiek środków sprzecznych z zasadami wyrażonymi w Traktacie, a w szczególności ze wspólnotowym prawem konkurencji. Z kolei państwa, których przedsiębiorstwa posiadały znaczny udział z życia gospodarczym kraju (przede wszystkim Francja), żądały wprowadzenia wyjątków od powyższej zasady – tak, by możliwe było dalsze wykorzystywanie przez nie sektora publicznego do realizacji określonych celów polityki społecznej i gospodarczej.

W wyniku negocjacji zawarto kompromis, zgadzając się, że art. 86 ust. 2 TWE dopuszczał będzie w odniesieniu do przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym odstępstwa od ogólnych zasad zawartych w Traktacie (w tym w zakresie prawa konkurencji), z tym jednakże zastrzeżeniem, iż odstępstwo to musi być uzasadnione wymogami powierzonej tym przedsiębiorstwom misji publicznej, a nadto nie może ono prowadzić do naruszenia interesu Wspólnoty.

Ostatecznie art. 86 ust. 2 TWE stanowi, że:

Przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom niniejszego Traktatu, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Wspólnoty.

Ramy niniejszej pracy nie pozwalają na szczegółową analizę tego przepisu². Dodać jedynie należy, iż państwa członkowskie w ramach tzw. „swobody definiowania” korzystają z szeroko zakreślonego uznania co do tego, które rodzaje działalności zaliczyć należy do usług, o których mowa w art. 86 ust. 2 TWE. Nie oznacza to jednak pełnej dowolności po ich stronie. Działania państw członkowskich w tym zakresie podlegają bowiem kontroli ze strony Komisji Europejskiej, a przede wszystkim ze strony sądów wspólnotowych. Przyjmuje się jednak, iż ingerencja instytucji wspólnotowych w sprawach uznania danej działalności za usługę w ogólnym interesie gospodarczym jest uzasadniona jedynie w przypadku zaistnienia oczywistego błędu (*manifest error*) po stronie państwa członkowskiego³.

² Zob. szerzej np.: J.L. Buendia Sierra: *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*, Oxford 1999, s. 272 i nast.; S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Zakamycze 2002, s. 323 i nast; tegoż: *Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym w prawie Wspólnoty Europejskiej*, w: *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, red. C. Mik, Toruń 2002, s. 289 i nast.

³ Zob. pkt 22 komunikatu Komisji z 20 września 2000 r. w sprawie usług użyteczności publicznej (*Communication from the Commission – Services of general interest in Europe*), COM (2000) 580 final, Dz. Urz. WE 2001 C 17/4.

2. Wyraźne wzmocnienie znaczenia w wymiarze wspólnotowym usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym przyniósł Traktat Amsterdamski⁴. Wprowadził on do Traktatu Rzymskiego (do jego części I zatytułowanej *Zasady*) nowy art. 16. Przepis ten zalicza usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym do „wspólnych wartości Unii”, podkreśla ich znaczenie we wspieraniu spójności społecznej i terytorialnej Unii, przede wszystkim zaś powierza zarówno Wspólnocie, jak i państwom członkowskim obowiązek zapewnienia, by usługi te *funkcjonowały na podstawie zasad i na warunkach*, które pozwolą *im wypełniać ich zadania*. W świetle tego przepisu, zadania w sferze użyteczności publicznej jawią się jako cel, który może być stawiany na równi z innymi celami traktatowymi, a w szczególności z koniecznością zapewnienia, aby *konkurencja na rynku wewnętrznym nie była zakłócona* (art. 3 lit. g TWE), a polityka gospodarcza państw członkowskich była prowadzona *zgodnie z zasadą gospodarki wolnorynkowej i wolnej konkurencji* (art. 4 ust. 1 TWE). Realizując swoje kompetencje wobec przedsiębiorstw użyteczności publicznej, organy wspólnotowe, w tym przede wszystkim Komisja, zobowiązane są zatem do zachowania równowagi między zasadami dotyczącymi konkurencji a wykonywaniem przez te przedsiębiorstwa misji usług publicznych. Nie wystarczy przy tym samo wyłączenie stosowania w stosunku do tych przedsiębiorstw określonych rozwiązań traktatowych. Konieczne jest jeszcze podjęcie nie tylko przez państwa członkowskie, ale także przez instytucje wspólnotowe konkretnych działań, które wspierałyby urzeczywistnianie przez te przedsiębiorstwa wspólnych wartości Unii, wspierały jej spójność terytorialną oraz prowadziły do zmniejszenia dysproporcji w poziomach rozwoju różnych regionów i obszarów.

Szczególne kompetencje do działania w tym zakresie dla instytucji unijnych przewiduje Konstytucja dla Europy⁵. Art. III-122 Konstytucji (będący odpowiednikiem obecnego art. 16 TWE) wskazuje na możliwość wydawania przez Radę Ministrów i Parlament Europejski (por. art. I-34 ust. 1 Konstytucji) ustaw europejskich, które ustanawiałyby zasady i określałyby warunki, w szczególności gospodarcze i społeczne, które pozwolą wypełniać zadania stawiane przed usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym.

Ramy prawne dla tego rodzaju działalności prawodawczej Unii wyznaczają w pierwszym rzędzie zasady wyrażone w art. I-5 ust. 1 i 2 Konstytucji⁶: zasada

⁴ Zob. np. L. Flynn, *Competition Policy and Public Services in EC Law after the Maastricht and Amsterdam Treaties*, w: *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, edited by D. O’Keeffe and P. Twomey, Oxford–Portland Oregon 1999, s. 188, 197–199; M. Ross: *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, ELR 2000, Vol. 25, s. 28–38; T. Prosser: *Public Perspectives on Privatization: Public Service Law: Privatization’s Unexpected Offspring*, Law and Contemporary Problems 2000, Vol. 63, s. 80–81; S. Dudzik, *Pomoc państwa...*, op. cit., s. 347–356; tegoż: *Usługi świadczone...*, op. cit., s. 299–306.

⁵ Traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy (Dz.Urz. UE 2004 C 310/01). Traktat ten nie wszedł w życie. Obecnie trwa proces jego ratyfikacji przez państwa członkowskie UE.

⁶ Odwołanie do art. I–5 Konstytucji znajdujemy już na początku art. III-122.

poszanowania tożsamości narodowej państw członkowskich, zasada poszanowania podstawowych funkcji państwa oraz zasada lojalnej współpracy Unii i państw członkowskich. Pierwsza wskazuje na konieczność poszanowania przez Unię Europejską tożsamości narodowej państw członkowskich, nierozzerwalnie związanej z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu lokalnego i regionalnego. Unia szanuje również podstawowe funkcje państwa. Konstytucja zalicza do nich zapewnienie jego integralności terytorialnej, utrzymywanie porządku publicznego oraz ochronę bezpieczeństwa narodowego. Wśród funkcji tych nie ma wprawdzie zapewnienia dostępu do usług świadczonych w ogólnym interesie, z uwagi jednak na przykładowe jedynie ich wyliczenie w art. I-5 ust. 1 Konstytucji oraz biorąc pod uwagę treść art. II-96 (dostęp do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym) i art. III-122 Konstytucji, zaliczenie tej funkcji do podstawowych funkcji państwa nie wydaje się całkowicie wykluczone.

Ustawy europejskie, o których mowa w art. III-122 Konstytucji, nie mogą naruszać również szczegółowych kompetencji państw członkowskich posiadanych w odniesieniu do tego rodzaju usług. Konstytucja *explicite* wymienia tutaj kompetencje do świadczenia, zlecenia i finansowania ww. usług. W świetle przepisów Konstytucji nie może być już zatem wątpliwości, iż to od wyboru państwa członkowskiego zależy zarówno, jakie usługi zostaną zaliczone do kategorii usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, jak i to czy będą one świadczone przez jednostki organizacyjne zaliczane do szeroko rozumianego państwa, czy też będą zlecane „na zewnątrz”, na rzecz podmiotów prywatnych (których działalność w takich sytuacjach pozostaje zwykle pod szczególnym nadzorem ze strony państwa). Państwo powinno decydować również o wyborze modelu finansowania tego rodzaju usług. Istotnym jest przy tym, iż korzystanie z tych kompetencji odbywać się ma „w poszanowaniu Konstytucji”. Powyższe oznacza konieczność przestrzegania w działalności państw członkowskich w sferze użyteczności publicznej nie tylko rozumianych ściśle norm Konstytucji dla Europy, ale w istocie całości dorobku prawnego UE. Przesądza o tym przede wszystkim zasada lojalnej współpracy, znajdująca zastosowanie zarówno do samej Unii w jej relacjach z państwami członkowskimi, jak i do państw członkowskich w ich stosunkach z Unią oraz innymi państwami członkowskimi (art. I-5 ust. 2 Konstytucji). Konstytucja precyzuje przy tym, iż w odniesieniu do państw, zasada ta zakłada konieczność podejmowania przez nie wszelkich środków ogólnych lub szczególnych właściwych dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Konstytucji lub aktów instytucji Unii, a także konieczność ułatwiania wypełniania zadań UE oraz powstrzymywania się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu jej celów.

Nowym obowiązkiem Wspólnoty i państw członkowskich na płaszczyźnie prawa wspólnotowego w odniesieniu do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym towarzyszy równocześnie wzmocnienie praw jednostek w tym zakresie. Przyjęta w grudniu 2000 r., a stanowiąca obecnie część II Konstytucji dla Europy,

Karta Praw Podstawowych zalicza bowiem dostęp do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym do praw podstawowych Unii. Z art. II-96 Konstytucji wynika przy tym, że samo zaliczanie określonych usług do sfery użyteczności publicznej, a także zasady korzystania z nich przez jednostki pozostają domeną ustawodawcy krajowego oraz praktyki państw członkowskich.

Rozważając kwestie związane z gwarancjami praw konsumentów i użytkowników usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, Komisja w swej *Białej księdze nt. usług użyteczności publicznej* z 2004 r.⁷ wskazuje, iż chodzi tu przede wszystkim o dostęp do tych usług zarówno w aspekcie terytorialnym (a więc na całym terytorium Unii), jak i w aspekcie społecznym (tj. dla wszystkich grup ludności), przystępność cen, bezpieczeństwo konsumentów i użytkowników tych usług, niezawodność i ciągłość ich świadczenia, wysoką jakość, szeroki wybór, przejrzystość oraz dostęp do informacji ze strony dostawców oraz organów regulacyjnych. Konsumenti i użytkownicy winni przy tym być reprezentowani oraz brać aktywny udział w definiowaniu oraz ocenie usług przez właściwe organy regulacyjne państw członkowskich, mieć możliwość skorzystania z mechanizmów kompensacyjnych i odszkodowawczych, a także uczestniczyć w procesach zmierzających do dostosowania usług w ogólnym interesie gospodarczym zarówno do zmieniających się potrzeb i interesów samych użytkowników i konsumentów, jak i do zmian w sferze gospodarczej i technologicznej.

Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym ujmowane są często jako element tożsamości europejskiej, jeden z filarów europejskiego modelu społeczeństwa⁸. W konsekwencji dostęp do nich może być postrzegany jako element dynamicznej koncepcji obywatelstwa Unii Europejskiej⁹. Nie jest on jednak *explicite* wymieniany w Traktacie Rzymskim lub Konstytucji dla Europy wśród praw składających się na konstrukcję tego obywatelstwa.

3. Do szczególnie kontrowersyjnych zagadnień związanych ze stosowaniem prawa wspólnotowego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym należy kwestia ich finansowania z zasobów publicznych w kontekście wspólnotowych przepisów dotyczących kontroli pomocy udzielanej przez państwa członkowskie na rzecz przedsiębiorstw (art. 87 i 88 TWE). Przypomnieć należy, iż art. 87 ust. 1 TWE ustanawia zakaz udzielania przez państwa członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych pomocy, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów. Wsparcie takie (bez względu na formę, w której je przyznano) uznane zostaje przez TWE za niezgodne ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na

⁷ Zob. pkt 3.5. komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, *Biała Księga nt. usług użyteczności publicznej*, Bruksela, 12 maja 2004 r., COM(2004) 374 final.

⁸ Zob. pkt 2.1. *Białej Księgi nt. usług użyteczności publicznej*.

⁹ Zob. szerzej M. Ross, *Article 16 E.C....*, op. cit., s. 34–38, a także artykuły zebrane w pracy zbiorowej: *Public Services and Citizenship in European Law*, ed. by M. Freedland, S. Sciarra, Oxford 1998.

wymianę handlową między państwami członkowskimi. Powyższy zakaz nie jest jednak ani bezwzględny, ani bezwarunkowy. Traktat dopuszcza bowiem określone rodzaje pomocy, które uznaje *ipso iure* za zgodne ze wspólnym rynkiem (art. 87 ust. 2 TWE)¹⁰. Nadto przewiduje sytuacje, w których wsparcie może zostać uznane za dopuszczalne (zgodne ze wspólnym rynkiem – art. 87 ust. 3 TWE). W tym przypadku o dopuszczalności pomocy decyduje Komisja Europejska (wyjątkowo Rada), przy czym jej kompetencje w tych sprawach mają charakter dyskrecyjny (art. 88 TWE). Na państwach członkowskich ciąży obowiązek uprzedniego zgłoszenia Komisji wszelkich planów przyznania lub zmiany pomocy¹¹. Do momentu zakończenia postępowania przed Komisją oraz wydania stosownej decyzji zatwierdzającej wsparcie, państwo członkowskie nie może wprowadzić w życie projektowanych środków pomocowych (art. 88 ust. 3 TWE)¹².

Jak już zostało wcześniej wskazane, swoboda z jakiej korzystają państwa członkowskie w sprawach tworzenia i realizacji własnej polityki w zakresie świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, obejmuje w szczególności wybór odpowiedniego mechanizmu ich finansowania. W praktyce może to obejmować np. bezpośrednie finansowanie z budżetu państwa lub budżetów władz regionalnych (lokalnych), zabezpieczenie interesów finansowych usługodawców poprzez przyznanie na ich rzecz przez państwo praw wyłącznych lub specjalnych, płatności ze strony uczestników rynku, uśrednienie opłat oraz finansowanie oparte na zasadzie solidarności¹³. Oczywiście powyższe mechanizmy mogą w wielu przypadkach być stosowane łącznie (np. częściowe finansowanie z budżetu połączone z częściową odpłatnością za usługi ponoszona przez ich odbiorców). Istotnym jest jednak to, by wybór określonego rozwiązania przez państwo członkowskie nie prowadził do naruszenia zasad konkurencji na wspólnym rynku. Mechanizmy te nie mogą w szczególności prowadzić do przyznania specjalnych korzyści przedsiębiorstwom świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym, które pozwalałyby uzyskać im przewagę konkurencyjną w stosunku do tych ich konkurentów, którzy pozbawieni są tego rodzaju dodatkowego wsparcia. Istotnym narzędziem kontrolnym w tym zakresie są wskazane wcześniej wspólnotowe przepisy dotyczące pomocy państwa dla przedsiębiorstw. Nie ma przy tym zgody, jak w kontekście tych przepisów

¹⁰ Pomijam przy tym rozwiązania szczegółowe (zob. np. art. 36 i 73 TWE).

¹¹ Zob. także rozporządzenie Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE (Dz.Urz. WE 1999 L 83/1 z późn. zm.).

¹² Zagadnienia te w nowszej literaturze polskiej przedstawiają szerzej m.in.: S. Dudzik, *Pomoc państwa...*, op. cit., s. 27 i nast.; P. Pelka, M. Stasiak: *Pomoc publiczna dla przedsiębiorców w Unii Europejskiej*, Warszawa 2002, s. 18 i nast.; A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, Warszawa 2003, s. 518 i nast.; T. Skoczny, *Zakaz antykonkurencyjnej pomocy państwa*, w: *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, Warszawa 2003, s. 269 i nast.; P. Paradowski, *Prawo pomocy publicznej dla przedsiębiorców*, w: *Konkurencja*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2004, s. 324 i nast.

¹³ Zob. pkt 4.2. *Białej Księgi nt. usług użyteczności publicznej*.

traktować wsparcie, które szeroko rozumiane państwo przekazuje przedsiębiorstwu świadczącemu usługi w ogólnym interesie gospodarczym w celu pokrycia dodatkowych kosztów związanych z ich świadczeniem¹⁴. Pomoc ta jest przy tym w wielu przypadkach gwarancją, iż dane usługi będą rzeczywiście powszechnie dostępne, odpowiedniej jakości, świadczone po przystępnych cenach, w sposób ciągły i niezawodny.

4. Zwolennicy pierwszego stanowiska (zwanego podejściem kompensacyjnym¹⁵) wskazują zatem, iż tego rodzaju rekompensata wypłacana przedsiębiorstwu z tytułu dodatkowych kosztów świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym nie stanowi pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE, a zatem nie podlega również uprzedniemu zgłoszeniu do Komisji, a jej wprowadzenie w życie nie wymaga zatwierdzenia ze strony tego organu. Podejście to zaprezentował Trybunał Sprawiedliwości w szczególności w sprawach *ADBHU*¹⁶ oraz *Ferring*¹⁷. Pierwsza z nich dotyczyła kwot wypłacanych przez państwo członkowskie na rzecz przedsiębiorstw zajmujących się zbieraniem i usuwaniem zużytego oleju. Kwoty te stanowiły rekompensatę dla tych przedsiębiorstw z tytułu nałożonych na nie szczególnych obowiązków motywowanych wymogami ochrony środowiska. W swym orzeczeniu Trybunał Sprawiedliwości uznał, że tego rodzaju świadczenie ze strony państwa dla przedsiębiorstw nie stanowi pomocy, ale rodzaj wynagrodzenia za świadczone przez nie usługi. Odwołując się do treści odpowiedniej dyrektywy wspólnotowej z zakresu ochrony środowiska, ETS podkreśla przy tym, że wysokość tego rodzaju świadczenia powinna być ustalona na takim poziomie, by w szczególności nie powodowało ono istotnego naruszenia konkurencji. Rozważania Trybunału w tych sprawach były jednak w tym orzeczeniu dość lakoniczne i nie pozwalały na pełne zrekonstruowanie jego stanowiska w tej materii.

Inną ważną wypowiedzią Trybunału, którą możemy usytuować w ramach podejścia kompensacyjnego jest wspomniane wcześniej orzeczenie w sprawie *Ferring*¹⁸. Sprawa ta dotyczyła podatku, którym obłożona została bezpośrednia sprzedaż produktów farmaceutycznych do aptek we Francji. Podatek ten służyć miał finansowaniu potrzeb narodowego systemu ochrony zdrowia. Obciążał

¹⁴ Zob. szerzej np. R.M. D'Sa: *European Community Law on State Aid*, London 1998, s. 313–318; L. Hancher, T. Ottervanger, P.J. Slot: *E.C. State Aids*, London 1999, s. 148–150; S. Dudzik, *Pomoc państwa...*, op. cit., s. 82–89, 382–396; T. Skoczny, *Zakaz antykonkurencyjnej...*, op. cit., s. 291–292; M.A. Nesterowicz, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym w prawie wspólnotowym*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2003, nr 1, s. 113–138; C. Quigley, *EC State Aid Law and Policy*, Oxford–Portland, Oregon 2004, s. 45–48.

¹⁵ Terminu tego używa np. Rzecznik Generalny Jacobs w swej opinii z 30 kwietnia 2002 r. w sprawie C-126/01, *GEMO*. Zob. także np. C. Rizza, *The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of a Service of General Economic Interest*, w: *The Law of State Aid in the European Union*, ed. by A. Biondi, P. Eeckhout, J. Flynn, Oxford 2004, s. 67 i nast.

¹⁶ Orzeczenie ETS w sprawie 240/83, *Procureur de la République v Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, (1985) ECR 531.

¹⁷ Orzeczenie ETS w sprawie C-53/00, *Ferring SA v. ACOSS*, (2001) ECR I-9067.

on przy tym sprzedaż tych produktów dokonywaną przez firmy farmaceutyczne, zwolniona zaś z niego była sprzedaż dokonywana przez dystrybutorów hurtowych. Zamiarem ustawodawcy francuskiego było przy tym, by zwolnienie podatkowe przyznane hurtownikom rekompensowało im dodatkowe koszty związane z nałożonymi na nich obowiązkami w zakresie służby publicznej (chodziło o konieczność posiadania na stałe odpowiedniego zapasu produktów farmaceutycznych, pozwalającego zaspokoić potrzeby ludności na danym terenie oraz o obowiązek dostarczenia ich do odbiorców w bardzo krótkim czasie). Trybunał uznał, iż o ile podatek nałożony na sprzedaż bezpośrednią dokonywaną przez producentów odpowiada dodatkowym kosztom ponoszonym przez dystrybutorów hurtowych w celu wykonania ich obowiązków w zakresie służby publicznej (tj. uzyskana z tytułu ulgi podatkowej korzyść nie przewyższa tych kosztów), zwolnienie tych dystrybutorów z podatku może być uznane za rekompensatę z tytułu nałożonych na nich przez państwo szczególnych obowiązków. Tym samym zwolnienie to nie stanowi pomocy państwa w rozumieniu art. 87 TWE. Jeśli bowiem zachowana jest równowaga między zwolnieniem a dodatkowymi kosztami ponoszonymi przez hurtowników, tym samym nie korzystają oni z żadnych realnych korzyści w znaczeniu art. 87 ust. 1 TWE. Jedynym skutkiem zastosowanego podatku jest zatem postawienie dystrybutorów hurtowych i firm farmaceutycznych na równi w zakresie konkurencji.

5. Odmienne od podejścia kompensacyjnego pogląd uznaje, iż wsparcie świadczone przez państwo członkowskie na rzecz przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym stanowi pomoc publiczną w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE. Wsparcie to, przy zachowaniu odpowiednich warunków, podlegać może jednak zwolnieniu zawartemu w art. 86 ust. 2 TWE¹⁹. Powyższe oznacza, iż do pomocy tej znajdzie zastosowanie obowiązek jej zgłoszenia Komisji oraz zakaz jej wprowadzenia w życie przed uzyskaniem pozytywnej decyzji ze strony tego organu (art. 88 ust. 3 TWE).

To ostatnie podejście prezentowały sądy wspólnotowe w sprawie *FFSA*²⁰. Dotyczyła ona pomocy uzyskiwanej przez pocztę francuską w formie odpowiednich

¹⁸ Zob. także: A. Bartosch, *Ferring v. ACOSS. Comments*, European State Aid Law Quarterly 2002, Vol. 1, s. 43–44; K. Bacon, *The Concept of State Aid: The Developing Jurisprudence in the European and UK courts*, ECLR 2003, Issue 2, s. 56–57; W. Hakenberg, F. Erlbacher, *State Aid Law in the European Courts in 2001 and 2002*, ECLR 2003, Issue 9, s. 435–436; N. Lindner, *The Impact of the Decision of the European Court of Justice in Ferring on European State Aid Law*, European Public Law 2003, Vol. 9, s. 359 i nast.; Ph. Nicolaidis, *Compensation for Public Service Obligations: The Floodgates of State Aid?*, ECLR 2003, Issue 11 s. 561 i nast.

¹⁹ Stanowisko to w polskiej literaturze prezentował wcześniej m.in. autor niniejszego artykułu (zob. S. Dudzik, *Pomoc państwa...*, op. cit., s. 82–89 i 382–396), a także M.A. Nesterowicz, *Pomoc państwowa...*, op.cit., s. 136–138.

²⁰ Orzeczenie SPI w sprawie T-106/95, *FFSA and others v. Commission*, (1997) ECR II-229. Wyrok ten został utrzymany w mocy orzeczeniem ETS w sprawie C-174/97P, *FFSA and others v. Commission*, (1998) ECR I-1303.

zwolnień podatkowych. Miały one pokryć dodatkowe koszty usług pocztowych, szczególnie w regionach wiejskich. Przepisy te zostały zakwestionowane przez konkurenta poczty, który zarzucał, iż przyznana jej pomoc narusza zakaz wynikający z art. 87 ust. 1 TWE. Zaznaczyć należy, iż powyższe przywileje fiskalne zostały wcześniej uznane przez Komisję za konieczne dla poczty, aby mogła ona realizować różnorodne obowiązki o charakterze publicznoprawnym, przy czym Komisja uznała równocześnie, że nie stanowią one pomocy, albowiem nie pokrywają w pełni dodatkowych kosztów związanych z tymi obowiązkami. Ze stanowiskiem tym częściowo nie zgodził się SPI. Przyjął bowiem, że zwolnienia podatkowe udzielone temu przedsiębiorstwu stanowią pomoc państwa i tym samym podlegają – co do zasady – ocenie z punktu widzenia art. 87 ust. 1 TWE, z tym jednakże, iż mogą skorzystać ze zwolnienia przewidzianego w art. 86 ust. 2 TWE. Warunkiem jego uzyskania jest, by wartość uzyskanych w ten sposób korzyści finansowych była równa lub mniejsza niż koszty związane ze świadczeniem przez La Poste określonych usług publicznych. SPI wyjaśnił przy tym, że *orzecznictwo dotyczące stosowania artykułów 85 i 86 [obecnie: art. 81 i 82 TWE] może być stosowane odpowiednio do kwestii pomocy państwa, tak, iż udzielenie pomocy państwa może, zgodnie z artykułem. 90 ust. 2 [obecnie: art. 86 ust. 2 Traktatu] nie podlegać zakazowi zawartemu w artykule 92 [obecnie: art. 87] Traktatu, z zastrzeżeniem, iż wyłącznym celem takiej pomocy jest zrekompensowanie dodatkowych kosztów, które wystąpiły przy wykonywaniu szczególnych zadań zleconych przedsiębiorstwu, któremu powierzono świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym oraz że udzielenie pomocy jest konieczne, aby to przedsiębiorstwo było w stanie wykonać swoje zobowiązania misji publicznej w warunkach gospodarczej równowagi. Z orzeczenia tego wynika równocześnie, że pomoc państwa udzielona przedsiębiorstwu w celu zrekompensowania mu dodatkowych kosztów związanych ze świadczonymi usługami publicznymi nie będzie podlegać zwolnieniu wynikającemu z art. 86 ust. 2 TWE w zakresie, w jakim przewyższa ona tego rodzaju koszty. Pomimo różnicy w sposobie wykładni odnośnych przepisów Traktatu, SPI utrzymał ostatecznie w mocy zaskarżoną decyzję Komisji, uznając, iż wadliwe uzasadnienie nie doprowadziło jednak do oczywiście odmiennego niż wymagane rozstrzygnięcia w sprawie. Zaznaczyć należy, iż choć wyrok SPI w sprawie FFSA został zaskarżony do Trybunału Sprawiedliwości, to odwołanie w tej sprawie zostało uznane przez Trybunał za w sposób oczywisty nieuzasadnione.*

6. Pewną modyfikacją podejścia kompensacyjnego jest pogląd Rzecznika Generalnego Jacobsa wyrażony w jego opinii w sprawie *GEMO*. Uznał on, iż o charakterze danego wsparcia na rzecz przedsiębiorstwa świadczącego usługi w ogólnym interesie gospodarczym – w kontekście wspólnotowych przepisów dotyczących pomocy państwa – decydować powinno powiązanie istniejące między tym wsparciem a obowiązkami nałożonymi na to przedsiębiorstwo w imię interesu publicznego, a także to, jak precyzyjnie obowiązki te zostały określone.

Tym samym – w przypadku, gdy określone środki finansowe są przyznane przedsiębiorstwu przez państwo w oczywistym i bezpośrednim związku z nałożonymi na nie ściśle określonymi obowiązkami w sferze interesu ogólnego (np. zawarcie umowy o świadczenie usług publicznych następuje w ramach procedury zamówień publicznych), wówczas środki te nie będą stanowić pomocy państwa, a jedynie rekompensatę dodatkowych kosztów ponoszonych przez to przedsiębiorstwo. W przypadku, gdy np. związek ten nie jest wystarczająco oczywisty lub bezpośredni albo gdy obowiązki przedsiębiorstwa nie są uprzednio dostatecznie precyzyjnie zdefiniowane, wówczas zastosowanie winny znaleźć wspólnotowe przepisy dotyczące pomocy państwa.

7. Powyższe rozbieżności w orzecznictwie sądów wspólnotowych pogłębiały jeszcze dodatkowo spory wokół klasyfikacji wsparcia dla przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym w świetle przepisów wspólnotowego prawa pomocy państwa. Rada Europejska w ciągu ostatnich lat kilkakrotnie domagała się przy tym od Komisji doprecyzowania zasad postępowania w tego rodzaju sprawach²¹. W odpowiedzi Komisja wskazywała, że obecnie w Trybunale Sprawiedliwości oczekują na rozstrzygnięcie sprawy, w których orzeczenia stanowić będą istotną pomoc dla wykładni ww. przepisów, a zatem zasadnym jest, by jej stanowisko zostało przedstawione po wydaniu tych orzeczeń przez Trybunał²².

Sprawą, która miała doprowadzić do rozstrzygnięcia wielu wątpliwości narosłych wokół stosowania art. 86 ust. 2 i art. 87 ust. 1 TWE była przede wszystkim sprawa *Altmark*²³. Trafiała ona do ETS w związku ze sporem między przedsiębiorstwem świadczącym autobusowe usługi transportowe (*Altmark Trans*) w jednym z niemieckich powiatów a jego konkurentem, któremu odmówiono licencji na świadczenie analogicznych usług. Jedną z kluczowych kwestii w tej sprawie było to, czy dotacje wypłacane dotychczas zgodnie z prawem krajowym przez niemieckie władze lokalne na rzecz przedsiębiorstwa *Altmark* w celu pokrycia straty tego przedsiębiorstwa z tytułu świadczonych przez nie usług transportowych były zgodne z prawem wspólnotowym, a w szczególności czy stanowiły pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE. Sąd krajowy, który zwrócił się do ETS z pytaniem prejudycjalnym w tej sprawie miał ponadto wątpliwości, czy biorąc pod uwagę lokalny lub regionalny charakter usług transportowych w tej sprawie oraz znaczenie tej działalności, udzielone dotacje mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE.

Rozstrzygając tę sprawę Trybunał wskazał, że art. 87 ust. 1 TWE ustanawia cztery przesłanki warunkujące jego zastosowanie. Po pierwsze, konieczna jest

²¹ Zob. np. wnioski prezydencji ze spotkań Rady Europejskiej w Lizbonie (23–24 marca 2000 r.), Laeken (14–15 grudnia 2001 r.), Barcelonie (15–16 marca 2002 r.) i Sewilii (21–22 czerwca 2002 r.).

²² Zob. np. pkt 10 raportu Komisji *on the status of work on the guidelines for state aid and services of general economic interest*, Brussels, 5 June 2002, (COM) 2002 280 final.

²³ Orzeczenie ETS z 24 lipca 2003 r. w sprawie C-280/00, *Altmark Trans GmbH*.

interwencja ze strony państwa lub poprzez zasoby państwowe. Po drugie, interwencja ta może naruszać handel między państwami członkowskimi. Po trzecie, skutkować ona winna przyznaniem korzyści na rzecz beneficjenta. Po czwarte, naruszać ma ona konkurencję lub takim naruszeniem grozić.

W swym orzeczeniu ETS, z uwagi na charakter sprawy oraz treść zadanych mu przez sąd krajowy pytań, skupił się przede wszystkim na bliższym wyjaśnieniu przesłanki drugiej i trzeciej (wpływ na wymianę handlową oraz korzyść dla beneficjenta). Wydaje się, iż przy pozytywnej odpowiedzi co do zaistnienia w tej sprawie tych właśnie „spornych” przesłanek, kwestia zaistnienia dwóch pozostałych nie budziłaby większych wątpliwości. Za równie oczywiste uznać należy bowiem to, że dotacje udzielone przez władze publiczne na rzecz przedsiębiorstwa stanowią przykład interwencji państwa, o której mowa w art. 87 ust. 1 TWE, jak i to, że skutkiem takich dotacji (przy założeniu ich pomocowego charakteru) jest wzmocnienie pozycji konkurencyjnej beneficjenta, a zatem naruszenie konkurencji na rynku.

Rozważając drugą przesłankę zastosowania art. 87 ust. 1 TWE (wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi), Trybunał zauważa, iż sam fakt udzielenia dotacji na rzecz przedsiębiorstwa świadczącego jedynie usługi transportu lokalnego lub regionalnego oraz nieświadczącego żadnych usług transportowych poza krajem pochodzenia, nie wyłącza jeszcze możliwości wpływu takiej pomocy na handel między państwami członkowskimi. Nawet w takim przypadku wpływ ten może zaistnieć, a wsparcie takie może ograniczać szanse przedsiębiorstw z innych państw członkowskich w zakresie świadczenia usług transportowych w państwie beneficjenta pomocy. Odwołując się do swego wcześniejszego orzecznictwa, Trybunał przypomniał również, iż nie istnieje żaden poziom lub procent, poniżej którego pomoc może być uznawana za taką, która nie wpływa na handel między państwami członkowskimi. Nawet relatywnie niska kwota wsparcia lub względnie małe rozmiary przedsiębiorstwa, które z pomocy korzysta, nie wyłączają możliwości wywarcia wpływu przez nią na handel między państwami członkowskimi. Tym samym na zaistnienie w danej sprawie drugiej przesłanki warunkującej zastosowanie art. 87 ust. 1 TWE nie może mieć wpływu ani lokalny lub regionalny charakter świadczonych usług transportowych, ani skala działania przedsiębiorstwa.

Trybunał podkreślił przy tym, że istnieje pewna liczba przedsiębiorstw, które świadczą usługi transportu lokalnego lub regionalnego w innym państwie członkowskim, co dodatkowo potwierdza możliwość wywarcia przez dotacje na rzecz Altmark wpływu na handel między państwami członkowskimi. Zauważył również, iż do pomocy udzielanej w sektorze transportowym rozporządzenie Komisji 69/2001 w sprawie pomocy *de minimis* nie znajduje zastosowania²⁴.

²⁴ Zob. rozporządzenie Komisji (WE) nr 69/2001 z dnia 12 stycznia 2001 r. w sprawie zastosowania art. 87 i 88 Traktatu WE w odniesieniu do pomocy w ramach zasady *de minimis* (Dz.Urz.WE 2001, L 10/30).

W następnej kolejności Trybunał rozważył, czy dotacje przyznane Altmark stanowią dla tego przedsiębiorstwa korzyść, a więc czy spełniają trzecią z przesłanek zastosowania art. 87 ust. 1 TWE. W przepisie tym chodzi przy tym o takie środki, które zdolne są bezpośrednio lub pośrednio faworyzować określone przedsiębiorstwa w stosunku do ich konkurentów. Odwołując się do swoich wcześniejszych orzeczeń w sprawach *ADBHU* i *Ferring*, ETS uznał, że dane świadczenie ze strony państwa stanowi rekompensatę z tytułu nałożonego na przedsiębiorstwo obowiązku świadczenia usług publicznych i nie stanowi pomocy publicznej w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE, w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo-beneficjent nie uzyskuje z tego tytułu rzeczywistej korzyści finansowej oraz nie znajduje się w lepszej sytuacji niż jego konkurenci. Równocześnie Trybunał wskazał cztery przesłanki, które muszą zostać spełnione łącznie, by powyższe „zwolnienie” mogło znaleźć zastosowanie.

Po pierwsze, na beneficjenta muszą być nałożone przez władze państwa członkowskiego obowiązki w zakresie świadczenia usług publicznych, przy czym obowiązki te powinny zostać precyzyjnie zdefiniowane.

Po drugie, parametry, w oparciu o które skalkulowana została rekompensata muszą być wcześniej, z góry ustalone w sposób obiektywny i transparentny – tak, by uniknąć udzielenia korzyści gospodarczych, które mogą faworyzować beneficjenta w stosunku do jego konkurentów. Jeżeli zatem okazuje się, iż przedsiębiorstwo poniosło straty w wyniku świadczenia usług w ogólnym interesie publicznym, a straty te są następnie rekompensowane przez państwo, przy braku jednak ustalonych wcześniej zasad takiej rekompensaty, tego rodzaju świadczenie należy zakwalifikować jako pomoc w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE.

Po trzecie, rekompensata nie może przekraczać tego, co jest konieczne dla pokrycia całości lub części kosztów poniesionych przez przedsiębiorstwo w wykonaniu obowiązków świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu odpowiednich wpływów i uzasadnionego zysku z tytułu realizacji tego obowiązku. Chodzi tutaj o to, by beneficjent nie uzyskiwał jakiegokolwiek korzyści, która narusza lub grozi naruszeniem konkurencji poprzez wzmocnienie pozycji tego przedsiębiorstwa wobec innych przedsiębiorstw na rynku.

Po czwarte, w przypadku, gdy podmiot świadczący usługi publiczne nie został wybrany w trybie procedury zamówień publicznych pozwalającej na selekcję oferenta zdolnego do realizacji tych usług przy najniższym koszcie dla społeczeństwa, konieczny poziom rekompensaty musi być określony na podstawie analizy kosztów, które typowe przedsiębiorstwo, właściwie prowadzone i adekwatnie wyposażone w środki transportu, poniosłoby realizując te obowiązki. Należy przy tym wziąć pod uwagę odpowiednie wpływy i uzasadniony zysk z tytułu świadczenia usług.

Jeżeli którykolwiek z powyższych warunków nie jest spełniony, dane świadczenie państwa na rzecz przedsiębiorstwa świadczącego usługi publiczne będzie stanowić wsparcie w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE.

8. Orzeczenie w sprawie *Altmark* stanowi jedno z najważniejszych orzeczeń Trybunału zapadłych w ostatnich latach w sprawach pomocy publicznej dla

przedsiębiorstw. Zawiera ono przede wszystkim istotne rozstrzygnięcie co do klasyfikacji rekompensat wypłacanych przez państwa członkowskie na rzecz przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Choć Trybunał jako punkt wyjścia swych rozważań w tym zakresie czyni niewątpliwie podejście kompensacyjne, to równocześnie jego zastosowanie poważnie ogranicza wskazując rygorystyczne przesłanki warunkujące skorzystanie z wyłączenia²⁵. Przede wszystkim w pewien sposób „wymusza” na państwach członkowskich, by jasno określały z góry zakres misji publicznej przekazanej do realizacji danemu przedsiębiorstwu. Choć państwa członkowskie korzystają ze stosunkowo szerokiej swobody co do zaliczenia danej usługi do kategorii usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, to nie zawsze idzie to w parze z precyzyjnym określeniem, co na tego rodzaju usługę się składa. Można mieć zresztą podejrzenie, iż odwołanie się do kategorii usług w ogólnym interesie gospodarczym służy w niektórych przypadkach raczej jako argument na potrzeby prowadzonego sporu co do stosowania art. 87 ust. 1 TWE, niż jest wynikiem wcześniejszej świadomej decyzji właściwego organu państwowego. Warunek ten pozwala zatem określić, jakiego rodzaju działania przedsiębiorstwa należą do tej specyficznej kategorii, a w konsekwencji umożliwia również dostosowanie poziomu rekompensaty do rodzaju i zakresu powierzonych wcześniej misji publicznej. Utrudnia również poszukiwanie ochrony w art. 86 ust. 2 TWE w sytuacji, gdy państwo członkowskie z góry nie zadbało o dostateczne sprecyzowanie swych wymagań wobec przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, iż wymóg ten może pełnić również istotne funkcje gwarancyjne dla jednostek. Precyzyjne zdefiniowanie obowiązków przedsiębiorstwa sprzyja bowiem określeniu odpowiadającym im praw konsumentów i użytkowników usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Znając obowiązki, które władza publiczna nakłada na przedsiębiorstwo, jednostki mogą z kolei skuteczniej dochodzić swych praw związanych z realizacją tych obowiązków.

Również wymóg uprzedniego określenia obiektywnej i przejrzystej metodologii, której zastosowanie pozwalać będzie na wyliczenie poziomu wymaganej rekompensaty, znacznie ogranicza swobodę państw członkowskich w tego rodzaju sprawach. Nie będą one mogły zatem dostosowywać na bieżąco używanych parametrów w celu znalezienia sposobu na pokrycie zaistniałej po stronie przedsiębiorstwa straty. Trybunał także w tym wypadku wymaga, by stosowne założenia zostały poczynione z góry. Wydaje się, iż tego rodzaju wymóg może być korzystny również dla samego przedsiębiorstwa. Pozwala bowiem określić mu, z jakiej wysokości rekompensaty będzie mogło skorzystać. W wielu przypadkach może działać to na przedsiębiorstwa dyscyplinująco, nie pozwalając na nadmierny wzrost kosztów i pogłębianie strat z tytułu świadczonych usług.

Szczególnie istotne wydaje się ograniczenie przez ETS kwot, które mogą zostać przekazane przedsiębiorstwu tytułem ww. rekompensaty. Z orzeczenia wynika

²⁵ Por. F. Louis, A. Vallery, *Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations*, *World Competition* 2004, vol. 27, s. 67 i nast.

w sposób niebudzący wątpliwości, że ETS nie będzie akceptował rekompensat, które pozwalają pokryć straty wynikające ze złego zarządzania, niegospodarności itp. Trybunał wymusza w ten sposób na przedsiębiorstwach świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym lepszą efektywność w działaniu oraz większą dbałość o poziom ponoszonych kosztów. Podmioty te muszą sobie zdać sprawę, iż będą porównywane do pewnego wzorca prawidłowo działającego przedsiębiorstwa w danej branży, nie mogą zatem trwać w utartych często od lat schematach, licząc, iż przyznana im rekompensata i tak pokryje poniesione straty. Przeciwnie, winny poszukiwać dla swej działalności nowych, lepszych rozwiązań, które „usprawiedliwiać” będą niejako przyznane im dodatkowo środki publiczne. Ogromne znaczenie ma również akcentowana przez Trybunał potrzeba wyłaniania przez władze publiczne państw członkowskich przedsiębiorstw, którym powierzone zostaje świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym, w szeroko rozumianym trybie przetargowym (nie chodzi tu tylko o procedury przetargowe, do których znajdują zastosowanie przepisy prawa krajowego przyjęte w wyniku implementacji dyrektyw wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych). Z uwagi na specyfikę działania wielu tego rodzaju przedsiębiorstw (monopol naturalny) konkurencja na danym rynku jest często praktycznie niemożliwa lub bardzo utrudniona. Możliwa jest jednak rywalizacja o rynek, współzawodnictwo, kto w danym okresie będzie świadczył określoną usługę. Zastosowanie otwartej, transparentnej i zapewniającej równe traktowanie wszystkim zainteresowanym procedury przetargowej, stanowić może ważny impuls do tworzenia nowoczesnego sektora użyteczności publicznej w państwach członkowskich.

Orzeczenie w sprawie *Altmark* nie kończy z pewnością dyskusji wokół pomocy na rzecz przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Wiele kwestii pozostawia nadal otwartych. Należy do nich np. zagadnienie kosztów, które mogą zostać wzięte pod uwagę przy obliczeniu rekompensaty, a także rozumienie kategorii „uzasadnionego zysku” przedsiębiorstwa. Trudności może sprawiać również wskazanie wzorca, do którego przyrównywana będzie działalność danego podmiotu w sytuacji, gdy np. brak jest na rynku przedsiębiorstw prywatnych działających w danej branży. Należy mieć nadzieję, iż kwestie te będą stopniowo wyjaśniane w orzecznictwie Komisji Europejskiej i sądów wspólnotowych.

9. Najnowsze orzecznictwo sądów wspólnotowych wskazuje, iż sprawa *Altmark* stanowi istotny punkt odniesienia w rozważaniach na temat dopuszczalności wsparcia udzielanego przez państwa członkowskie na rzecz przedsiębiorstw, a w szczególności przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Zarówno SPI, jak i ETS kilkakrotnie już odwoływały się do tego orzeczenia w kolejnych rozpatrywanych przez nie sprawach z zakresu wspólnotowego prawa pomocy państwa²⁶. Przykładowo, kryteria ustalone w sprawie *Altmark* posłużyły Trybunałowi do uznania, iż przekazanie – na mocy odpowiednich przepisów prawa włoskiego – znacznej części opłat portowych na rzecz

przedsiębiorstwa publicznego prowadzącego działalność gospodarczą związaną z m.in. załadunkiem, rozładunkiem i magazynowaniem towarów, stanowi pomoc państwa, o której mowa w art. 87 ust. 1 TWE w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi²⁷. Trybunał wskazał, iż przekazanie ww. opłat nie zostało bowiem powiązane z jasno zdefiniowanymi obowiązkami przedsiębiorstwa-beneficjenta w zakresie usług publicznych, wsparcie to nie zostało skalkulowane na podstawie z góry określonych parametrów, a nadto kalkulacja ta nie spełniała kryteriów obiektywności i transparentności. Tym samym ustawodawca włoski nie zapewnił, iż beneficjent nie uzyska dzięki temu wsparciu korzyści gospodarczej, która uprzywilejowywałaby go w stosunku do konkurentów.

Odnosić również należy, iż istotny wysiłek legislacyjny podjęła ostatnio w tych sprawach Komisja Europejska. Po przeprowadzeniu stosownych uzgodnień i konsultacji przyjęła ona w dniu 15 lipca 2005r. decyzję w sprawie stosowania art. 86 TWE do pomocy państwa w formie rekompensat z tytułu wykonywania usług publicznych przyznawanych niektórym przedsiębiorstwom, którym powierzono świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym, a także ramy wspólnotowe regulujące kwestię pomocy państwa w formie rekompensat z tytułu wykonywania usług publicznych oraz dyrektywę zmieniającą dyrektywę 80/723/EEC o przejrzystości stosunków finansowych²⁸. Ramy artykułu nie pozwalają jednak na szersze przedstawienie tych aktów.

²⁶ Zob. np. wyrok ETS z 20 listopada 2003 r. w sprawie C-126/01, *GEMO*; wyrok ETS z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-372/97, *Republika Włoska v. Komisja*; wyrok ETS z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-298/00 P, *Republika Włoska v. Komisja*; wyrok ETS z 15 lipca 2004 r. w sprawie C-345/02, *Pearle BV i in.*; wyrok ETS z 3 marca 2005 r. w sprawie C-172/03, *Wolfgang Heiser v. Finanzamt Innsbruck*; wyrok SPI z 16 marca 2004 r. w sprawie T-157/01, *Danske Busvognmænd v. Komisja*; wyrok SPI z 16 września 2004 r., w sprawie T-274/01, *Valmont Nederland BV v. Komisja*; wyrok SPI z 18 stycznia 2005 r. w sprawie T-93/02, *Confédération nationale du Crédit Mutuel v. Komisja*.

²⁷ Zob. orzeczenie ETS z 27 listopada 2003 r. w połączonych sprawach: C-34/01 – C-38/01, *Enirisorse SpA*.

²⁸ Informacje na ten temat można znaleźć na stronie internetowej: europa.eu.int/competition/state_aid/others/action_plan/.

Jarosław Pietras

EWOLUCJA PRAWA KONKURENCJI W ZAKRESIE UDZIELANIA POMOCY PUBLICZNEJ W ŚWIETLE PROCESU INTEGRACJI POLSKI Z UNIĄ EUROPEJSKĄ

Wstęp

Polityka konkurencji jest jednym z najistotniejszych elementów polityki gospodarczej w krajach o gospodarce rynkowej. Sprawnie działający mechanizm konkurencji gwarantuje bowiem optymalną alokację zasobów w gospodarce, wymusza ekonomiczną efektywność w działaniu podmiotów gospodarczych oraz jest nieodzownym warunkiem ochrony konsumentów.

Zadaniem Wspólnoty Europejskiej, której członkiem stała się Polska z dniem 1 maja 2004 r., jest m.in. przyczynianie się do harmonijnego, zrównoważonego i trwałego rozwoju gospodarki poprzez wdrożenie systemu zapewniającego, że konkurencja na rynku wewnętrznym nie ulegnie zakłóceniu oraz prowadzenie i wspieranie polityki gospodarczej zgodnie z zasadą wolnej konkurencji. Prawo wspólnotowe dotyczące ochrony konkurencji zawiera zarówno przepisy dotyczące zachowań przedsiębiorców, jak i państwa. Reguły konkurencji skierowane do przedsiębiorstw dotyczą trzech płaszczyzn: zakazu porozumień między przedsiębiorstwami ograniczających konkurencję, zakazu nadużywania pozycji dominującej przez przedsiębiorstwa na rynku oraz prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Natomiast reguły konkurencji skierowane do władz państwowych obejmują swoim zakresem przede wszystkim zakaz antykonkurencyjnej pomocy publicznej.

Analizując proces integracji Polski z Unią Europejską należy podkreślić, iż dostosowywanie prawa polskiego do wymagań WE w zakresie polityki antymonopolowej przebiegało sprawnie. Wynikało to po pierwsze z faktu, iż prace w tym zakresie rozpoczęto dość wcześnie, bo już pod koniec lat osiemdziesiątych, przyjęciem ustawy z dnia 28 stycznia 1987 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej. Dalszym krokiem w kierunku rozwoju prawa antymonopolowego była wielokrotnie nowelizowana, z punktu widzenia dostosowań do prawa UE, ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, rozszerzająca zakres stosowania prawa antymonopolowego. Na jej mocy został powołany do życia Urząd Antymonopolowy oraz Sąd Antymonopolowy, rozpatrujący odwołania od decyzji Urzędu. Zwieńczeniem prac nad dostosowaniami prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej w tej sferze było przyjęcie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów wraz z późniejszymi aktami wykonawczymi.

Znacznie trudniej przebiegał proces dostosowań prawnych dotyczących udzielania pomocy publicznej. Wynikało to zarówno z braku dostatecznej wiedzy na ten temat na początku procesu transformacji, jak też z przyzwyczajenia władz publicznych do swobodnego korzystania z instrumentów wspierania przedsiębiorców. Należy również zwrócić uwagę, iż uzasadnieniem dla stosowania pomocy publicznej była także potrzeba realizacji ważnych celów ekonomicznych i społecznych niemożliwych do osiągnięcia bez aktywności państwa. Charakterystyczną dla tego okresu była bowiem kumulacja złożonych i trudnych problemów wynikających z restrukturyzacji gospodarki i jej adaptacji do wymogów rynku i międzynarodowej konkurencji, co niejednokrotnie prowadziło do konieczności likwidacji nierentownych przedsiębiorstw, zmniejszania bezrobocia itp. W tej sytuacji pomoc państwa, jako wyjątek od generalnie prorynkowej polityki gospodarczej, była koniecznością ekonomiczną. Służyła ona zatem zarówno wspieraniu procesów restrukturyzacji, jak i łagodzeniu ich skutków społecznych.

Układ Europejski a pomoc publiczna

W Układzie Europejskim ustanawiającym stowarzyszenie pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, podpisanym w dniu 16 grudnia 1991 r., Polska przyjęła na siebie zobowiązanie dostosowania się do europejskich standardów w zakresie ochrony konkurencji. Polska podpisując Układ uznała, że *istotnym warunkiem wstępnym integracji gospodarczej Polski ze Wspólnotami jest zbliżenie obecnego i przyszłego ustawodawstwa Polski do ustawodawstwa istniejącego we Wspólnocie* i równocześnie zobowiązała się, że *podjęmie wszelkie starania w celu zapewnienia zgodności jej przyszłego ustawodawstwa z ustawodawstwem Wspólnoty*.

Równocześnie w art. 63 Układu Europejskiego uznano za niezgodną z właściwą realizacją Układu wszelką pomoc publiczną, która zniekształca lub grozi

zniekształceniem konkurencji poprzez faworyzowanie niektórych przedsiębiorstw lub produkcji niektórych towarów, gdy może to mieć negatywny wpływ na wymianę między Polską a Wspólnotą. Warto jednak zauważyć, iż zapisy Układu stanowiły, że wszelka pomoc publiczna udzielana w Polsce miała być oceniana na podstawie kryteriów wynikających z zastosowania przepisów art. 87 TWE. Oznaczało to, biorąc pod uwagę szeroką interpretację, jaką stosowała Komisja Europejska, że wspólnotowe prawo dotyczące konkurencji w zasadzie zaczęło obowiązywać z dniem wejścia handlowej części Układu Europejskiego.

W związku z tym Układ Europejski (art. 63.3) zobowiązał Polskę do opracowania, w uzgodnieniu z Komisją Europejską, w przeciągu trzech lat (tj. do 31 grudnia 1994 r.) *Zasad stosowania odpowiednich przepisów Traktatu WE dotyczących m.in. udzielania pomocy publicznej*. Tym samym harmonizacja polskiego prawa dotyczącego warunków udzielania pomocy publicznej z regułami konkurencji, obowiązującymi w ramach WE, stała się wymogiem prawnym. Warto jednak zauważyć, iż pierwszy projekt *Zasad...* został przekazany Polsce dopiero w marcu 1995 r. Mimo wielokrotnego akceptowania kolejnych wersji przez Komitet Integracji Europejskiej (po raz pierwszy w listopadzie 1996 r.) oraz uzgodnień na szczeblu eksperckim i wielokrotnym wyrażaniu przez Polskę na forum Komitetu Stowarzyszenia oraz Rady Stowarzyszenia woli przyjęcia tego dokumentu, został on zaakceptowany dopiero 23 lipca 2001 r. Należy podkreślić, że spowodowane przez stronę wspólnotową znaczne (ponad 6-letnie) opóźnienie w przyjęciu *Zasad...*, w stosunku do przewidzianego Układem Europejskim terminu, pociągało za sobą istotne skutki dla udzielania w Polsce pomocy państwa (m.in. opóźnienie procesu dostosowawczego, brak stabilności rozwiązań dotyczących pomocy państwa, które winny być zharmonizowane z *Zasadami...*).

Organ monitorujący udzielanie pomocy publicznej w Polsce

Do chwili uzyskania członkostwa w Unii Europejskiej Polska nie miała obowiązku notyfikowania pomocy publicznej dla przedsiębiorców. Jednakże brak obowiązku notyfikacji nie zwalniał Polski z podjęcia prac w celu zapewnienia przejrzystości pomocy publicznej. Stanowił o tym art. 63.4.b Układu Europejskiego, z którego wynikał obowiązek corocznego informowania się stron o ogólnej sumie i podziale udzielanej pomocy oraz dostarczenie – na żądanie – informacji o programach pomocy.

Warto zauważyć, iż zapewnienie przejrzystości udzielania pomocy publicznej w Polsce miało olbrzymie znaczenie dla procesu transformacji gospodarczej. Oznaczało to bowiem racjonalizację gospodarowania publicznymi pieniędzmi i restrukturyzację polskiej gospodarki, przy wykorzystaniu efektywnych instrumentów. Podporządkowanie pomocy publicznej rygorom programów restrukturyzacyjnych – z określonymi celami, nakładami i terminami – dyscyplinowało niewątpliwie organa państwowe, odpowiedzialne za te programy oraz beneficjentów pomocy.

W ramach Strategii Przedakcesyjnej przedstawionej w Essen w 1994 r. Komisja Europejska zaprezentowała na szczycie Rady Europejskiej w Cannes w 1995 r. *Białą Księgę* na temat dostosowań państw Europy Środkowej i Wschodniej do wymogów rynku wewnętrznego UE. Jeden z działów tego dokumentu został poświęcony przepisom dotyczącym pomocy publicznej. Zapisano w nim m.in., iż wprowadzenie polityki konkurencji i jej skuteczne przestrzeganie należy traktować jako warunek wstępny otwarcia rynku wewnętrznego i, w konsekwencji, członkostwa Polski w Unii Europejskiej.

Z punktu widzenia realizacji tego zadania wskazano, że każdy kraj powinien przygotować się do skutecznego przestrzegania tej polityki poprzez pracę nad zbliżeniem prawa, przestrzeganiem i egzekwowaniem w przyspieszonym tempie zobowiązań zawartych w Układach Europejskich, a także, co było *novum* dla Polski, powołaniem odpowiedniej instytucji. Komisja Europejska uznała bowiem, że biorąc pod uwagę obowiązki wynikające z Układów Europejskich, niezbędne jest aby państwa stowarzyszone, w tym Polska, wprowadziły system podobny do systemu obowiązującego we Wspólnocie, w którym władze krajowe wyposażone są w uprawnienia do monitorowania udzielanej pomocy. Z punktu widzenia Komisji niezwykle ważnym dla zagwarantowania ustanowienia systemu pomocy państwowej było stworzenie w każdym państwie kandydującym do członkostwa instytucji zajmującej się monitorowaniem oraz wdrażaniem procedur zapewniających otrzymywanie przez władze wszystkich potrzebnych informacji od donorów i beneficjentów pomocy publicznej. Zdaniem Komisji, co można obecnie potwierdzić, miało to również pomóc w stworzeniu systemu instytucji, który ułatwić powinien spełnienie obowiązków wynikających z późniejszego członkostwa.

Na mocy ustaleń Rady Ministrów (decyzja z lutego 1995 r.), w kolejnych latach trwały prace mające na celu opracowanie systemu monitorowania pomocy państwa w Polsce oraz przygotowanie ustawy o pomocy publicznej. Silniejszy impuls tym działaniom dała Narodowa Strategia Integracji, przyjęta przez Komitet Integracji Europejskiej w 1997 r., w której zapisano potrzebę wdrożenia systemu stałego monitorowania form i wielkości pomocy państwa w Polsce przez Ministerstwo Gospodarki, które w tym celu 1 stycznia 1997 r. powołało specjalny departament. W swojej opinii na temat wniosku Polski o członkostwo w UE z czerwca 1997 r. Komisja Europejska podkreśliła, że zakres działań dostosowawczych jest dość ograniczony, a system nadzoru pomocy nie funkcjonuje. W odpowiedzi na te zarzuty oraz rekomendacje zawarte w Partnerstwie na rzecz członkostwa z 1998 r. zadanie dostosowania zasad i systemu udzielania pomocy publicznej do wymogów UE zostało wprowadzone jako jeden z priorytetów Narodowego Programu Przygotowania Polski do Członkostwa w UE z 1998 r.

Efektom działań w tym okresie było wejście w życie 1 stycznia 2001 r. ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców. Ustawa ta zawierała ogólny zakaz udzielania

pomocy, która może istotnie ograniczyć lub zniekształcić konkurencję, a także uniemożliwić lub istotnie utrudnić powstanie konkurencji. Jednocześnie dopuszczała wyjątki zgodne z regulacjami pierwotnego i wtórnego prawa wspólnotowego: regulowała zasady dopuszczalności pomocy regionalnej, horyzontalnej i sektorowej. Ponadto uregulowano konieczność zwrotu pomocy udzielonej niezgodnie z przepisami lub wykorzystanej niezgodnie z przeznaczeniem. Z punktu widzenia instytucjonalnego ostatecznie uznano, że organem monitorującym udzielanie pomocy publicznej w Polsce będzie Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Wynikało to z konieczności zapewnienia niezależności organu nadzorującego pomoc od organu udzielającego takowego wsparcia dla przedsiębiorców. W ten sposób rozszerzono kompetencje Prezesa UOKiK o monitorowanie pomocy udzielanej *ex ante* (notyfikacja zamierzonej pomocy) i *ex post* (identyfikacja skali, przeznaczenia oraz skuteczności i efektywności udzielanej pomocy).

Warto w tym miejscu podkreślić pozytywną opinię Komisji Europejskiej na temat instytucjonalnego przygotowania Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie nadzorowania pomocy publicznej. Mimo kilku mankamentów legislacji polskiej Komisja Europejska w swoim Raplocie Okresowym z 2001 r. uznała, że w zakresie zdolności administracyjnej UOKiK jest organem niezależnym i dysponuje wystarczającymi zasobami i zapleczem merytorycznym, aby móc skutecznie wypełniać swoje obowiązki. Komisja uznała, że nowemu Departamentowi Monitorowania Pomocy Publicznej, powołanemu po uchwaleniu ustawy o pomocy państwa, przyznano dodatkowe środki i jego funkcjonowanie wydaje się zadowalające. Komisja podkreśliła jednak, że weryfikacja jego rzeczywistych możliwości nastąpi w miarę wdrażania przepisów. W tym kontekście, zdaniem Komisji, powinna nadal być wzmacniana zdolność administracyjna tego organu, w szczególności w zakresie szkoleń.

W związku z koniecznością doprecyzowania niektórych zapisów i wyeliminowania mankamentów istniejącej legislacji, przyjęto w Polsce nową ustawę z dnia 27 lipca 2002 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców. Miała ona na celu doprecyzowanie i rozszerzenie definicji ustawowych w zakresie pomocy publicznej, wzmocnienie odpowiedzialności organów udzielających pomocy oraz wprowadzenie instytucji programów pomocowych.

Główne problemy negocjacyjne

W trakcie rokowań o członkostwo w UE okazało się, iż jednym z najbardziej wrażliwych i najtrudniejszych obszarów negocjacyjnych była Polityka konkurencji w części dotyczącej pomocy publicznej. Można tu wyróżnić dwie, jak się wydaje, najistotniejsze i najtrudniejsze z punktu widzenia negocjacyjnego, kwestie dotyczące przyznawania pomocy publicznej:

- w specjalnych strefach ekonomicznych,
- na restrukturyzację hutnictwa żelaza i stali.

Pomoc publiczna w specjalnych strefach ekonomicznych

Pierwszym dokumentem przygotowanym przez Komisję, w którym odniesiono się do funkcjonowania specjalnych stref ekonomicznych SSE w Polsce był Raport Okresowy za 1998 r., w którym stwierdzono, iż *specjalne regulacje w ramach specjalnych stref ekonomicznych powinny być dostosowane do acquis*. Następnie w Raporcie za 1999 r. Komisja wskazała, iż *szczególne reżimy prawne, dotyczące zwłaszcza niektórych aspektów funkcjonowania 17 specjalnych stref ekonomicznych ustanowionych po wejściu w życie Układu Europejskiego, muszą zostać poddane pełnej ocenie pod kątem dostosowania do istniejących zobowiązań międzynarodowych Polski w celu zagwarantowania zgodności z dorobkiem wspólnotowym*. Był to pierwszy sygnał pochodzący z Komisji, wskazujący na tok rozumowania WE i państw członkowskich. Otóż Komisja przyjęła założenie, iż specjalne strefy ekonomiczne, które powstały na mocy ustawy z 1994 r., dopuszczają formy pomocy publicznej niezgodne z postanowieniami Układu Europejskiego, a w szczególności art. 64. Opinię swoją Komisja skonkretyzowała w zapisach w Raporcie za 2000 r., gdzie znalazły się stwierdzenia, iż *obowiązujące polskie przepisy dotyczące specjalnych stref ekonomicznych zawierają elementy sprzeczne z acquis i bezpośrednimi zobowiązaniami Polski wynikającymi z Układu Europejskiego*.

Działalność specjalnych stref ekonomicznych w Polsce oparta jest na postanowieniach ustawy z 19 października 1994 r. przewidującej system bodźców, mających na celu zachęcenie do inwestowania w strefach przez podmioty krajowe i zagraniczne. Do bodźców tych należało przede wszystkim całkowite zwolnienie z podatku dochodowego od osób prawnych i fizycznych dochodów uzyskanych z działalności gospodarczej na terenie SSE na czas równy połowie okresu, na który ustanowiona została SSE. Kolejne przepisy ustawy stanowiły, iż dochody uzyskane w latach następnych, aż do ustawowego wygaśnięcia funkcjonowania strefy, zwolnione są z podatku dochodowego w wysokości 50%.

Ze względu na negatywne opinie Komisji Europejskiej w zakresie zgodności zapisów ustawy z 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych z *acquis*, Polska dokonała nowelizacji przepisów poprzez przyjęcie ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o zmianie ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych oraz o zmianie niektórych ustaw, która weszła w życie 1 stycznia 2001 r. Głównym jej celem było dostosowanie postanowień dotyczących ulg podatkowych w specjalnych strefach ekonomicznych do warunków udzielania pomocy regionalnej, zgodnych z *acquis*. W związku z tym, iż nowelizacja ustawy o SSE z 2000 r. nie odnosiła się do inwestorów, którzy uzyskali zezwolenia przed jej wejściem w życie (1 stycznia 2001 r.), Polska wystąpiła w swoim pierwotnym stanowisku negocjacyjnym z 28 lutego 1999 r. o okres przejściowy do końca 2017 r. na utrzymanie,

niezgodnych z prawem WE, preferencji podatkowych dla tych inwestorów. Ostatecznie jednak przyjęto model różnego traktowania przedsiębiorców w zależności od ich wielkości oraz terminu uzyskania zezwolenia. Przewidziano zatem, iż mali przedsiębiorcy będą mogli funkcjonować w SSE na dotychczasowych zasadach określonych w ustawie z 1994 r. do 31 grudnia 2011 r., zaś średni przedsiębiorcy – do 31 grudnia 2010 r. Jeśli chodzi o dużych inwestorów, to obowiązują następujące ograniczenia:

- dla tych, którzy uzyskali zezwolenie do końca 1999 r. maksymalny pułap pomocy wynosi do 75% kosztów kwalifikowanych (pierwotnej inwestycji),
- w stosunku do tych, którzy uzyskali zezwolenie między 1 stycznia a 31 grudnia 2000 r., maksymalny pułap pomocy wynosi do 50%,
- zaś w odniesieniu do przedsiębiorców z sektora motoryzacyjnego – pułap wynosi do 30%.

Przy obliczaniu dopuszczalnej pomocy w odniesieniu do ustalonych pułapów 75% czy 50% będzie brana pod uwagę wyłącznie pomoc, którą uzyskał inwestor od początku 2001 r. Ponadto ograniczono inwestycje objęte pomocą do tych, które zrealizowane zostaną do końca 2006 r.

W celu ograniczenia ewentualnego występowania przez przedsiębiorców o odszkodowania, w związku ze zmianą dotychczasowych ulg w SSE na mocy ustawy z 1994 r. na preferencje zgodne z *acquis*, przyjęto, iż zmiana zezwoleń powinna odbywać się na zasadach dobrowolności. Oznacza to *de facto*, iż od dnia członkostwa obowiązują postanowienia kolejnej nowelizacji ustawy z 2 października 2003 r. o specjalnych strefach ekonomicznych automatycznie w odniesieniu do wszystkich inwestorów, którzy uzyskali zezwolenia przed 1 stycznia 2001 r. (bez wymogu zmiany zezwolenia).

W celu zachęcenia inwestorów do zaakceptowania tych zmian, na mocy nowelizacji ustawy z 2 października 2003 r. o SSE, został wprowadzony specjalny pakiet zachęt. Obejmuje on m.in.:

- ułatwienia (administracyjno-formalne) w funkcjonowaniu przedsiębiorców w SSE,
- przywrócenie ustawowego zwolnienia z podatku od nieruchomości dla tych inwestorów w SSE, którzy zainwestowali na podstawie starych zezwoleń (wydanych przed końcem 2000 r.),
- wprowadzenie zasady polegającej na tym, że wpłacane podatki, które w oparciu o obecnie obowiązujące przepisy nie wpłynęłyby do urzędów skarbowych, stanowić będą potencjalne wsparcie finansowe dla przedsiębiorcy na przyszłe, nowe inwestycje w kraju.

Pomoc na restrukturyzację hutnictwa żelaza i stali

Kwestie pomocy publicznej dla sektora stalowego budziły szczególne emocje, zarówno podczas negocjowania Układu Europejskiego, jak i w trakcie całego okresu stowarzyszenia oraz negocjacji akcesyjnych. Było to spowodowane

z jednej strony znaczącą pozycją polskiego hutnictwa żelaza i stali na rynku europejskim, z drugiej strony doświadczeniami unijnego hutnictwa z procesu restrukturyzacji w latach 80. oraz ogólną sytuacją sektora na światowym rynku.

Traktowanie przez Unię przemysłu stalowego jako sektora szczególnie wrażliwego na konkurencję zagraniczną sprawiło, że pomoc publiczną dla hutnictwa w Polsce w zakresie objętym regulacjami Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali (EWWiS) obwarowano w Układzie Europejskim (art. 8 Protokołu 2) licznymi ograniczeniami. W rezultacie, zasady udzielania tej pomocy, obowiązujące w okresie przedczłonkowskim w odniesieniu do hutnictwa żelaza i stali, były bardziej rygorystyczne niż w innych działach przemysłu. W związku z tym udzielanie pomocy publicznej było niezgodne z właściwą realizacją Układu, jeżeli mogło mieć ono negatywny wpływ na handel między Polską i Wspólnotą. Na okres 5 lat od momentu wejścia w życie umowy przejściowej, tj. do końca 1996 r. Polska uzyskała jednak prawo do udzielania, w wyjątkowych przypadkach, pomocy publicznej dla wyrobów stalowych EWWiS w celach restrukturyzacji, pod warunkiem że:

- program restrukturyzacji będzie związany z ogólną racjonalizacją i ograniczeniem zdolności produkcyjnych w Polsce,
- zapewni on przetrwanie firm korzystających z pomocy w normalnych warunkach rynkowych po zakończeniu okresu restrukturyzacji,
- wielkość i nasilenie pomocy będą ograniczone ściśle do koniecznego minimum dla przetrwania i będą stopniowo znoszone.

Po upływie wspomnianego okresu Rada Stowarzyszenia, biorąc pod uwagę sytuację gospodarczą Polski, miała podjąć decyzję o ewentualnym przedłużeniu tego okresu. W listopadzie 1996 r. Polska wystąpiła z odpowiednim wnioskiem w tej sprawie. W 1997 r. Komisja Europejska rozważyła wyrażenie zgody na jego przedłużenie do końca 1999 r. i ewentualne kolejne przedłużenie statusu preferencyjnego do końca 2001 r. Wprawdzie polski wniosek z listopada 1996 r. został pozytywnie oceniony we Wspólnym Stanowisku Rady i Komisji, przedstawionym na Radzie Stowarzyszenia 30 kwietnia 1997 r., to jednak z powodu niekorzystnej dla Polski oceny programu restrukturyzacji polskiego przemysłu stalowego, Komisja nie zgodziła się na przedłużenie o kolejne trzy lata preferencyjnego traktowania pomocy państwa dla sektora stalowego. Podobne skutki miało niez zaakceptowanie przez Komisję Programu restrukturyzacji przemysłu hutnictwa żelaza i stali w Polsce, przyjętego przez Radę Ministrów 30 czerwca 1998 r. w celu realizacji zapisów Układu Europejskiego. Zgodę na przedłużenie preferencyjnych warunków udzielania pomocy w sektorze stalowym uzyskała Polska dopiero na mocy Traktatu Akcesyjnego.

W dniu 25 marca 2003 r. Rada Ministrów przyjęła nowy program restrukturyzacji hutnictwa żelaza i stali. Został on uzgodniony wcześniej z Komisją Europejską i stanowi realizację postanowień Traktatu Akcesyjnego w odniesieniu do restrukturyzacji sektora stalowego w Polsce. Program ten jest podstawą m.in.

do udzielania pomocy publicznej skorelowanej z obniżaniem zdolności produkcyjnych wyrobów gotowych.

Zgodnie z postanowieniami Traktatu Akcesyjnego pomoc publiczna przeznaczona na restrukturyzację mogła być udzielona tylko wybranym hutom, przewidzianym rządowym programem i tylko do końca 2003 r. Do zakładów tych należały: Polskie Huty Stali SA w Katowicach, huty: „Andrzej” SA w Zawadzkiem, „Bankowa” Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej, „Batory” SA w Chorzowie, „Buczek” SA w Sosnowcu, „Huta L.W.” Sp. z o.o. w Warszawie, „Łabędy” SA w Gliwicach, „Pokój” SA w Rudzie Śląskiej. Proces restrukturyzacji polskiego hutnictwa winien zapewnić zdolność konkurowania hut w warunkach gospodarki rynkowej. Realizacja programu zakończy się najpóźniej do końca roku 2006. Wdrożenie podstawowych zamierzeń programu i osiągnięcie celów w nim wyznaczonych jest możliwe pod warunkiem ich akceptacji społecznej i politycznej, przy współdziałaniu rządu, zarządów hut, banków i partnerów handlowych.

Dla osiągnięcia konkurencyjności oraz spełnienia kryteriów rentowności, na podstawie omawianego programu i zapisów Traktatu Akcesyjnego, konieczne jest zmniejszenie do roku 2006 zdolności produkcyjnych netto MMP (maksymalna możliwa produkcja) wyrobów gotowych o 991 tys. ton. W latach 1997-2006 łączna redukcja netto zdolności produkcyjnych MMP wyrobów gotowych ma wynieść 1321 tys. ton. Ponadto konieczne było udzielenie hutom w latach 1997-2003 pomocy publicznej na restrukturyzację (pomoc nie mogła przekroczyć 387 070 tys. zł). Niezbędne będzie również do 2006 r. wprowadzenie zmian technologicznych poprawiających jakość i efektywność wyrobów.

Realizacja programu, do czasu zakończenia restrukturyzacji, będzie monitorowana, a szczególnie: spełnianie kryteriów *viability* (funkcjonowania na rynku bez konieczności uzyskiwania wsparcia od państwa), pomoc publiczna oraz redukcja zdolności produkcyjnych przed i po akcesji Polski do Unii Europejskiej. W kwestiach tych Polska będzie ściśle współpracować z Komisją Europejską. W przypadku stwierdzenia, że pomoc publiczna na restrukturyzację została udzielona z naruszeniem obowiązujących zasad, musi ona być zwrócona.

Członkostwo Polski w UE a pomoc publiczna

W związku z członkostwem Polski w UE pomoc udzielana przez władze polskie przedsiębiorcom zaczęła podlegać nadzorowi ze strony Komisji Europejskiej. W celu zapewnienia stosunkowo płynnego przejścia od fazy fakultatywnego informowania Komisji Europejskiej na podstawie Układu Europejskiego, do etapu obligatoryjnej notyfikacji, a zatem wyeliminowania sytuacji, iż z dniem członkostwa Polski w UE, odpowiednie organy polskiej administracji musiałyby czekać na opinię Komisji odnośnie do przedłożonych projektów środków pomocowych, w Traktacie Akcesyjnym określono tzw. procedurę przejściową (*interim procedure*)

stosowaną w okresie między przyjęciem Traktatu a jego wejściem w życie, czyli rozpoczęciem obowiązywania w stosunku do Polski wszystkich wymagań proceduralnych WE odnośnie do notyfikacji projektowanej pomocy publicznej.

W celu umożliwienia realizacji zapisów Traktatu Akcesyjnego dokonano nowelizacji ustawy z 19 września 2003 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców. Dzięki niej programy pomocowe uzyskały podstawę prawną (zaczęły być prawnie obowiązujące w Polsce, co było wymogiem niezbędnym wskazywanym przez Komisję Europejską). Zespół Przygotowawczy KIE w dniu 28 listopada 2003 r. zobowiązał wszystkie zainteresowane resorty do poinformowania Prezesa UOKiK o zamierzeniach odnośnie przygotowywanych programów pomocowych. Do dnia 30 kwietnia 2004 r. w ramach procedury przejściowej do Komisji Europejskiej zostało przesłanych 45 programów pomocowych oraz 12 przypadków udzielenia pomocy indywidualnej.

Po 10 miesiącach członkostwa większość z nich została zaakceptowana przez Komisję Europejską, przy czym wskazano na problem poprawnego przygotowywania programów pomocowych, a następnie sprawnego odpowiadania na zapytania Komisji przez właściwe resorty. Na szczególną uwagę zasługują zarówno programy pomocowe niezbędne do sfinansowania procesu restrukturyzacji niektórych sektorów, jak też przewidujące procesy krajowego współfinansowania projektów wykorzystujących środki z funduszy strukturalnych. Warto bowiem pamiętać, że Komisja Europejska nie akceptuje żadnych projektów strukturalnych dla Polski, jeśli uprzednio nie udzieli pozytywnej opinii nt. dopuszczalności pomocy publicznej (środki z funduszy strukturalnych i krajowych – w ramach współfinansowania – są objęte standardowymi ograniczeniami dotyczącymi udzielania pomocy publicznej). Dotyczy to nie tylko obecnie realizowanych działań w ramach dostępnych programów operacyjnych, ale należy na to patrzeć z perspektywy zbliżającego się wypracowywania Narodowego Planu Rozwoju na lata 2007-2013 w powiązaniu z Nową Perspektywą Finansową.

W związku ze zmianami, które weszły w życie z dniem 1 maja 2004 r. Prezes UOKiK przestał być organem nadzorującym pomoc publiczną w Polsce na rzecz Komisji Europejskiej. Pomimo tego, można obiektywnie stwierdzić, iż jego odpowiedzialność nawet wzrosła na mocy nowej ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. W jego kompetencjach jest obecnie pośredniczenie w kontaktach z Komisją Europejską i reprezentowanie Polski przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości w zakresie dotyczącym pomocy publicznej. Należy podkreślić, że to właśnie wstępna weryfikacja przygotowanych przez władze polskie środków pomocowych pod kątem zgodności z regulacjami WE może wyeliminować przypadki zbędnego notyfikowania działań, które nie stanowią pomocy publicznej, lub też ograniczyć pytania, a przez to przyspieszyć proces akceptacji przez Komisję projektów środków pomocowych.

Obecnie wszystkie projekty programów pomocowych, pomocy indywidualnej, a także pomocy objętej wyłączeniami grupowymi wymagają uzyskania opinii Prezesa UOKiK. Tak szerokie podejście wynika stąd, iż wielu donatorów pomocy publicznej obecnie nie zdaje sobie sprawy z konsekwencji udzielenia pomocy publicznej niezgodnej z prawem WE. System taki z jednej strony znacznie obciąża krajowy organ monitorujący udzielanie pomocy publicznej, z drugiej jednak strony dyscyplinuje potencjalnych dawców pomocy.

Należy podkreślić, iż planowana pomoc ma podlegać merytorycznej ocenie pod względem jej zgodności z regułami wspólnego rynku, jednakże opinia Prezesa UOKiK nie ma charakteru wiążącego. Oznacza to zatem, iż wnioskodawca wcale nie musi uwzględniać propozycji zmian czy warunków udzielenia pomocy, ewentualnie określonych w opinii Prezesa.

Dokonanie notyfikacji do Komisji projektu programu pomocowego wymaga uzyskania zgody Rady Ministrów w formie uchwały, po zapoznaniu się z opinią Prezesa UOKiK i poinformowaniu o tym fakcie marszałka Sejmu. Ten ostatni element jest o tyle istotny, iż w przypadku zmiany, z inicjatywy poselskiej, ustawy stanowiącej podstawę udzielania pomocy publicznej, należy o tym powiadomić Komisję celem uzyskania akceptacji. Warto zauważyć, iż zgodnie z dotychczasową formułą, wszystkie projekty aktów prawnych muszą uzyskiwać, również po dniu członkostwa Polski w UE, opinię Sekretarza Komitetu Integracji Europejskiej o zgodności z prawem wspólnotowym. Na tym etapie często można efektywnie zweryfikować i wskazać mankamenty projektowanych programów pomocowych jeszcze przed przekazaniem ich do Komisji Europejskiej. Wspomniana powyżej notyfikacja, lub też zmiana wcześniej przekazywanego programu, jest realizowana zgodnie z zaleceniem Komisji, przez Stałe Przedstawicielstwo RP przy Unii Europejskiej w Brukseli.



Podsumowując trzeba stwierdzić, że proces tworzenia zarówno struktur instytucjonalnych, jak też prawnych w obszarze pomocy publicznej był bardzo trudny i złożony. Jednakże wspólnym wysiłkiem osób zaangażowanych w proces stowarzyszenia i wypełniania postanowień Układu Europejskiego, dostosowania polskiej legislacji do wymogów wspólnotowych oraz rokowań akcesyjnych przyniósł skutek w postaci zamknięcia rozdziału negocjacyjnego i pozytywnej opinii Komisji na temat wprowadzonego systemu monitorowania pomocy publicznej przez UOKiK.

Osobną kwestią jest sprawa wdrażania i przestrzegania tej legislacji, ale w tym przypadku obowiązek leży zarówno po stronie władz publicznych, jak też i przedsiębiorców. Wydaje się zatem, iż niezbędnym jest uświadomienie wszystkim zaangażowanym w proces udzielania pomocy, że zasady nim rządzące

powinny być respektowane po to, aby zapewnić zarówno właściwy poziom konkurencji na rynku, jak też odpowiednią i efektywną dystrybucję środków z budżetów publicznych.

Z tej perspektywy wydaje się, iż po uzyskaniu członkostwa Polski w UE rola Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest jeszcze bardziej istotna niż wcześniej, gdyż nie tylko będzie on musiał zmagać się z przypadkami pomocy dla krajowych przedsiębiorców, ale również dbać o właściwą prezentację Komisji Europejskiej projektów środków pomocowych przygotowywanych przez odpowiednie instytucje, a w konsekwencji zapewnić równowagę między chęcią z jednej strony, a potrzebą udzielania pomocy z drugiej strony.

PERSPEKTYWY OCHRONY KONSUMENTÓW

Wojciech Gasparski

KU OBYWATELSKIEJ RZECZPOSPOLITEJ GOSPODARCZEJ

O ile w ustrojach monarchicznych i oligarchicznych (na przykład polska demokracja szlachecka) część społeczeństwa (często ogromna jej większość) skazana jest na rolę warstw biernych czy też podporządkowanych, ponieważ władza spoczywa w rękach mniejszości, o tyle w założeniu demokratycznym to powinno być wykluczone. Czy w rzeczywistości jest wykluczone?

(JAN PAWEŁ II, *Pamięć i tożsamość*, s. 135)

Zacznijmy od przypomnienia, że działalność gospodarcza polega na wymianie¹ (sprzedaży/kupnie) tego, co mają do zaoferowania sobie nawzajem podmioty gospodarcze występujące na rynku, który ma być wolny w tym sensie, że sytuuje każdy ów podmiot w pozycji ani lepszej, ani gorszej od innych podmiotów, a ponadto nie jest poddawany regulacjom ograniczającym swobodę wymiany. Procesy wymiany przebiegające w takich warunkach zapewnić mają spontaniczny ład² przez to, że cena sprzedaży/kupna ustali się na poziomie

¹ Wiedzę o wymianie gromadzić miała postulowana przez R. Whatleya *katalaktyka*, jak nazwał on *naukę o wymianie* w książce *Introductory Lectures on Political Economy* (Londyn 1831, s. 6); cyt. za Mises 1995, s.15.

² Por. F. A. Hayek 1973, *Law, Legislation, and Liberty, t. I. Rules and Order*, University of Chicago Press, Chicago, s. 36; cyt. za Kuniński 1992, s.347.

satysfakcjonującym strony transakcji. Strony te kierują się w swych wyborach preferencjami oraz konkurują między sobą jakością oferowanego produktu.

Tak określony mechanizm stanowi ideał na podobieństwo znanych – np. z fizyki zderzenia kul doskonale sprężystych, ruchu bez tarcia, czy z chemii gazów doskonałych. Owe ideały czy doskonałości stanowią wzorce, ze względu na które formułuje się ogólne twierdzenia. Korzystanie z wiedzy zdobytej w ten sposób wymaga wprowadzenia współczynników sprężystości, tarcia, a w konstrukcjach inżynierskich tzw. współczynnika bezpieczeństwa gwarantującego, że rzeczywiste rozwiązania nie ulegną katastrofie. Bufor współczynników oddzielających idealizację fizykalne dostarczające „wiedzy, że...” od realiów inżynierskich stosujących „wiedzę, jak...” (by przypomnieć rozróżnienie wprowadzone przez Gilberta Ryle’a) jest oczywisty: stosowne procedury akceptacji projektowanych rozwiązań służą zapewnieniu trafności i poprawności konstrukcji oraz procesów ich tworzenia.

Idealizacje ekonomiczne różnią się od idealizacji fizykalnych dwojako. Po pierwsze, jako odnoszące się do świata kultury, tj. świata aktywności człowieka, a nie świata natury, którym zajmuje się fizyka, są obarczone *współczynnikiem humanistycznym* określonym przez Floriana Znanieckiego tak oto:

Tę cechę zjawisk kulturalnych, przedmiotów humanistycznego badania, tę ich zasadniczą właściwość, że jako przedmioty teoretycznej refleksji są one już przedmiotami komuś danymi w doświadczeniu, lub czyimiś świadomymi czynnościami, nazwać możemy współczynnikiem humanistycznym tych zjawisk. Mit, dzieło sztuki, wyraz mowy, narzędzie, schemat prawny, ustroj społeczny są tym, czym są jedynie jako świadome ludzkie zjawiska; poznajemy je tylko w odniesieniu do znanego lub hipotetycznie skonstruowanego kompleksu doświadczeń i czynności tych empirycznych, ograniczonych, historycznie i społecznie uwarunkowanych osobników lub zbiorów osobników świadomych, którzy je wytworzyli i którzy się nimi posługują. (...) Cała realność obiektywna tych zjawisk jako przedmiotów wiedzy humanistycznej (...) znika bez śladu z chwilą, gdy usuniemy współczynnik humanistyczny, gdy zjawiska te ujmijemy (...) jako rzeczywistość „niczyją” o typie postulowanym przez nauki przyrodnicze (Znaniecki 1988, s.25).

W związku z powyższym warto przywołać interesujące badania kulturoznawcze przeprowadzone przez Michaela Fleischera z Centrum Willy’ego Brandta w Uniwersytecie Wrocławskim. Badał on semantyczną reprezentację wyrażaną w słowach odnoszących się do realności/rzeczywistości (*Realität/Wirklichkeit*) obserwowanej przez respondentów pochodzących z kilku miast Polski (Fleischer 2002). Jednym z wyników badań jest lista porównawcza symboli kolektywnych³ charakterystycznych dla Polski, Niemiec i Rosji. Znamienne jest, że takie słowa jak „sukces”, „praca”, „pieniądze”, „państwo” „prawa”,

³ *Symbolle kolektywne* to słowa stanowiące jednostki funkcjonalne wykazujące silne pozytywne lub negatywne nacechowanie oraz – jednocześnie – kulturowe znaczenie będące jednym z warunków przynależności do określonej kultury (Fleischer 2002, s.41).

„konstytucja”, „Europa”, a nawet „kapitalizm” i „socjalizm” nie występują na liście symboli polskich ani rosyjskich, choć są na liście niemieckich pozytywnych symboli kolektywnych; na liście symboli rosyjskich występują „pieniądze”. Natomiast „dobro”, „uczciwość”, „dobroć”, „kultura”, „honor” zajmują znaczące miejsce pozytywne na liście polskiej, na której „chamstwo” ma wysoką pozycję negatywną, podobnie jak „nienawiść” na liście niemieckiej. Na wszystkich listach „bezrobocie” (także „bieda” na liście niemieckiej) i „wojna” wyróżniane są skrajnie negatywnie.

Badania Fleischera dotyczyły ponadto profili semantycznych, tj. nazw wskazywanych przez respondentów w związku ze słowami będącymi symbolami kolektywnymi. Otóż „bezrobocie” jako negatywny symbol kolektywny kojarzony jest w 52,7% z biedą, a w 46,0% z brakiem: pracy, pieniędzy, perspektyw, środków, aktywności, możliwości, bezpieczeństwa, wiary w siebie, kwalifikacji, nadziei, pewności siebie, przyszłości i z beznadzieją. Nie należy się więc dziwić, że – przy wysokim bezrobociu w Polsce – powraca nazwa „zakład pracy” (Rok 2004). Od firm oczekuje się bowiem tego, by przede wszystkim zapewniały pracę, czyli eliminowały biedę i wszystkie wymienione powyżej braki oraz beznadzieję.

Ważnym elementem społecznego tła uprawiania działalności gospodarczej jest kontekst polityczny. W związku z tym na uwagę zasługuje to, jak „polityka” jako symbol kolektywny wypada w badaniach Fleischera. Otóż „polityka” kojarzona jest w Polsce z: korupcją, bagnem, oszustwem, obłudą, prywatą, własnym interesem, korytem, złodziejstwem, nepotyzmem, malwersacjami (łącznie 22%), władzą (12%), sejmem, parlamentem, prezydentem (11,3%), partiami (9,3%), walką o władzę (8,7%), kłótniami (8,7%), kłamstwem (8,0%), rządem (6,7%), ideologią (4,7%), manipulacją (4,7%), demokracją (4,0%), państwem (4,0%), bałaganem, pieniędzmi, głupotą. Nie wymaga to, jak sądzę, komentarza (Gasparski 2005).

Po drugie, idealizacje ekonomiczne same bywają konstruktami, czyli tworamizaprojektowanymi ze względu na przyjęte z góry założenia i jako takie są elementami „wiedzy, jak...” ubranej jedynie w szaty wiedzy pozytywnej, tj. „wiedzy, że...”. Dzieje się tak szczególnie wówczas, gdy założenia mają swe źródło w ideologii.

Specyficzne pojmowanie wolności, które szeroko rozpowszechnia się dziś w opinii publicznej, odsuwa uwagę człowieka od odpowiedzialności etycznej. To, na czym dziś koncentruje się uwaga, to sama wolność. Mówi się: ważne jest, aby być wolnym i wykorzystywać tę wolność w sposób niczym nie skrępowany. (...) To jasne: jest to forma liberalizmu prymitywnego. (...) Jeżeli wolność przestaje być związana z prawdą, a uzależnia prawdę od siebie, to tworzy logiczne przesłanki, które mają szkodliwe konsekwencje moralne. Ich rozmiary są czasami nieobliczalne (Jan Paweł II 2005, s.42, 51).

Od dawna formułowane są dwa postulaty: jeden teoretyczny, drugi praktyczny. Postulat teoretyczny głosi, że *konieczna jest budowa teorii katalaktycznej na solidnej podstawie ogólnej teorii ludzkich działań – prakseologii* (Mises 1995, s.19). Postulat praktyczny wskazuje, że niezbędną jest dbałość o przestrzeganie zasad ustroju

ekonomicznego, a w szczególności chronienia warunków rzeczywistej konkurencji, a także chronienia tych podmiotów uczestniczących w wymianie rynkowej, które – z natury rzeczy – mają słabszą od innych pozycję, a są nimi konsumenci. Taką funkcję spełniają urzędy antymonopolowe, bądź urzędy ochrony konkurencji i konsumentów pilnujące ładu na rynkach gospodarczych niczym policja drogowa, bez której liczba wypadków byłaby znacznie większa, niż liczba – wciąż zbyt wielka – przekroczeń zasad poruszania się, jakie określone są w kodeksie drogowym.

Z prakseologicznego punktu widzenia sprawę kluczową stanowi, kto (lub może „co”?) jest podmiotem wymiany gospodarczej, od tego bowiem zależy, komu przysługiwać ma swoboda wymiany na wolnym rynku. Czy są to zgodnie ze stanowiskiem ekonomii neoklasycznej, jak przypomina Bożena Klimczak, dwa typy podmiotów zbiorowych: gospodarstwa domowe i przedsiębiorstwa (Klimczak 1996, s.13)? Czy są to podmioty indywidualne, jak głosi nowoczesna ekonomia subiektywistyczna, która nie ogranicza się do badania wyłącznie działań przedsiębiorców, *ani nie zajmuje się fikcyjnym homo oeconomicus*. [Lecz] *Bada bezwzględnie obowiązujące każdego człowieka kategorie ludzkiego działania* (Mises 1995, s.81)?

Pytania te wiążą się ściśle z pytaniem o znaczenie różnych zasobów (środków) wykorzystywanych w działalności gospodarczej. A więc, czy jest to kapitał? A może bogactwa naturalne? Lub może praca? Tak było do niedawna. Współcześnie natomiast jest to wiedza. Czy w pełni? Jak na razie, jest to gospodarka oparta na wiedzy. Pisze o tym Peter F. Drucker:

Teraz wiedza szybko staje się jedynym czynnikiem produkcji spychając na drugi plan zarówno kapitał, jak i siłę roboczą. Byłoby przedwczesne (z pewnością także byłoby to dowodem zarozumiałości) nazywać nas „społeczeństwem wiedzy” – jak dotąd dysponujemy jedynie ekonomią opierającą się na wiedzy (Drucker 1999, s.22).

(...) Na pierwszy rzut oka wydaje się, że ekonomia w niewielkim stopniu podlega wpływowi uznania wiedzy za podstawowy zasób. (...) Ale taki pogląd może być mylący. (...) ekonomia światowa pozostaje ekonomią rynku i zachowuje rynkowe instytucje, jej istota radykalnie się zmienia. (...) jest to ekonomia (...) zdominowana przez kapitał informacji. (...) Stopniowo zysk pochodzący z tradycyjnych zasobów – pracy, ziemi i pieniędzy – staje się coraz mniejszy. Jedynym, a przynajmniej głównym, producentem bogactwa są informacje i wiedza (Drucker 1999, s.148–149).

Rosnące znaczenie wiedzy powinno wpływać czynnie na demokratyzację rynku i upodmiotowienie występujących na nim aktorów (jak piszą prakseologowie posługujący się językiem angielskim) czy sprawców (jak nazywa ludzi działających prakseologia polska, wywodząca się od filozofii praktyczności Tadeusza Kotarbińskiego). Na terenie gospodarki powtarza się historia społeczna. Pierwszą republiką, jaką znają dzieje naszego kraju, była *rzeczpospolita szlachecka*. Podmiotami tej I Rzeczypospolitej była arystokracja i drobna szlachta, czyli, optymistycznie licząc, co najwyżej dziesięć procent ludzi zamieszkujących tereny ówczesnej Polski. Dopiero II Rzeczpospolita odrodzona po zaborach, po I wojnie

światowej, była republiką obywatelską, czyniąc jej podmiotami wszystkich mieszkańców kraju. Taką jest III Rzeczpospolita ukształtowana w wyniku transformacji politycznej przełomu lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych ub. stulecia.

Transformacji politycznej towarzyszyła transformacja ekonomiczna, która zastąpiła gospodarkę centralnie sterowaną, będącą notoryczną gospodarką niedoboru, gospodarką wolnorynkową. Nie nadała ona jednak życiu gospodarczemu postaci *obywatelskiej rzeczpospolitej gospodarki*, a przynajmniej nie uczyniła tego *de facto*. Polska gospodarka *hic et nunc* bliższa jest, pod względem upodmiotowienia aktorów (sprawców) gospodarczych, rzeczpospolitej szlacheckiej. Jej podmiotami rzeczywistymi są „arystokraci” oraz „drobna szlachta” biznesu, rzecz jasna nie w klasowym, a jedynie metaforycznym rozumieniu tych pojęć.

Wraz z odrzuceniem monopolu partii zlikwidowane zostały polityczne i organizacyjne podstawy systemu społecznego, którego nomenklatura była wytworem i równocześnie kluczowym ogniwem (co nie jest równoznaczne z utratą zasobów indywidualnych i zbiorowych, które skupiały w swoich rękach warstwy rządzące Polską do 1989 r.). W takich warunkach trudno rozpatrywać formowanie się nowych elit w początkowym okresie transformacji w kategoriach klasowych. Wprawdzie radykalne zmiany ustrojowe zaczęły wprowadzać mechanizmy strukturotwórcze zbliżone do funkcjonujących w społeczeństwach rynkowych i stałyśmy się świadkami wyłaniania nowych „klas wyższych”, jednak jak pokazują badania (...) proces ten wykracza poza kilkuletni okres transformacji (Jasiecki 2002, s.39–40).

Demokratyzacja republik gospodarki – społeczeństw biznesu, jak je nazwał Kenneth E. Boulding⁴ – zapoczątkowana została w krajach gospodarczo najwyżej rozwiniętych, będących – posługując się pojęciem Druckera (op. cit.) – społeczeństwami wiedzy. Czynnikiem, który wpływa na demokratyzację działalności gospodarczej postępującą nie bez oporów⁵, jest to, iż wszyscy stajemy się w coraz większym stopniu pracownikami (robotnikami) wiedzy (*knowledge worker*), jak określa ich (nas) cytowany wcześniej Drucker.

W społeczeństwie wiedzy nawet robotnicy o niskich kwalifikacjach świadczący usługi nie są „proletariuszami”. Pracownicy zespołowo posiadają środki produkcji. Tylko nieliczni z nich są zamożni. Bardzo nieliczni są bogaci (choć wielu można określić jako finansowo niezależnych i żyjących, jak mówimy obecnie, „dostatnio”). Wspólnie jednak, czy to przez swe fundusze emerytalne, czy przez fundusze wzajemne i emerytalne konta itp., ludzie ci posiadają środki produkcji. Ludzie, którzy mają władzę wypowiedzania się w sprawach pracowników, sami są pracownikami, to jest urzędnikami zarządzającymi funduszami emerytalnymi stanów i lokalnych rządów w Stanach Zjednoczonych. Ci zarządzający

⁴ Społeczeństwo biznesu definiuję jako system społeczny, który zorganizowany jest przede wszystkim poprzez instytucje wymiany. (...) [Jednakże] żadne społeczeństwo nie jest „czystym” społeczeństwem biznesu. Oznacza to, że żadne społeczeństwo nigdy nie organizowało się wyłącznie wokół instytucji wymiany. Każde społeczeństwo ma rząd, który organizuje system groźby, oraz instytucje integrujące, jak rodzina, kościół, szkoła, klub i podobne (Boulding 1985, s.62–66).

⁵ Por. rozdział *Społeczna odpowiedzialność biznesu: argumenty przeciw i za*, w: Gasparski 2004, s.397–412.

funduszami emerytalnymi są jedynymi prawdziwymi „kapitalistami” w Stanach Zjednoczonych. „Kapitaliści” zatem stali się pracownikami w pokapitalistycznym społeczeństwie wiedzy. Są opłacani jak pracownicy. Myślą jak pracownicy. Postrzegają siebie jako pracowników. Ale działają jak kapitaliści (Drucker 1999, s.59).

Z powyższego względu, dodaje Drucker, już nie pracownik służy kapitałowi, jak dawniej było, ale kapitał służy pracownikowi, co pociągnęło za sobą konieczność innego określenia roli, władzy i funkcji kapitału oraz kierowania korporacjami (Drucker, op. cit.). Jednakże to nie Drucker zainicjował rozszerzone rozumienie udziałowca firmy. Pierwszeństwo, jak piszą Freeman i Phillips (1995), przysługuje Stanfordzkiemu Instytutowi Badawczemu, który w 1963 r. wprowadził pojęcie *stakeholder* (ten-kto-angażuje-stawkę) jako grę słów nawiązującą do terminu *stockholder* (udziałowiec). Polskim odpowiednikiem terminu *stakeholder* jest *interesariusz*. Okres 1963–1983 był swego rodzaju prehistorią *teorii interesariuszy*, której historia datowana jest od opublikowania przez Freemana pracy poświęconej zarządzaniu strategicznemu w ujęciu odwołującym się do pojęcia *interesariuszy* (Freeman 1984).

Wedle definicji stanfordzkiej, interesariusze to wszyscy ci, bez których żadna organizacja nie mogłaby funkcjonować. Są to więc udziałowcy (akcjonariusze), pracownicy, klienci, dostawcy, kredytodawcy oraz społeczeństwo. Według definicji Freemana interesariuszami organizacji są wszyscy (indywiduali i grupy), którzy wpływają na organizację oraz na których swym funkcjonowaniem wpływa organizacja.

Koncepcja wielo-interesariuszowa, w odróżnieniu od koncepcji jedno-interesariuszowej (właściciele/udziałowcy), jest koncepcją pochodną od teorii systemów⁶ (Midgley 2000). Interesariusze tworzą konstytuującą organizację, czyli system stanowiący firmę *sensu largo*, tj. firmę *sensu stricto* (ograniczoną do właścicieli/udziałowców niekiedy z uwzględnieniem zarządu, rzadziej interesariuszy wewnętrznych) oraz jej otoczenie bliższe i dalsze. Tak rozumiana organizacja gospodarcza stanowi nie prosty mechanizm do pomnażania pieniędzy zainwestowanych przez jedną grupę interesariuszy, ale instytucję złożonej społeczności, której członkowie inwestują swoje „stawki” (*stakes*) w jej funkcjonowanie.

„Stawką” (wkładem) jest to, co interesariusz wnosi do przedsięwzięcia/przedsiębiorstwa. Stanowi to swego rodzaju inwestycję, z którą wiąże on to, co spodziewa się osiągnąć, a co ma postać materialną i/albo niematerialną (np. uprawnienie, do którego ma on/ona jakiś tytuł albo które wynika z regulacji prawnych). Idea stawki rozciąga się więc między dwoma biegunami: zwykłym interesem i tym co wynika z legalnego właścicielstwa, pomiędzy którymi sytuują się „prawa” do czegoś (Carroll i Buchholtz 2003, s.69). Mogą to być żądania do określonego prawem traktowania, do postępowania *fair*, czyli do niedyskryminowania,

⁶ Ważnym przyczynkiem przedstawiającym systemowe ujęcie przedsiębiorstwa był wykład o. Józefa Marii Bocheńskiego zaprezentowany w roku 1985 w jednym z banków w Zurychu (Bocheński 1993).

do prywatności itp. Cytowani autorzy wymieniają ponadto przykładowo prawa moralne wynikające np. ze stażu pracy oraz prawa konsumenta do bezpiecznego produktu.

Stawki różnych interesariuszy są różne; ich rozpoznanie ułatwia podział interesariuszy na pierwszo- i drugoplanowych oraz na interesariuszy społecznych i niespołecznych (por. Tablica 1).

Tablica 1. Rodzaje interesariuszy wg D. Wheelera i M. Sillanpää

INTERESARIUSZE	PIERWSZOPLANOWI	DRUGOPLANOWI
Społeczni	Udziałowcy i inwestorzy Pracownicy i menedżerowie Klienci Społeczności lokalne Dostawcy i inni partnerzy biznesowi	Rząd i prawodawcy Instytucje pozarządowe Społeczne grupy nacisku Media i komentatorzy akademiccy Ciała handlowe Konkurenci
Niespołeczni	Środowisko naturalne Przyszłe pokolenia Zwierzęta	Grupy nacisku ekologicznego Organizacje ochrony zwierząt

Źródło: (Carroll i Buchholtz 2003, s.71–72)

Koncepcja wielo-interesariuszowa powoduje konieczność uwzględniania stawek poszczególnych interesariuszy jako warunku koniecznego efektywnego funkcjonowania poszczególnych organizacji gospodarczych w jej związku ze społecznościami, w jakich funkcjonują oraz gospodarki jako całości⁷ w jej związku ze społeczeństwem⁸.

⁷ Podzielić należy pogląd wypowiedziany przez prof. Jacka Hołówkę, że: *Nasze realne problemy to jak zorganizować nasze życie polityczne, żebyśmy byli jednocześnie sprawni ekonomicznie, przestrzegali praw człowieka i gwarantowali opiekę na tymi, co sobie nie radzą* (Przekrój, nr 14/3119, s. 15). Dodatkowych argumentów dostarczają wyniki badań nad społeczną odpowiedzialnością biznesu w Polsce, z których wynika, że nie wyrób oferowany przez firmy, ale „zatrudnienie” jest tym, co jest w warunkach wysokiego bezrobocia najbardziej cenione. Powraca nazwa „miejsce pracy” wypierająca na powrót „przedsiębiorstwo” czy „firmę” (Rok 2004, s.78-79; Gasparski, Lewicka-Strzałecka, Rok, Szulczewski 2004).

⁸ (...) *stanowisko, jakie pragniemy (...) przedstawić polega na systemowym i relacyjnym traktowaniu istoty władztwa korporacyjnego (nazywanego często „nadzorem korporacyjnym”, przyp. W. G.) i etyki. Zamiast argumentować na rzecz nadrzędności którejś z grup interesariuszy pragniemy rozpatrywać interesy jako moralne własności tych, których wiążą relacje organizacyjne. W tym sensie władztwo korporacyjne dotyczy sposobu, w jaki staramy się zarządzać współzależnościami, jakie nas wszystkich oplatają. Chociaż przypisujemy rolę władcze poszczególnym grupom, głównie zarządom wewnątrz i państwu oraz jurysdykcji na zewnątrz firm, to w praktyce na władztwo składa się nieskończona seria odpowiedzialności rozłożonych między różnych interesariuszy i prawdopodobnie przez nich spełnianych. Postępowanie dyrektorów, ministrów, prawników należy rozpatrywać w kontekście wyborów i działań pracowników, konsumentów, obywateli, akcjonariuszy. (...) Z tej perspektywy problemy władztwa nie mogą być rozstrzygane w jednym miejscu, przez zarząd, ale jedynie przez zmianę postępowania całego łańcucha licznych powiązań współzależnych relacji. W każdym węźle jest zarówno miejsce, jak i konieczność kierowania się etyką i na takie właśnie postępowanie. Same dobre intencje nie wystarczą (...)* (Collier i Roberta 2001, s.70).

Rodzi to wiele zagadnień z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów.

Oto na przykład, czy uczciwa konkurencja ma dotyczyć tylko partnerów biznesowych? Czy tylko rynku kapitałowego, czy wszystkich rynków, w tym rynku pracy? Co z rynkiem usług wzbudzającym ostatnio liczne emocje na skalę europejską? Czy pracownik powinien być traktowany podobnie jak partner biznesowy⁹? W szczególności, jeśli jest samodzielnym podmiotem gospodarczym działającym w warunkach tzw. „samozatrudnienia”? Kim jest konsument? Partnerem czy konkurentem? W szczególności np. gdy jest to klient firmy ubezpieczeniowej, którym w równym stopniu może być indywidualny ubezpieczony, jaki dowolna inna firma¹⁰?

Pytania te oraz wiele innych mają za wspólny mianownik takie kwestie jak:

- Kto jest autentycznym obywatelem Rzeczypospolitej Gospodarczej?
- Co należy zrobić, by przekształcić aktualną „szlachecką” Rzeczypospolitą Gospodarczą w obywatelską Rzeczypospolitą Gospodarczą?

W poszukiwaniu rozstrzygnięć tych kwestii istotną rolę, której znaczenia nie można przecenić, ma Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Krokiem we właściwym kierunku są działania podjęte przez Urząd, związane ze wspieraniem budowy infrastruktury etycznej na drodze tzw. samoregulacji, czyli tworzenia przez stowarzyszenia branżowe i firmy kodeksów etycznych i kodeksów dobrej praktyki jako elementów programów etycznych. Skłaniają one do odpowiedzialnego uprawiania działalności gospodarczej, przez co rozumieć należy: *realizowanie celu firmy*, tj. powiększanie wartości firmy, dostarczanie produktów i świadczenie usług odpowiedniej jakości; *czynienie tego w długim horyzoncie czasowym*, czyli w warunkach harmonijnej trwałości, co jest zapewniane przez należyte kształtowanie relacji z głównymi interesariuszami (akcjonariusze, pracownicy, menedżerowie, klienci, konsumenci, dostawcy, społeczność lokalna, środowisko naturalne itd.), w toku postępowania zgodnego z prawem i społecznie przyjętymi normami etycznymi przez wszystkich interesariuszy (Gasparski 2004, s.403). Tak uprawiana działalność gospodarcza będzie prawdziwie, a nie tylko werbalnie czy pozornie,

⁹ Freeman przywołuje tu imperatyw Kanta wskazując, że decyzje menedżerskie powinny być podejmowane ze względu na podmiotowość interesariuszy, tj. traktowanie ich jako celu, a nie tylko jako środka (Freeman 1995, s.73). Por. także (Galarowicz 2000).

¹⁰ W lipcu 2004 r. ponad połowa dorosłych Polaków sądziła, że firmy ubezpieczeniowe nie są uczciwe wobec swych klientów przy wypłacie odszkodowań. Jednocześnie 40% uważało, że i klienci nie są uczciwi przy zgłaszaniu roszczeń (Osiałyński 2004, s. 76).

¹¹ *Koncepcja społecznej odpowiedzialności biznesu wydaje się przekonująca w jej części krytycznej, wskazującej, iż kapitał dostarczany przez akcjonariuszy firmy nie jest jedynym czynnikiem umożliwiającym jej funkcjonowanie i dlatego korzyści powinni odnosić wszyscy interesariusze. Zasadnicza trudność urzeczywistnienia postulatów tej koncepcji polega na tym, że o ile wkład i wynik finansowy mogą być stosunkowo łatwo określone i wyrażone liczbowo, o tyle „stawki” społeczne i ekologiczne są trudne, jeśli w ogóle możliwe do zmierzenia i agregacji. W teorii ułatwia to pojawianie się mętnych, niespójnych i nieweryfikowalnych poglądów, zaś w praktyce retoryka CSR (Corporate Social Responsibility, przyp. W. G.) może stanowić zastępną, z którą firmom łatwo jest ukryć nieetyczne praktyki, czego najbardziej spektakularnym przykładem jest firma Enron (Lewicka-Strzałecka 2004, s.740).*

działalnością społecznie odpowiedzialną¹¹. Jest to warunek *sine qua non*, na który zwrócił uwagę Jan Paweł II w swym wystąpieniu do zebranych w Rzymie w roku 1990 prezesów Europejskich Konfederacji Przemysłowych: ...*żaden model postępu, który nie uwzględnia etycznych i moralnych wymiarów działalności gospodarczej, nie osiągnie sukcesu w sercach ludzi Europy* (Jan Paweł II 1996, s.137).

Literatura

- [1] Bocheński J.M., 1993, *Przyczynek do filozofii przedsiębiorstwa przemysłowego*, w: tegoż, *Logika i filozofia*, PWN, Warszawa, s. 162–186.
- [2] Boulding K.E., 1985, *Etyka i biznes*, w: Grosfeld J., red., *Ponad ekonomią*, PIW, Warszawa, s. 59–69.
- [3] Carrol A.B., Buchholtz A.K., 2003, *Business & Society: Ethics and Stakeholder Management*, 5 wyd., Thomson-South-Western, Mason, Ohio.
- [4] Collier J. i Roberts J., 2001, *Introduction: An Ethics for Corporate Governance?*, *Business Ethics Quarterly*, Vol. 11:3.
- [5] Drucker P.F., 1999, *Spółczesność pokapitalistyczna*, PWN, Warszawa.
- [6] Fleischer M., 2002, *Konstrukcja rzeczywistości*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław.
- [7] Freeman R.E. i Phillips R.A., 1995, *Efficiency, Effectiveness, and Ethics: A Stakeholder View*, w: Gasparski W. i Ryan L.V., C.S.V., red., *Human Action in Business: Praxiological and Ethical Dimensions*, Transaction (USA) – London (UK), s. 65–81.
- [8] Freeman R.E., 1984, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman, Boston.
- [9] Galarowicz J., 2000, *Człowiek jest osobą: Podstawy antropologii filozoficznej Karola Wojtyły*, Wydawnictwo ANTYK, Kęty.
- [10] Gasparski W., 2004, *Wykłady z etyki biznesu: Nowa edycja*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Zarządzania im. Leona Koźmińskiego, Warszawa.
- [11] Gasparski W., 2005, *Elementy polskiego życia gospodarczego w świetle badań z zakresu etyki i społecznej odpowiedzialności biznesu*, maszynopis (w druku).
- [12] Jan Paweł II, 1996, *European Business Leaders Should Employ the Spiritual and Cultural Resources of Europe for the Well-Being of All*, w: Gasparski W. i Ryan L.V., CSV, red., *Human Action in Business: Praxiological and Ethical Dimensions*, Transaction (USA)–London (UK), 136–138.
- [13] Jan Paweł II, 2005, *Pamięć i tożsamość*, Wydawnictwo Znak, Kraków.
- [14] Jasiołkowski K., *Elita biznesu w Polsce: Drugie narodziny kapitalizmu*, Wydawnictwo IFiS PAN, Warszawa.

- [15] Kuniński M., 1992, *Friedrich A. von Hayek's Theory of Spontaneous Order: Between 'Verstehen' and 'Invisible Hand Explanation'*, w: J.L. Auspitz, Gasparski W., Mlicki M. K., Szaniawski K., red., *Praxiologies and the Philosophy of Economics*, Transaction, New Brunswick (USA)–London (UK), s. 347–388.
- [16] Lewicka-Strzałecka A., 2004, *Kontrowersje wokół teorii i aplikacji społecznej odpowiedzialności biznesu*, *Zagadnienia Naukoznawstwa*, s. 729–742.
- [17] Midgley G., 2000, *Systemic Intervention: Philosophy, Methodology, and Practice*, Kluwer, New York.
- [18] Mises L. von, 1995, *Ludzkie działanie: Traktat o ekonomii* (fragmenty), *Prakseologia*, n. 3–4 (128–129).
- [19] Osiatyński W., 2004, *Rzeczpospolita obywateli*, Wyd. Rosner i Wspólnicy, Warszawa.
- [20] Rok B., 2004, *Biznes w społeczeństwie – oczekiwania i ich realizacja*, w: Kolarska-Bobińska L., red., *Świadomość ekonomiczna społeczeństwa i wizerunek biznesu*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa, s. 73–102.
- [21] Schlesinger P.F., i in., 1999, *Projektowanie organizacyjne*, z przedmową W. Gasparskiego, PWN, Warszawa.
- [22] Znaniecki, F., 1988, *Wstęp do socjologii*, PWN, Warszawa.

SKARGI KONSUMENTÓW W PRAKTYCE RZECZNIKA PRAW OBYWATELSKICH

1. Konieczność ochrony praw konsumentów rozwijała się pod wpływem narastających zagrożeń powstających w związku z wprowadzaniem na rynek niebezpiecznych lub wadliwych towarów i usług, a także z towarzyszącymi im niegodziwymi praktykami handlowymi i przypadkami nieuczciwej reklamy. Uzasadnieniem dla przetwarzania idei ochrony konsumentów przez tworzenie chroniących ich przepisów prawa jest także słabsza pozycja wobec bardzo silnych ekonomicznie i organizacyjnie sprzedawców towarów i usług, posługujących się agresywną reklamą, posiadających nierzadko znaczące wpływy w sferach politycznych, ekonomicznych i finansowych, władających wyspecjalizowanymi komórkami prawnymi.

Polski konsument – najczęściej – nie jest świadomy swoich praw, podpisuje umowy bez wnikliwego przeczytania ich treści, przy czym są one tak zredagowane i komponowane (np. drukowane bardzo małą czcionką), aby ich przeczytanie, a tym bardziej zrozumienie było przynajmniej utrudnione, a odpowiedzialność sprzedawcy (producenta) towarów czy usług – zminimalizowana.

Art. 76 Konstytucji RP nakazujący władzom publicznym *chronić konsumentów (...) przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi* – jest wzorcem konstytucyjnym, zaliczanym do przepisów kształtujących politykę państwa i niedającym jego beneficjentom bezpośrednich konstytucyjnych praw podmiotowych. Stąd też potrzeba systematycznego wprowadzania do poszczególnych ustaw przepisów prokonsumenckich.

Do Rzecznika Praw Obywatelskich wpływa codziennie kilkanaście skarg konsumentów, które dotyczą wadliwości towarów lub sprzedanych usług, trudności

z realizacją prawa do naprawy lub wymiany niezgodnego z umową towaru, a także nierzetelnego traktowania przez sprzedawców, przewoźników, w tym przez pocztę, administrację domów komunalnych, ubezpieczycieli oraz innych usługodawców.

Ostatnio przeważają jednak skargi na banki oraz operatorów telekomunikacyjnych a także na działalność różnego rodzaju „firm” dokonujących oszukańczych praktyk rynkowych poprzez masowe wysyłanie specjalnie spreparowanych zawiadomień o rzekomych „wygranych pieniężnych lub rzeczowych” pod warunkiem wykonania najpierw określonych czynności (np. zakupu towaru, kosztownych połączeń telefonicznych).

Ten ostatni problem został przez pracowników biura Rzecznika szczegółowo opracowany i przedstawiony w odrębnym opracowaniu pod hasłem „Oszustwa na cenną nagrodę” zarówno komisjom Sejmu RP jak i organom ścigania, a także Urzędowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Przedsiębiorcy ci zmieniają nazwę i lokalizację (o ile w ogóle jakąkolwiek wymieniają) natomiast organa wymiaru sprawiedliwości – jak dotąd – nieskutecznie i nietrafnie sprawców takich oszustw ścigają.

Z bardzo licznej grupy spraw uważam za celowe przedstawienie w skrócie dwóch problemów:

1. narzucanie przez banki umów kredytu lub pożyczki pieniężnej zawierających niekorzystne warunki, będące wyzyskiem, przez stosowanie nieproporcjonalnie wysokiego oprocentowania oraz licznych opłat dodatkowych a także egzekwowanie niespłaconego długu przez różnego rodzaju firmy windykacyjne stosujące wątpliwe metody i środki,
2. naliczanie przez operatorów telekomunikacyjnych należności za połączenia z abonentami, bez przekazywania łącznie z fakturą billingów pozwalających konsumentowi usługi sprawdzić czy rzeczywiście takie numery wywoływał. Sprawa komplikuje się, gdy z użyciem sieci telekomunikacyjnej dokonywane są połączenia z internetem.

Ad. 1. Usługi finansowe, których agresywna reklama aktualnie jest wszechobecna w środkach masowego przekazu, deklarująca udzielenie kredytu bankowego niskoprocentowego lub wręcz „0%” przy zakupie licznych dóbr – powinny stanowić obiekt szczególnego zainteresowania prawa konsumenckiego. Bo też umowy kredytowe w różnych postaciach i na różnych zasadach spłaty są oferowane konsumentowi, którego rozbudzona chęć posiadania lub inwestowania przewyższa rozsądek. Wciąż odczuwamy brak działań pobudzających ostrożność konsumentów w zaciąganiu długów.

Problem ściągalności niespłaconych kredytów wiąże się z praktyką kredytową banków. To problem odrębny. Znaczna ilość napływających sygnałów pochodzi od konsumentów, którzy utracili – z różnych powodów – możliwość spłaty w terminie umownym. Część skarg pokazuje jednocześnie, w jaki sposób naliczane, najczęściej nieokreślone wcześniej w umowach tzw. odsetki karne, niszczą dłużnika, jego rodzinę oraz poręczycieli.

Niszczącymi dłużnika są także niektóre umowy kupna towaru, przy których sprzedający występuje jako przedstawiciel podmiotu finansowego udzielającego kredytu, bo pośredniczy w zawarciu umowy kredytu. Po podpisaniu kontraktu towar często nie zostaje dostarczony, sprzedawca ogłasza upadłość lub znika, natomiast bank dochodzi spłaty udzielonego kredytu wywodząc, że ze sprzedawcą nic go nie łączy.

W pozostałych państwach Unii Europejskiej, gdzie także liczne sprawy dotyczą sporów kredytobiorców z profesjonalistami – czy to o ważność klauzul ustanawiających dodatkowo kary umowne na wypadek niespłacenia lub nieterminowego spłacenia długu lub odstąpienia od umowy, czy też o wysokość naliczanych odsetek – sądy z reguły orzekają, iż postanowienia umów nie mogą nadmiernie obciążać konsumenta, a w wyrokach ustalają wysokość dopuszczalnego oprocentowania, najczęściej na poziomie oprocentowania ustawowego mimo odmiennych postanowień umowy.

W Polsce na takie orzeczenia sądów – jak dotąd – nie ma co liczyć. Odwrotnie: Sąd Rejonowy w Bytomiu¹ rozpatrując sprawę pożyczki w lombardzie, opiewającej na kwotę 300 złotych z terminem zwrotu 10 dni i oprocentowaniem 1% dziennie, a w razie zwłoki w spłacie – z oprocentowaniem 1,5% dziennie, nie uznał za celowe dostrzec w tym wyzysku (tj. lichwy). Sprawa trafiła do sądu. Sąd wydał nakaz zapłaty, którym zasądził od pożyczkobiorcy na rzecz pożyczkodawcy kwotę 6595,50 złotych, uznając prawo wierzyciela do odsetek karnych w wysokości 1,5% dziennie. Dochodzenie tej kwoty trwało lata. Powstało pytanie, czy sąd orzekający powinien bezkrytycznie akceptować warunki umowy sprzeczne z zasadami współzycia społecznego narzucone umową? Rzecznik zwrócił się do Prezesa Sądu Okręgowego w Katowicach, który sprawę przekazał Prokuratorowi Rejonowemu w Bytomiu do rozważenia, czy doszło do przestępstwa wyzysku (art. 304 kodeksu karnego). W dniu 7 lipca 2004 r. Rzecznik otrzymał odpowiedź prokuratora, że *materiały nie uzasadniają wszczęcia postępowania* albowiem nie zaistniało *wyzyskanie przymusowej sytuacji*. Jest to jeden z wielu przykładów ilustrujących istniejącą sytuację.

Zainicjowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich wprowadzenie ustawowej górnej granicy dopuszczalnego oprocentowania kredytu – jako środka zwalczania przestępstwa wyzysku (art. 304 kk) – natrafiło na zorganizowany opór instytucji finansowych oraz części posłów. Projekt ustawy w tej materii został jednak przyjęty przez Sejm i oczekuje na rozpatrzenie w Senacie.

Dla przypomnienia, rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 czerwca 1924 r. o lichwie pieniężnej², które obowiązywało jeszcze w latach czterdziestych, rozwiązywało twardo problem ścigania lichwy pieniężnej.

¹ Sygn. akt VII Nc 1205/01.

² Dz.U. Nr 56, poz. 574.

Wystarczyło przekroczenie określonego w rozporządzeniu progu oprocentowania (próg zmienny).

Sąd Najwyższy, choć enigmatycznie, wskazał na potrzebę zwalczania „wyzysku” w wyroku z dnia 8 stycznia 2003 r.³ orzekając, że pozostawienie stronom swobody określenia wysokości odsetek, zarówno, gdy ich źródłem jest ustawa, jak i wówczas, gdy dopuszczalność ich wynika z umowy, nie uchyla kontroli sądu stosunków prawnych formowanych w warunkach wolności gospodarczej pod kątem ogólnych klauzul zabezpieczających obrót gospodarczy przed zjawiskami patologicznymi, które – mimo pozornej zgodności z innymi przepisami – nie mogą doznawać ochrony ze strony państwa. Odwołanie się do zasad współżycia społecznego zarówno w art. 353¹ kodeksu cywilnego, jak i w art. 58 kc ma charakter uniwersalny. Ograniczenia wynikające z tych przepisów odnoszą się także do obrotu profesjonalnego.

Także we wcześniejszym wyroku z 27 lipca 2000 r.⁴ Sąd Najwyższy orzekł, że zastrzeżenie w umowie pożyczki między osobami fizycznymi odsetek w wysokości nadmiernej, niemającej uzasadnienia ani w wysokości inflacji, ani w zyskach osiągniętych w ramach normalnej, rzetelnie prowadzonej działalności gospodarczej, może być sprzeczne z zasadami współżycia społecznego⁵.

Niektóre banki udzielające kredytu obciążają konsumenta „kosztami” za czynności, które mają obowiązek same wykonać. Przykładowo: starająca się o kredyt⁶ w wysokości 4 tys. złotych (kwota przelewu) w GE Money Bank z Gdańska otrzymała kredyt w wysokości 5003,96 złotych, gdyż od razu obciążono ją:

- prowizją banku – 601 złotych,
- opłatą przygotowawczą umowy – 25 złotych.

Od obliczonej w ten sposób kwoty bank naliczył odsetki umowne za okres kredytu w wysokości 3026,83 złotych i kwotę 432 złotych za „obsługę kredytową”. Spowodowało to, że łączna kwota zobowiązania za kredyt w wysokości 4000 złotych wyniosła 8462,79 złotych, ponieważ koszt prowizji i dodatkowo ubezpieczenia zostały skredytowane, więc bank powiększył o nie kwotę udzielonego kredytu. Pozostawiam to rozliczenie bez komentarza.

Generalny Inspektorat Nadzoru Bankowego, do którego także są kierowane przez konsumentów skargi na treść narzucanych kredytobiorcom postanowień umownych – nie podejmuje problemu badania treści umów kredytowych powołując się na zasadę swobody umów (art. 353¹ kc), nie dostrzegając lub nie chcąc dostrzec, że treść umowy lub jej cel nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani też zasadom współżycia społecznego.

³ II CKN 1097/00.

⁴ IV CKN 85/00 OSP 2001/3/48.

⁵ W toku obrad Sejmowej Podkomisji przedstawiciel Ministra Finansów zapytany, ile spraw w 2003 r. prowadziły prokuratury w sprawach o wyzysk pieniężny, odpowiedział, że siedem.

⁶ Na podstawie umowy nr 8960540/118.

Ad. 2. Stały rozwój systemów łączności wywołuje wiele problemów związanych z ochroną praw konsumentów, w szczególności związanych z prawidłowym naliczaniem i rozliczaniem należności operatorów telekomunikacyjnych za usługi, które są często skutecznie kwestionowane.

Powoduje to stały napływ skarg abonentów kwestionujących prawidłowość naliczenia przez Telekomunikację Polską SA należności za połączenia. W skargach tych od lat powtarzają się zarzuty o: nieszczelności linii i urządzeń, o możliwości podłączenia się do linii osób trzecich, o możliwości przekierowania połączenia na anonimowych odbiorców zagranicznych, a także na celowe przeciąganie połączenia z nr 0-700 czy 0-709, co zwiększa liczbę naliczanych impulsów, jak również włączanie się płatnych stron internetowych, które trudno wykasować i wiele innych.

Informacje rzecznika prasowego TP SA są mało przekonujące, gdy np. oświadcza, że *wszystkie informacje o możliwościach przekierowania połączeń na numer wysokiej płatności są niemożliwe*, a następnie przestrzega przed dopuszczaniem do aparatu obcych ludzi, bo mogą oni aktywować usługę przekierowania połączeń na inny numer⁷.

Przeprowadzone postępowania potwierdzają dość często zaistnienie przekłamania systemu naliczania impulsów, a także błędy pracowników operatora. Powtarzają się skargi na system reklamacji drogą „Błękitnej Linii”.

Skargi wskazują na brak zaufania konsumentów tej usługi do operatora, który może się pogłębiać, a to z powodu oporu przed wprowadzeniem zasady przekazywania abonentowi wraz z fakturą wykazu połączeń, za które jest zobowiązany zapłacić. O nadesłanie mu billingu własnych rozmów konsument musi każdorazowo występować do operatora.

W tej materii Rzecznik występował do Ministra Infrastruktury o podjęcie działań legislacyjnych, które dostosują postanowienia ustawy prawo telekomunikacyjne do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz dyrektyw UE. Art. 93 ust. 5 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne⁸ w zakresie, w jakim nakłada na abonenta obowiązek złożenia wniosku o doręczenie szczegółowego wykazu wykonanych usług telekomunikacyjnych jest niezgodne z treścią wyroku ETS w sprawie *Komisja Europejska przeciwko Austrii w sprawie wdrożenia dyrektywy 98/10 w zakresie billingów* i Dyrektywą 2002/22 w sprawie usługi powszechnej. Szczegółowy wykaz rozmów powinien być doręczany abonentom z mocy ustawy i zawartej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, wraz z fakturą dającą możliwość weryfikacji i kontroli naliczanych opłat. Wypełnienie tego obowiązku nie może powodować podwyższenia ceny abonamentu lub innych opłat. Mimo jednoznaczności wyroku ETS Minister Infrastruktury nie uznaje takiej potrzeby.

⁷ Za PAP: *Dementi TP SA* z 10 lutego 2005 r.

⁸ Dz.U. Nr 171, poz. 1800.

Dopiero obowiązek doręczania przez operatorów billingów wraz z fakturą zapewni abonentom kontrolę wydatków za korzystanie z powszechnych usług telekomunikacyjnych. Przesyłanie billingu dopiero na wniosek abonenta istotnie ogranicza odpowiedzialność operatora za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. W niektórych przypadkach dopiero przesłanie konsumentowi faktur na kilka lub kilkanaście tysięcy złotych powoduje, że osoba tym zdarzeniem dotknięta otrzymuje od TP SA szczegółowy wykaz rozmów i wywołuje postępowanie reklamacyjne.

Osobnym problemem stają się zarzuty przekierowania połączeń bez wiedzy i woli konsumenta. Rzecznik Praw Obywatelskich przedstawiał problem Prezesowi Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty. W przypadku złożenia przez abonenta reklamacji w związku z wysokim rachunkiem, powinny być przedstawione przez usługodawcę dowody, że połączenie, które abonent kwestionuje, doszło do skutku zgodnie z wolą abonenta, a nie w związku z wadą systemu lub na skutek przestępstwa. Gołosłowne oświadczenia operatora o *świadomym i dobrowolnym* korzystaniu z usług o podwyższonej płatności np. przez użytkowników stron internetowych nie może rodzić finansowych skutków dla abonenta.

Ponadto zgodnie z art. 64 pt polecenie przekierowania powinno zawierać wyraźnie widoczną cenę za jednostkę rozliczeniową połączenia ze wskazaniem ceny netto i brutto.

Dostawca usług powinien być także zobowiązany do ostrzegania użytkowników, w szczególności w przypadku szczególnego ryzyka, o tym, że stosowane przez niego środki techniczne nie gwarantują w pełni bezpieczeństwa przekazu, a także o istniejących możliwościach zapewnienia bezpieczeństwa i związanych z tym kosztach (art. 175 ust. 2 pt). Zapewnienie bezpieczeństwa usługi powinno obciążać operatora. I w tym przypadku napotykałyśmy opór operatorów oraz środowisk lobbyngowych.

Liczne finansowe nieszcześcia konsumentów wywołało wprowadzenie usług wywoływanych numerem 0-700. W dalszym ciągu konsumenci usług telekomunikacyjnych podnoszą problem połączeń z abonentami, których stacje telefoniczne posiadają numery 0-700, tj. z numerami dzierżawionymi od TP SA przez różnych przedsiębiorców. Są to połączenia, w których koszt jednej minuty jest kilka lub kilkanaście razy droższy niż w przypadku połączenia międzystrefowego. Przez niektórych odbiorców połączenie bywa celowo przedłużone. Na podstawie umowy zawartej między TP SA a takim przedsiębiorcą operator otrzymuje około 50% sumy uzyskanej za połączenia z numerem 0-700.

Pojedyncze wyroki sądów już kilka razy uznały, iż nie można wykluczyć, że osoby trzecie dokonywały podłączenia do linii abonenta TP SA i uruchamiały impulsy telefoniczne na rachunek abonenta. Np. osoby, które wydzierzały od Telekomunikacji Polskiej numery 0-700 wynajmowały mieszkanie i realizowały

połączenia na koszt wynajmującego albo włączywały się do sieci abonenta. W takich przypadkach konsumenci otrzymywali rachunki wystawione na kwoty sięgające od kilku tysięcy do stu kilkudziesięciu tysięcy złotych.

W przypadku reklamacji TP SA wyjaśniała abonentom, że *urządzenia rejestrujące prawidłowo działały, a w reklamowanym okresie nikt nie zgłaszał awarii sieci* oraz że reklamowane połączenia są w bliskim sąsiedztwie z połączeniami, których abonent nie reklamuje, że *to od abonenta zależy, komu udostępnia swój aparat telefoniczny itp.* Natomiast należność przekazywana jest do firm windykacyjnych.

Rzecznik otrzymuje także skargi abonentów TP SA korzystających z sieci internetowej. Skargi te dotyczą automatycznych połączeń ze stronami płatnymi (0-700), których oglądania użytkownicy sobie nie życzyli. Programy przekierowujące instalują się w komputerze abonenta i nie tylko nie można szybko wyjść z tych stron, ale przy wyłączeniu i ponownym włączeniu komputera te płatne strony automatycznie pojawiają się na ekranie komputera (m.in. dotyczy to stron erotycznych).

Powyższe prowadzi do wniosku o potrzebie zmiany zasad korzystania konsumentów z połączeń z numerami 0-700. Taka możliwość powinna następować tylko wówczas, gdy abonent tego w specjalnej umowie zażąda.

Aby świadczyć „usługi powszechne na rzecz abonenta” operator powinien zawrzeć stosowną umowę, natomiast, aby świadczyć „usługi dostępu na rzecz abonenta” operator powinien zawrzeć z abonentami odrębną umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych na podstawie prawa telekomunikacyjnego. Tak więc zawarcie umowy o świadczenie usług powszechnych nie może być jednocześnie upoważnieniem dla operatora do świadczenia na rzecz abonenta usługi do numeru 0-700 bez podpisania dodatkowej umowy przewidzianej w art. 34 pt. Operator nie może też uzależnić zawarcia umowy o świadczenie usług powszechnych, a także świadczenia tych usług, od zawarcia przez użytkownika umowy o świadczenie dostępu do numeru 0-700.

Każdy abonent będzie miał możliwość korzystania ze wszystkich usług świadczonych przez operatorów telekomunikacyjnych o ile wyrazi najpierw taką wolę.

Doświadczenie operatorów komórkowych, którzy często wprowadzają nowe usługi, do których przystępują (bądź nie przystępują) konsumenci nie uzasadnia stanowiska o rzekomym działaniu wbrew interesom konsumentów, jeśli wprowadzi się taką zmianę. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił pozew TP SA w sprawie należności 850 tys. złotych naliczone za rozmowy ze stacją o numerze 0-700, uznając, iż stosunek łączący operatora z abonentem składa się nie tylko z umowy, ale też z regulaminu i cennika. Zdaniem sądu, operator nie wykazał, aby usługi 0-700 należały do jego oferty.

Brak udowodnienia szczelności sieci, o co zwracaliśmy się do operatora oraz brak skutecznego zabezpieczenia przed ingerencją osób trzecich przy wykorzystaniu komputera – narusza obowiązek ochrony abonentów przed naliczaniem płatności za usługi spowodowane przestępstwem.

Zakończenie

Dotychczasowe doświadczenia wskazują, że niedostateczna ochrona konsumentów ma także swoje źródła w braku stanowczych rozstrzygnięć w wyrokach ferowanych przez sądy polskie. Jak to słusznie zauważa prof. Ewa Łętowska, *orzecznictwo sądów polskich nie przełamało jeszcze przekonania, że podpisanie umowy oznacza, iż obie strony tego chciały. Tak przecież nie jest. Treść większości umów to postanowienia narzucone konsumentom przez silniejszego partnera umowy.*

Działania Rzecznika Praw Obywatelskich na rzecz obrony praw konsumentów muszą w większej mierze koncentrować się na przystępowaniu do procesów sądowych dla uzyskiwania precedensowych rozstrzygnięć.

Marian Strużycki

OCHRONA KONKURENCJI I KONSUMENTÓW – KONTEKSTY EKONOMICZNE

Proces wielkich przemian gospodarczych, które miały miejsce w latach dziewięćdziesiątych, ciągle dokonuje się na początku XXI wieku i będzie trwał w miarę narastania doświadczeń, pojawiania się nowych zjawisk i problemów związanych z umacnianiem tendencji rozwojowych w oparciu o reguły gospodarki rynkowej.

Wypowiadanie się na temat ochrony konkurencji i konsumentów przez autora niniejszego artykułu wynika z faktu zajmowania się podstawowymi problemami gospodarki, a zwłaszcza przedsiębiorstw, mechanizmów rynkowych, w tym problematyki konkurencji w procesach produkcji i dystrybucji, wpływu na rynek szeroko rozumianych procesów globalizacji i związanych z nimi wysublimowanych procesów koncentracji i konkurencji itp. Wszystkie wymienione wątki od wielu lat przewijają się przez problematykę badań realizowanych w Instytucie Rynku Wewnętrznego i Konsumpcji (IRWiK), a także w wielu jednostkach i katedrach Szkoły Głównej Handlowej, w tym kierowanej przez autora Katedrze Zarządzania Przedsiębiorstwem¹.

Tempo zmian związanych z wprowadzaniem nowego systemu gospodarczego z natury rzeczy wywołuje liczne niebezpieczeństwa, wiążące się nie tylko

¹ W artykule nawiązuję do następujących opracowań IRWiK: B. Pokorska i E. Maleszyk, *Koncentracja i integracja w handlu wewnętrznym*. PWE, Warszawa 2003; M. Strużycki (red.) *Zarządzanie przedsiębiorstwem*. Difin, Warszawa 2004; M. Strużycki (red.) *Doskonalenie procesów zarządzania w przedsiębiorstwie a świadomość menedżerska*. Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2001; M. Strużycki (red.) *Dystrybucja jako źródło konkurencyjności przedsiębiorstw na przełomie XX i XXI wieku*. Wyd. IRWiK, Warszawa 2001; M. Strużycki (red.) *Globalizacja handlu w Polsce – szanse i zagrożenia*. Wyd. AiZ, Warszawa 1996.

z uproszczonym pojmowaniem fundamentalnych procesów rynkowych, ale także rozmijaniem się generalistów i ideowych założeń gospodarki rynkowej z praktyką zachowań konkurencyjnych, dążeń koncentracyjnych i uwzględniania w tych procesach pozycji i ochrony konsumenta jako głównego podmiotu sprawczego, który akceptuje i weryfikuje cały system podaży rynkowej, a w szczególności jej formy, ceny, informację, promocję, dostępność i kompleksowość oferty itp.

Doświadczenia badawcze wynikające z realizowania każdego roku w Instytucie Rynku Wewnętrznego i Konsumpcji kilkudziesięciu prac z zakresu problematyki przedsiębiorstw działających na rynku, problematyki konsumpcji i konsumentów jako generalnych odniesień podmiotowych, ale także głównych weryfikatorów różnorodnych procedur marketingowych, wreszcie oddzielnie badanej problematyki usług oraz problematyki przedsiębiorstw usługowych, pozwalają autorowi zauważyć, że realne procesy gospodarcze w zakresie wymienianych problemów dokonują się szybciej niż zmiany w świadomości uczestników rynku – i to zarówno po stronie przedsiębiorstw kreujących produkcję i podaż rynkową, jak i po stronie konsumentów. Wymienione okoliczności ośmielają autora do wyrażenia poglądu, że w całym procesie tworzenia nowej rzeczywistości gospodarczej niezwykle ważną rolę odgrywa Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który w okresie całego 15-lecia miał szczęście do światłego kierownictwa, którego wiedza i wyobraźnia, a także umiejętność wykorzystania doświadczeń płynących z Unii Europejskiej i jej instytucji tworzyła nową jakość kontaktów między Urzędem o charakterze regulacyjnym i kontrolnym a tworzącym się rynkiem.

Trzeba przypomnieć, że piętnastolecie gospodarki rynkowej w Polsce było równocześnie okresem wykorzystywania wiedzy i doświadczeń w zakresie całej instrumentacji rynkowej płynącej z rozwiniętych krajów tworzących podstawy i realne procesy gospodarcze w Unii Europejskiej. Tempo tych zmian od strony powołania instytucji firmujących podstawowe kategorie rynkowe było znacznie szybsze niż powszechna zmiana świadomości menedżerów, a także świadomości konsumenckiej. Polski rynek stał się areną zderzenia zarówno doświadczonych i wyrafinowanych w swoim postępowaniu firm traktowanych jako globalne i innych grup firm reprezentujących kapitał zagraniczny oraz ogromnej masy firm z kapitałem polskim, obejmujących szeroko rozumiany sektor małych i średnich przedsiębiorstw, występujących w obszarze produkcji i dystrybucji.

Autor niniejszego artykułu starał się wyprzedzać te zjawiska realne, które pojawiały się na rynku poprzez system badań realizowanych zarówno w Instytucie Rynku Wewnętrznego i Konsumpcji, jak i w Katedrze Zarządzania Przedsiębiorstwem w SGH. Pierwsze badania pochodzące z połowy lat 90. koncentrowały się na dwóch wątkach: reakcji menedżerów na zmiany w zarządzaniu, określane jako budowa nowej świadomości menedżerskiej i równolegle z tym wątkiem tematy dotyczące globalizacji rynku wewnętrznego w Polsce jako szanse i zagrożenia. Z badań tych wynika, że pierwsze 5 lat rozwoju gospodarki

rynkowej można nazwać okresem wielkich nadziei i chaosu rynkowego, z którego powoli zaczęły wyłaniać się prawidłowości w zakresie zachowań rynkowych, prawidłowości dotyczące ograniczeń w skali koncentracji oraz elementów ochrony interesów konsumentów.

Doświadczenia płynące z funkcjonowania na rynku polskim coraz to nowych firm zagranicznych wskazywały na skłonność do uproszczonego pojmowania możliwości w zakresie zachowań konkurencyjnych, kreowania wielkich akcji promocyjnych, nowego układania stosunków z dostawcami towarów, operowania cenami jako podstawowym czynnikiem wygrywania konkurencji na konkretnych rynkach itp. Był to okres, w którym obok wielkiej ekspansji kapitału zagranicznego powstały możliwości prywatyzacji niemal całej sfery dystrybucji, a także postępującej prywatyzacji sektorów produkcyjnych. Samo istnienie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwarzało pewne możliwości obserwowania tych zjawisk, zarówno pozytywnych jak i negatywnych, jak i budowania instrumentacji prawnej ciągle doskonalonej w następnych latach i przechodzącej do praktyki nadzoru, praktyki wszczynania postępowań w przypadku naruszania istniejącego prawa, stwierdzania faktów naruszeń zbiorowych interesów konsumentów oraz równości podmiotów rynkowych na rynku konkurencyjnym.

Na początku lat 2000. UOKiK prowadził 628 postępowań wyjaśniających w związku z domniemaniem naruszeń zbiorowych interesów konsumentów. Także w tym okresie pojawiła się interesująca inicjatywa oraz związane z nią dokumenty dotyczące polityki konsumenckiej w latach 2002–2003 i następnych².

Szeroka dyskusja w tym zakresie, przyciągnięcie i zainteresowanie wszystkich stron mających wpływ na kreowanie stosunków rynkowych, stworzyło nowy klimat dla realizowania polityki ochrony interesów konsumentów, doskonalenia jej instrumentacji i zyskiwania nowych sojuszników we wspieraniu szeroko rozumianej polityki ochrony konkurencji i konsumenta.

Warto przypomnieć, że w opracowaniu pt. *Strategia polityki konsumenckiej* zawarte są główne kierunki tej polityki, obejmującej nie tylko ochronę zbiorowych interesów konsumentów, ale także zwalczanie niedozwolonych klauzul umownych oraz realizację przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Cele tej polityki mają swój wymiar europejski i obejmują takie fundamentalne kwestie, jak: tworzenie bezpiecznego i przyjaznego konsumentowi rynku; promocja dialogu społecznego i mechanizmów samoregulacji; tworzenie efektywnej informacji poradnictwa i dochodzenia roszczeń konsumenckich; wreszcie prowadzenie proaktywnej polityki informacyjnej i edukacyjnej.

Za wymienionymi hasłami – a ściślej mówiąc problemami składającymi się na istotę polityki konsumenckiej – kryją się struktury realnych działań Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, długofalowe wyznaczniki rozwiązań organizacyjnych, wyraźny akcent na uspołecznienie tych procesów, a także

² Patrz szerzej: *Strategia polityki konsumenckiej na lata 2004–2006*. Wyd. UOKiK, Warszawa 2004.

rozwiązania o charakterze restrykcyjnym pozwalające skutecznie dochodzić praw konsumenckich w trybie sądownictwa polubownego lub innych form bezpieczeństwa szeroko rozumianych interesów konsumentów.

Wydaje się, że w tych właśnie latach Urząd wytworzył niezwykle sprzyjający klimat dla współpracy z ośrodkami naukowymi i konkretnymi osobami interesującymi się zawodowo problematyką szeroko rozumianej gospodarki rynkowej, koncentracji, konkurencji i szeroko rozumianych kontekstów ochrony interesów konsumentów.

Zainicjowana już w roku 1996 budowa infrastruktury instytucjonalnej ochrony konsumentów w Polsce dyskontowała doświadczenia ówczesnej Państwowej Inspekcji Handlowej (obecnie Inspekcja Handlowa), a kompetencje Urzędu zostały rozszerzone o oczekiwania społeczne dotyczące problematyki konsumenckiej. Można bez większego błędu powiedzieć, że od 10 lat ma miejsce integracja polityki prokonsumenckiej i prokonkurencyjnej, że stwarza ona coraz to skuteczniejsze możliwości umacniania reguł cywilizowanej konkurencji, a także ochrony interesów konsumentów.

Badania nad współczesnym rynkiem prowadzone przez autora w końcu lat 90. i na początku lat 2000. nad tematyką dystrybucji jako obszaru konkurencji wskazują, że w wielu wątkach występują próby praktyk monopolistycznych, godzących w reguły wolnej konkurencji, a także że w sposób jawny lub ukryty naruszane są interesy konsumentów. Występowanie potrzeby ochrony znalazło swój wyraz w zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym na ustawę o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów. Pojawiły się dwa skoordynowane merytorycznie kierunki działania Urzędu i budowania świadomości menedżerów oraz świadomości społecznej w zakresie podstawowych kierunków ochrony konkurencji i konsumentów, konsekwentnego kreowania polityki konsumenckiej, kreowania skutecznego prawa regulującego praktyki naruszeń konkurencyjnych, budowania podstaw regulacyjnych dla zagadnień koncentracji i sposobów regulacji tych procesów, wreszcie gromadzenia doświadczeń poprzez monitorowanie różnorodnych czynności wynikających z uprawnień Urzędu i jego roli w gospodarce rynkowej.

Doświadczenia autora z badań nad procesami dystrybucji w kontekście konkurencji wskazują, że silne firmy dystrybucyjne, będące najczęściej układem filialnych wielkich firm globalnych, narzuciły polskim producentom nowe praktyki kontaktów związanych z udziałem w kosztach dystrybucji, w tym w kosztach promocji, kreowania nowej polityki negocjacji cenowych itp.

Wszystkie te zjawiska dobrze rozpoznane prowadzą do wniosku, że praktyka ochrony interesów konsumenta musi być prowadzona równoległe z praktyką ochrony konkurencji. Szczególne znaczenie w tym procesie ma praktyka ochrony zbiorowych interesów konsumentów. Za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów uważa się w szczególności stosowanie postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umów uznanych

za niedozwolone zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego. Łączy się to z obowiązkiem udzielania konsumentom rzetelnej i prawdziwej informacji, rzetelnej reklamy i uczciwej konkurencji traktowanej jako ważny element zbiorowych interesów konsumentów.

W nawiązaniu do tych wątków badania realizowane na przełomie lat dziewięćdziesiątych i dwutysięcznych w IRWiK wskazują, że świadomość menedżerów realizujących podstawowe procesy rynkowe jest na stosunkowo niskim poziomie, a także że polski rynek i polski konsument traktowany jest przez wiele firm jako konsument początków cywilizacji rynkowej, w której kreatorzy podaży mogą omijać określone przepisy, zmuszać do akceptacji reguł nierzetelnej promocji, stosować wszystkie możliwe chwytów reklamowe, zarówno w interesie konsumentów, jak i niekorzystnie wpływających na ich świadomość i dokonywanie wadliwych wyborów.

Nie ulega wątpliwości, że w tych warunkach polityka ochrony konsumentów uzyskała rangę samodzielnej polityki, odgrywającej rolę wiodącą w mechanizmach regulacyjnych rynku wewnętrznego w Polsce, podobnie jak ma to miejsce w innych krajach Unii Europejskiej. Doceniono te wartości przez fakt przyjęcia w roku 1998 przez Radę Ministrów pierwszego rządowego projektu polityki konsumenckiej na lata 1998–1999, przedstawionego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Warto przypomnieć w tym miejscu, że politykę konsumencką określono jako:

- wzmocnienie bezpieczeństwa zdrowotnego konsumentów przez skuteczniejszą ochronę przed produktami i usługami mogącymi stwarzać zagrożenie dla życia i zdrowia nabywców,
- wzmocnienie bezpieczeństwa ekonomicznego przez skuteczniejszą ochronę przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi, a zwłaszcza praktykami monopolistycznymi i czynami nieuczciwej konkurencji,
- zapewnienie faktycznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości poprzez stworzenie uproszczonych procedur dochodzenia roszczeń konsumentów,
- zapewnienie powszechnego dostępu do informacji i edukacji konsumenckiej poprzez rozwój poradnictwa, wprowadzenie elementów wiedzy konsumenckiej do programów nauczania na różnych poziomach kształcenia, popularyzację w mediach itp.,
- stworzenie warunków prawnych i finansowych rozwoju ruchu konsumenckiego,
- zaktywizowanie organów samorządu terytorialnego w zakresie działalności prokonsumenckiej.

Realizowane w kolejnych latach programy rządowej polityki konsumenckiej na lata 2000–2001, 2002–2003, a także strategii polityki konsumenckiej na lata 2004–2006 stwarzały kompleksowe podstawy prawne systemu ochrony

konkurencji i konsumentów³. Nastąpił okres efektywnego i stosunkowo szybkiego wzmocnienia kompetencji organów administracji zajmujących się problematyką konsumencką a także problematyką ochrony konkurencji. Niezwykle ważną rolę w tym systemie zmian odegrały terenowe struktury ochrony konkurencji i konsumentów oraz powstanie krajowego systemu monitorowania wypadków naruszenia interesów konsumenckich.

Z ekonomicznego punktu widzenia wprowadzenie do stosunków rynkowych świadomej polityki konsumenckiej stwarza podstawy do większego bezpieczeństwa ekonomicznego tych grup ludności, których przemiany strukturalne polskiej gospodarki wyraźnie osłabiły ekonomicznie lub zepchnęły na margines wykluczenia społeczno-gospodarczego. Równoległe z problematyką realnych procesów rynkowych godzących w zbiorowe interesy konsumentów zwraca się uwagę na systemy informacyjne rynku związane z reklamą lub stosowaniem niedozwolonych postanowień w umowach zawieranych przez konsumentów.

Długofalowo ważną, z punktu widzenia konsumenckiego, jest popularyzacja prawa konsumenckiego wśród wszystkich uczestników rynku. Niezależnie od stopnia formalizacji ochrony konkurencji i konsumentów ciągle otwartą kwestią pozostaje budowa podstaw i utrwalanie określonej wiedzy, a w konsekwencji budowanie określonej świadomości w zakresie samoregulacji tych procesów. Wymaga ona określonej samodyscypliny przedsiębiorstw, a także opracowania i przestrzegania zasad postępowania akceptowanych dobrowolnie i stosowanych przez podmioty gospodarcze.

Prowadzi to do przygotowania podstaw do tworzenia kodeksów etycznych nazywanych także kodeksami dobrych praktyk⁴. Wysiłki w tym zakresie należy ocenić jako ważną „inwestycję” w świadomość konsumencką i świadomość menedżerów, którzy we wspólnym interesie akceptują dobre praktyki rynkowe, dobre zachowania i zrozumienie swoistej wspólnoty interesów w zakresie wszystkich elementów i mechanizmów działania rynkowego.

Inaczej mówiąc chodzi o wspólną świadomość rynkową głównych uczestników, którą niekiedy określa się jako „cywilizację rynkową”, czyli akceptowany zespół norm, zachowań, informacji, kształtowanych zgodnie z interesami uczestników rynku, a szczególnie konsumentów.

Wszystkie elementy samoregulacji w tym zakresie prowadzą do utrwalenia kultury dobrych praktyk gospodarczych. Jej fundamentem jest szeroko rozumiana profesjonalność menedżerów przedsiębiorstw. To z ich zachowań wynikają wszystkie pozytywne elementy budowania płaszczyzny dobrych praktyk. Żadne mechanizmy zewnętrzne nie zastąpią powszechnej skuteczności dobrych

³ Patrz szerzej: A. Dąbrowska, M. Janoś-Kresło, I. Ozimek, *Ochrona i edukacja konsumentów we współczesnej gospodarce rynkowej*. PWE, Warszawa 2005.

⁴ W nawiązaniu do: A. Mokrysz-Olszyńska, *Rola kodeksów dobrych praktyk w ochronie konsumenta*. Maszynopis powielony, UOKiK, Warszawa 2005.

praktyk opartych na swoistej samokontroli, dyskontującej kulturę cywilizacji rynkowej, w której odpowiedzialność, dbałość o tożsamość firmy krzyżuje się z budowaniem własnej pozycji konkurencyjnej, skłonnością do współpracy w ramach konkretnego regionu, konkretnej zintegrowanej organizacji itp.

Stosowanie dobrych praktyk gospodarczych jest uogólnieniem, swoistą syntezą zdolności samoregulacyjnej pojedynczego przedsiębiorstwa a także pojedynczego pracownika, który styka się z konkretnym towarem, konkretnym procesem obsługi i konkretnym konsumentem. W założeniach samoregulacyjnych odczytuje się niekiedy swoistą ideowość, która może, ale nie musi występować, która jest pożądana, ale nie zawsze akceptowana przez podmioty rynkowe kreujące podaż towarów i usług, która w gruncie rzeczy jest bardziej przejawem kultury niż profesjonalnej normy prawnej lub odczuwania potrzeby budowania na tej drodze tożsamości rynkowej społeczeństwa.

Niezależnie od pewnej dozy sceptycyzmu w tych ocenach, w warunkach budowy polskiej gospodarki rynkowej dobre praktyki gospodarcze i ich popularyzacja mogą odegrać kapitalną rolę w kreowaniu nowej kultury rynku i kontaktów partnerskich między producentami, systemami dystrybucji towarów i usług oraz szeroko rozumianych więzi rynkowych z konsumentami.

Na marginesie idei partnerstwa rynkowego i partnerstwa marketingowego należy zauważyć, że powstała cała literatura zmieniająca relacje podmiotowe i związane z nimi relacje biznesowe w oparciu o idee partnerstwa, idee kooperacji, które prowadzą do nowej jakości w procesach konkurencji oraz nowej jakości w ochronie interesów konsumenta⁵.

Warto w tym miejscu zauważyć, że rynek właściwy – traktowany jako rynek towarów mający swój wyraz podmiotowy, terytorialny, ale także cenowy, jakościowy; rynek stwarzający panoramę struktur komplementarnych i substytucyjnych; rynek geograficznie określony, ale także rynek akcentujący określone preferencje potrzeb konsumentów; rynek zróżnicowany cenowo w czasie i przestrzeni – wyzwala ogromną energię po stronie podaży i jest kuszącym obszarem, na którym dokonują się stałe procesy koncentracji, nasilają się lub zwalniają procesy konkurencji i który wręcz wymaga określonego nastawienia regulacyjnego ze strony urzędów państwowych, a szczególnie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Partnerstwo i kooperacja w tych procesach nie stanowią hamulca w umacnianiu tych kierunków koncentracji, które przynoszą postęp w produkcji i dystrybucji, kształtują nowe sposoby wyznaczania rynku geograficznego i produktowego, przyczyniają się do nowych elementów utrwalających kulturę współdziałania podmiotów, kulturę kształtowania więzi z konsumentem aż do gospodarstwa domowego włącznie.

Istnieje w tym względzie ogromne pole zapotrzebowania na monitorowanie

⁵ Patrz szerzej: M. Strużycki, *Stosunki partnerskie w łańcuchu dystrybucji*, w: *Przedsiębiorstwo partnerskie*. Wyd. Difin, Warszawa 2002.

procesów koncentracji i konkurencji oraz umacniania tych wartości rynku, które nie naruszają praw konsumenckich, a także praw słabszych partnerów rynkowych liczebnie dominujących na polskim rynku i określanych jako małe i średnie przedsiębiorstwa.

Akcentowanie zmian w kierunku umacniania tendencji partnerskich i kooperacyjnych wynika z faktu, że rynek właściwy oparty o reguły koncentracji stanowi istotną siłę rynkową po stronie podaży, buduje podstawy siły przetargowej nabywców i co najistotniejsze, stwarza podstawy dla wykorzystywania efektów synergii opartej na partnerstwie i kooperacji.

Niezwykłe istotnym w całym procesie regulacyjnego i strukturalnego podejścia do ochrony konkurencji i konsumentów jest ekonomizacja tych procesów przez organa regulacyjne. Istota procesu wynika z faktu, że szeroko rozumiana koncentracja i konkurencja ma swój wyraz w zakresie organizacji podaży oraz zaspokajania określonego popytu. Ze zderzenia układu popytowo-podażowo-cenowego rodzi się określona pozycja rynkowa uczestników rynku, ich siła rynkowa, która może być siłą harmonizującą interesy z innymi uczestnikami rynku, a może być siłą dominującą ograniczającą równe prawa innych uczestników.

Szczególna rola w zakresie wykorzystania kreowania więzi partnerskich i kooperacyjnych przypada tym graczom rynkowym na konkurencyjnym rynku, którzy posiadają silną pozycję, wysoką dynamikę procesów gospodarczych i tworzą główną siłę rozwojową danego rynku. Ich dobra wola a także kultura działalności rynkowej może stworzyć zachęcającą sytuację do kooperacji z małymi i średnimi firmami, i wręcz sprzyjać i chronić małe i średnie firmy na rynkach właściwych i to w różnym wyrazie.

Istota procesu polega na tym, że koncentracja dotyczy nie tylko wartości kapitałowych, że ma swój konkretny wyraz geograficzny, lokalizacyjny, pozwalający na łatwość znalezienia dostępu do towaru substytucyjnego, czyli do budowania przejrzystości rynku i w konsekwencji do przyczyniania się dziś do tworzenia łańcucha wartości, zarówno przez wielkie, jak i małe i średnie firmy.

Trudno określić jak wielką rolę w tym procesie odgrywają regulacje urzędowe reprezentowane przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a jaką rolę będą odgrywać inne formy samoregulacji całego układu podmiotowego rynku, a także instytucje w postaci Rady do spraw Dobrych Praktyk Gospodarczych. Istotą skuteczności działania tych inicjatyw jest zdolność komunikacji w całym systemie funkcjonowania rynku, a także swoistego zaufania społecznego, budowanego przez samych konsumentów i organizacje konsumenckie, zaufania w zakresie bezpieczeństwa konkretnych produktów i bezpieczeństwa całego obrotu w zakresie towarów i usług.

Wszystkie te oczekiwania muszą opierać się na długofalowej, świadomej polityce konkurencji i polityce konsumenckiej, w której działalność partnerska

i kooperacyjna przenosi się na szeroko rozumiane interesy biznesowe, na strategię rozwoju firm, strategię współdziałania firm z otoczeniem administracji regionalnej, organizacjami konsumenckimi aż do gospodarstw domowych włącznie⁶.

Wszystkie wymienione problemy nawiązują i sygnalizują tendencje, które występują w państwach Unii Europejskiej o rozwiniętych i uregulowanych rynkach i znacznie większym doświadczeniu niż polskie praktyki rynkowe w zakresie kształtowania wizerunków konkretnych firm i praktyki postępowania rynkowego we wszystkich przejawach, aż do ułożonych zgodnie z regułami kultury rynkowej działań promocyjnych.

Na zakończenie tego fragmentu artykułu warto postawić pytanie, czy w strukturze wiedzy ekonomicznej oraz wiedzy prawniczej występuje określony proces użytecznej miksacji, która pozwala w sposób właściwy kształcić przyszłych ekonomistów i prawników rozumiejących się nawzajem, umiejących interpretować zjawiska ekonomiczne i prawnicze zgodnie z wymaganiami obu tych wielkich i rozległych dziedzin wiedzy. Jest to tym bardziej zasadne pytanie, że wykształcenie prawnicze i ekonomiczne w procesach rynkowych podlega coraz większej miksacji od strony kwalifikacji zawodowych, oznacza to potrzebę wyposażenia elementarnego przyszłych prawników i ekonomistów w podstawowe atrybuty tej wiedzy, aby decyzje menedżerów, doradzanie, miało swoje podstawy zarówno ekonomiczne jak i prawnicze.

Nie ulega wątpliwości, że współczesny ekonomista musi opanować podstawowe zagadnienia z zakresu prawa, podobnie jak współczesny prawnik musi ciągle dowartościowywać swoje umiejętności z zakresu ekonomii. Jest to szerszy problem, który wymaga zmiany nastawienia do kształcenia w obu tych obszarach. Hermetyczność języka, hermetyczność kształcenia nie sprzyja temu procesowi, tylko zasada otwartości w obu kierunkach może ukształtować atmosferę dobrych praktyk także w tym zakresie⁷.

Kilka uwag o potrzebie umacniania roli bliskiej autorowi problematyki Inspekcji Handlowej plasującej się znacząco w systemie ochrony konkurencji i konsumentów, a szczególnie konsumentów. Jest to instytucja o utrwalonej w społeczeństwie opinii i dobrej renomie, która kształtuje normy zachowań rynkowych, reaguje na naruszanie praw konsumenckich, ale także dobrych obyczajów, na które jest wielkie zapotrzebowanie w złożonych realiach polskiego rynku.

Inspekcja Handlowa pełni również nieocenioną rolę nadzorczą i monitorującą, postrzeganą jako swego rodzaju instrument oddziaływania na szeroko rozumiany rynek, konsumpcję i konsumenta.

⁶ W nawiązaniu do: M. Strużycki (red.), *Małe i średnie przedsiębiorstwa w gospodarce regionów*. PWE, Warszawa 2004.

⁷ W nawiązaniu do: C. Kozikowski, *Wiedza ekonomiczna oraz o zarządzaniu w strukturze studiów prawniczych*. Master of Business Administration nr 2, 2005, s. 5 i dalsze.

Należy zauważyć, że w ostatnich latach instytucja ta przeszła głęboką przemianę, została dostosowana do norm i reguł obowiązujących w Unii Europejskiej i stanowi ważne ogniwo instrumentacji wykorzystywanej przez UOKiK.

Należy przypomnieć, że rynek, na którym działa Inspekcja Handlowa jest w swoim kształcie procesowym niepodzielny, że jest to rynek wielkiej koncentracji i wielkiego rozproszenia podmiotów i procesów rynkowych, że jest to rynek wysokiego poziomu produkcji i dystrybucji i równolegle rynek małych i średnich przedsiębiorstw, stanowiących w strukturach podmiotowych polskiej gospodarki główny sektor, mający ponad 98% udziału w rynku. Wreszcie, że jest to rynek konkurujący w różnych formach, o różnym stopniu legalności, uczciwości, dbałości o własny wizerunek, a także o różnym stopniu trwałości swojego bytu. Mimo tej różnorodności jest to rynek zorganizowany, w mniejszym lub większym stopniu i ciągle wykazujący tendencje integracyjne, partnerskie i kooperacyjne, i to zarówno ze strony dużych jak i małych przedsiębiorstw.

W takiej rzeczywistości Inspekcja Handlowa jest niezwykle ważną częścią systemu zajmującego się zjawiskami konkurencji ale także preferencjami konsumentckimi i warunkami ich zaspokajania na konkretnych rynkach produktowych i geograficznych.

Z powyższego wynika, że współczesny rynek w Polsce jest wysoko zorganizowany, dysponujący rozwiniętą strukturą podmiotową i branżową, że wielki wpływ na ten rynek wywarły procesy globalizacyjne nadające rynkowi wewnętrznemu cechy i wartości płynące z doświadczeń firm globalnych. Nie należy tego zjawiska nigdy lekceważyć, ponieważ oznacza ono ogromny postęp i zmniejszenie luki technologiczno-organizacyjnej w polskim handlu wewnętrznym o kilkanaście lat.

Wiedza o zjawiskach rynkowych, o instrumentach konkurencji, o potrzebie monitorowania i kontroli rynku, wreszcie o ochronie konkurencji i konsumentów przyszła i przychodzi dalej z Unii Europejskiej i innych wysoko rozwiniętych krajów świata.

Rola procesów, do których powołany jest Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz w jego ramach Inspekcja Handlowa, będzie wzrastała i nabierała nowych wartości. Inspekcja będzie miała za zadanie nie tylko kontrolować procesy pod kątem występujących nieprawidłowości, ale także sygnalizować zjawiska w szerszym wymiarze ułatwiające racjonalność gospodarowania w skali przedsiębiorstw oraz w skali milionów polskich gospodarstw domowych.

Fundusz swobodnych decyzji konsumentckich, czyli realny popyt rynkowy, może być bowiem wykorzystany z większą lub mniejszą korzyścią w zakresie ceny, jakości, satysfakcji z zaspokajanych potrzeb, racjonalności zużycia itp. Gospodarstwo domowe wyposażone w system informacji, odbierające sygnały pozytywne i negatywne może lepiej wykorzystać swoje zasoby gotówkowe i znaleźć się w grupie gospodarstw zadowolonych z warunków zaspokajania popytu. W miarę umacniania standardów europejskich w tym zakresie powstawać będą warunki, które należy określić jako „firmy przyjazne klientowi”. Budowanie

takiego wizerunku firm nie jest procesem prostym. Powszechność takich dążeń jest wartością nie do przecenienia.

Równoległe z tym procesem konieczne jest kreowanie nowej świadomości konsumenckiej, wyobrażeń o prawidłowościach rynkowych, o zaletach i pułapkach promocyjnych, o rzetelnej i nierzetelnej reklamie, a także o innych wartościach istotnych w odbiorze konsumenckim jako pozytywny wizerunek firmy.

Podkreślam to dlatego, że przywiązuję ogromną rolę do pozytywnych zmian jakie występują w działalności Inspekcji Handlowej, jej dużej elastyczności organizacyjnej, w budowaniu bazy danych jako źródła specjalistycznej wiedzy o kontrolowanych podmiotach, towarach oraz harmonizacji wysiłków Inspekcji.

Wydaje się, że w sygnalizowanych procesach zmian rodzą się podstawy nie tylko wyższej skuteczności działania Inspekcji, ale także wzrostu zaufania społecznego do tej instytucji i Urzędu jako całości. Podkreślane zjawiska edukacyjne dotyczące problemów ekonomicznych, informacyjnych, tworzą nie tylko jeden wspólny ciąg logiczny ale także budują prestiż instytucji powołanych do ochrony konkurencji i konsumentów.

Z doświadczeń innych krajów europejskich wynika bowiem, że instytucje które monitorują zaufanie do ekonomicznych funkcji państwa oddziałują na kształtowanie mentalności społeczeństwa, recepcję zjawisk rynkowych i są elementem budowy cywilizacji rynkowej.

Ogromną rolę w realnym kształtowaniu wszystkich wymienianych procesów odgrywa przybliżenie tej problematyki do regionów i władz regionalnych. Z praktyki unijnej wynika, że regionalność leży u podstaw jej gospodarki, jest fundamentem rozwoju przedsiębiorczości i demokracji regionalnej, ale także konsumpcji i polityki konsumenckiej w ramach regionów.

Regionalność przybliża procesy gospodarcze i rynkowe, i weryfikuje je wprost na naszych oczach. Jeśli rynek regionalny ma spełniać swoją rolę motywacyjną, informacyjną, bilansową a także weryfikacyjną i efektywnościową, to wszystkie omawiane procesy kontrolne, edukacyjne, informacyjne wspierają ten proces główny i umacniają wartości konkurencyjne rynku.

Lista problemów, które można adresować do Inspekcji Handlowej jest coraz bardziej zharmonizowana z innymi funkcjami Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i stanowi część dostosowania tego fragmentu polityki gospodarczej do wymagań Unii Europejskiej. Jest to równoległe cząstka dalszej transformacji ustrojowej, czyli procesu który będzie trwał jeszcze wiele lat. Inspekcja Handlowa uczestnicząc w tym procesie może odgrywać szczególną rolę, chociażby dlatego, że jest oceniana jako instytucja wiarygodna, profesjonalna i aktywnie występująca w obronie interesów konsumenckich traktowanych jako ważne interesy społeczne. Doświadczenia z ostatnich lat polegające na kontroli jakości towarów zostały odebrane jako sygnały, że ze złem można skutecznie walczyć i chronić interesy konsumenta. Rynek paliw w roku 2005 i rynek paliw sprzed kilku lat, to dwa różne rynki z punktu widzenia jakości produktu.

Działalność tej instytucji poruszyła wyobraźnię społeczeństwa i dowiodła jej wysokiej skuteczności instytucjonalnej. Pojawiły się pozytywne sygnały o ochronie konsumenta, zaczął się na nowo formować nowy wizerunek Inspekcji Handlowej. Wydaje się, że uprawnione jest stwierdzenie, że ochrona interesów konsumenta i nadzór kontrolny nad rynkiem należą do obszaru, który został wysoko oceniony w procesie akcesyjnym i dalej jest dobrze postrzegany we współpracy z organami Unii Europejskiej. Doskonalenie regulacji prawnych dotyczących norm postępowania w swych ogólnych kryteriach stworzyło perfekcyjny i adekwatny do potrzeb system odbierania sygnałów od podmiotów rynkowych i stało się podstawą do szybkiego reagowania.

Regulacje prawne stworzone przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów pozwalają na szybki przekaz informacji, ostrzeżeń o istniejących i potencjalnych niebezpieczeństwach, zagrożeniach dla konsumentów i sprzyjają zapobieganiu sytuacji konfliktowych między organizatorami podaży rynkowej. Jednocześnie narasta przekonanie, i utrwała się to w opinii społecznej, że naruszanie praw konsumenckich nieuchronnie prowadzi do dolegliwych konsekwencji i nie zostaje niezauważane. Podstawą wykonywania wymienianych ról jest specjalizacja Inspekcji Handlowej jako organu kontroli oraz efektywność przedsięwzięć, które szybko sygnalizowane są do świadomości konsumenckiej.

Myśląc o przyszłości można zauważyć, że spore możliwości tkwią także w większym zacieśnieniu współpracy z samorządami regionalnymi i konsumentami. Należy mieć nadzieję, że Inspekcja Handlowa będzie stopniowo rozszerzać zakres swoich zadań w obszarze naruszeń konkurencyjnych i konsumenckich. W Europie procesy konkurencyjności są wnikliwie kontrolowane, a ich wyniki w przypadku naruszeń konsekwentnie karane lub regulowane. Dystrybucja w Unii podlega szczegółowemu nadzorowi, wydaje się że jesteśmy na dobrej drodze do dołączenia do standardów unijnych w tym zakresie.

Realizacja tych procesów wymaga także szerszego spojrzenia na możliwości współpracy Inspekcji Handlowej z innymi inspekcjami, instytucjami naukowymi, środkami masowego przekazu i tymi uczestnikami życia publicznego, którym bliskie są sprawy zdrowego konkurencyjnego rynku i interesy najbardziej licznej grupy społecznej, czyli konsumentów.

Konieczna tu jest zarówno współpraca merytoryczna, jak i metodyczna. Chcę zwrócić uwagę na dwa obszary, które mają szczególne znaczenie. Pierwszy z nich dotyczy koniunktury rynkowej, w której badaniu powinny umocnić się więzi Inspekcji z placówkami badawczymi. Chodzi w tym procesie o żywe podstawy decyzji rynkowych związanych z dyferencjacją popytu i zachowań konsumenckich, tworzeniu nowej świadomości rynkowej konsumentów i wykorzystywaniu ich w nowej jakości stosunków z procesami dystrybucji.

Inspekcja Handlowa może znacznie lepiej współuczestniczyć w procesie edukacji rynkowej i konsumenckiej w środowisku młodzieżowym. Ujawniając

deformacje, przejawy zła i arogancji, uczy i ostrzega. Działalność Inspekcji w zakresie monitoringu w ważnych zjawiskach rynkowych pozwala na emisję strumieni informacji o prawidłowościach i nieprawidłowościach występujących na rynku, o kształtowaniu się nowych form napięć konkurencyjnych, o roli małych i średnich przedsiębiorstw w stosunku do wielkich skoncentrowanych obiektów itp.

Informacje oparte na monitoringu posiadają szczególną wartość uczącą. Nowych reguł funkcjonowania rynku uczą się instytucje, przedsiębiorcy, którzy w nowym kształcie gospodarki rynkowej zyskują nowe kwalifikacje, nowe podstawy decyzyjne, nowe podstawy do myślenia strategicznego itp.

Drugim ważnym obszarem podnoszącym na wyższy poziom działalność Inspekcji Handlowej jest dobra baza danych, pozwalająca na reprezentatywny dobór prób kontrolnych oraz maksymalną obiektywność i efektywność wysiłków kontrolnych. Istotne jest, aby budowanie bazy danych było bieżąco weryfikowane przez GUS i stanowiło podstawę do losowania przedsiębiorstw do kontroli. Chodzi w tym procesie o maksymalną obiektywizację całego procesu kontroli. A więc obiektywnego doboru liczby i struktury firm objętych kontrolą, a następnie kryteriów kontroli i obiektywnej oceny jej wyników.

Znany mi ze współpracy Inspekcji Handlowej z IRWiK proces założeń do kwalifikowania przedsiębiorstw do kontroli obejmujący ustalanie tzw. kluczy, jest dobrą drogą do obiektywizacji kontroli i co za tym idzie podniesienia jej efektywności. Nie rozwijam tego wątku, sądzę że dalsza współpraca przyniesie rezultaty faktyczne, które będą bardziej użyteczne zarówno dla przedsiębiorstw, jak i konsumentów.

Istotne jest, że Inspekcja zyskała nowe podstawy w zakresie organizacji i kierunków działań. Tworzy ona nie tylko podstawy dla sprawnego kierownictwa, ale także odzwierciedla potrzebę kwalifikowanej interpretacji prawnej w zakresie ochrony interesów konsumentów, a także bezpieczeństwa produktów, bezpieczeństwa i higieny pracy oraz ochrony informacji niejawnych.

Jest w tych zmianach element nawiązania do praktyki w strukturach unijnych, które wykorzystują swoje wieloletnie doświadczenie w ochronie rynku wewnętrznego. Szczególne znaczenie w tym procesie odgrywa badanie bezpieczeństwa oraz zgodności z deklarowaną jakością wybranych produktów znajdujących się na polskim rynku. Prawidłowości ich oznakowania, znajomości przez przedsiębiorców określonych przepisów regulujących funkcjonowanie konkretnych segmentów rynku z punktu widzenia interesów ekonomicznych konsumenta i państwa odgrywają wielką rolę w harmonizowaniu działalności rynku wewnętrznego.

Profesjonalna baza danych nadaje inny charakter podstawowym funkcjom kontrolnym jakie wykonuje Inspekcja Handlowa. Nie tylko obiektywizuje dobór próby, ale także wchodzi dość głęboko w struktury działalności podmiotów z uwzględnieniem takich cech przedsiębiorstwa, jak: rodzaj działalności, wielkość przedsiębiorstwa, liczba pracujących, przychody z całokształtu działalności itp.

Pozwala to na uzyskanie reprezentatywności próby i do swoistego optymalizowania wyników kontrolnych w ramach przyjętej liczebności ogólnej. Wydaje się, że na tej drodze osiągnie się ważny walor prawidłowego udziału kontroli w strukturze populacji generalnej, a także jej rozpiętości, pozwalających na uzyskanie rzetelnych wyników. Wszystko to ma ogromne znaczenie w procesie wykorzystania potencjału kontroli, jak i informacyjno-edukacyjne, pozwalające traktować kontrolę Inspekcji Handlowej jako ważny element systemu monitorowania istotnych zjawisk rynkowych.

Końcowa refleksja jest następująca – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów działa według prawidłowo wybranej, strategicznej orientacji, pozwalającej umacniać długofalowo wszystkie normy i regulacje praktykowane od lat w Unii Europejskiej i równolegle uwzględniać uwarunkowania wynikające z ciągle trwającej transformacji gospodarki w polskich realiach i złożonych sytuacjach ekonomicznych i kulturowych.

Anna Mokrysz-Olszyńska

ROLA KODEKSÓW DOBRYCH PRAKTYK W OCHRONIE KONSUMENTA

1. Istota, geneza i ogólna charakterystyka samoregulacji jako systemu regulacji działalności rynkowej; samoregulacja i współregulacja

Zapewnienie możliwie skutecznej ochrony przed naruszeniami względnie zagrożeniami interesów konsumentów – słabszej strony stosunków rynkowych – oznacza równocześnie konieczność pewnych ograniczeń swobody działania przedsiębiorstwa, a więc wkroczenie w sferę sprzecznych interesów. Rozstrzygnięcia wymaga przy tym kwestia, czy i na ile konkretne problemy mogą zostać rozwiązane w drodze samoregulacji, a gdzie niezbędna jest ingerencja prawa i instytucji wyposażonych w środki przymusu, w szczególności w ramach systemu administracyjno-prawnego. Sposób rozstrzygnięcia tej kwestii jest nieobojętny zarówno dla przedsiębiorstw, zainteresowanych jak najszerszym obszarem swobody działania, jak i dla konsumentów, zainteresowanych uczciwym traktowaniem, przy pełnym respektowaniu ich praw.

Propozycjom wprowadzenia ściślejszej kontroli prawnej w zakresie działalności rynkowej próbuje się niejednokrotnie – w opiniach lansowanych lub inspirowanych przez środowiska gospodarcze – przeciwstawić koncepcję zorganizowanej samodyscypliny przedsiębiorstw, wyrażającej się w „samoregulacji” i „samokontroli”. Polega ona na dobrowolnym ograniczeniu przez działające na rynku podmioty gospodarcze zakresu swobody własnego działania w drodze ustaleń dokonywanych przez zrzeszające je organizacje, związki zawodowe lub branżowe (producentów, handlowców, itp.). Istota zorganizowanej samodyscypliny polega, z jednej strony, na dobrowolnym przyjęciu określonych zasad

postępowania (**samoregulacja**), z drugiej zaś – na zbudowaniu odpowiedniego systemu zapewniającego ich przestrzeganie (**samokontrola**). Warunkiem niezbędnym do tego, aby samoregulacja mogła być traktowana jako system regulacji działalności rynkowej, jest pewien poziom powszechności stosowania przyjętych zobowiązań i dostateczne ich egzekwowanie.

Niewątpliwie zasadniczą przesłanką podejmowania samoregulacji jest motyw ochrony własnych interesów przedsiębiorstw prowadzących działalność rynkową: w celu zapewnienia skuteczności oddziaływania na rynek na dłuższą metę konieczne staje się ograniczenie pewnych praktyk, szczególnie rażących opinię publiczną i wywołujących sprzeciw ze strony społeczeństwa, podrywających zaufanie konsumentów, które jest warunkiem efektywności działań marketingowych. Ponadto w interesie przedsiębiorców leży uporządkowanie i wzajemne przestrzeganie zasad funkcjonowania na rynku, konkutowania, stosowania określonych reguł gry.

Historycznie, bezpośrednią przyczyną wykształcenia się zorganizowanej samodyscypliny w działalności rynkowej w formie samoregulacji i samokontroli był rozwój koncepcji interwencjonistycznych w gospodarce i wzrost kontroli zewnętrznej, w szczególności – administracyjno-prawnej; idea samodyscypliny zrodziła się jako propozycja rozwiązania alternatywnego¹. Dalsze zmobilizowanie w kierunku propagowania samodyscypliny wystąpiło szczególnie wyraźnie w latach siedemdziesiątych, a to w związku z toczącą się wówczas kampanią na rzecz wprowadzenia nowych regulacji prawnych². Właśnie w owym przeciwstawianiu

¹ Poczynając od przełomu wieków XIX i XX, a zwłaszcza w następstwie kryzysu ekonomicznego lat trzydziestych, utrwaliło się przekonanie o konieczności ochrony prawnej samego mechanizmu konkurencji. Najwyraźniej wystąpiło ono w Stanach Zjednoczonych, wyrażając się w rozwoju ustawodawstwa antytrustowego oraz wykształceniu metod bezpośredniej kontroli przez państwo działalności gospodarczej za pośrednictwem specjalnie w takim celu powołanych instytucji administracyjnych – o kompetencjach specjalnych, jak np. Agencja Żywności i Leków – *Food and Drugs Administration* (1906) lub ogólnych, jak Federalna Komisja Handlu – *Federal Trade Commission* (1914). Obok działań konkurencyjnych *sensu stricto* kontrolą objęte zostały stopniowo wszelkie praktyki stosowane w handlu. Równocześnie nasilająca się w tym czasie krytyka społeczna, a przede wszystkim wzrost ingerencji państwa, wywołuje symptomatyczną reakcję środowiska gospodarczego w postaci zrodzenia idei samodyscypliny i samokontroli, prezentowanej jako rozwiązanie alternatywne w stosunku do bardziej rygorystycznych ograniczeń prawnych. Licznie powstające w tym okresie organizacje i stowarzyszenia przemysłowe, zrzeszenia handlowców, agencji reklamowych itp. stawiają sobie za cel m.in. ograniczenie pewnych form konkurencji i działań naruszających „reguły gry”, przyjmując określone zasady postępowania. Zrodzone w Stanach Zjednoczonych idee samoregulacji przeniknęły z czasem do krajów europejskich; podchwyczone zostały także przez organizacje międzynarodowe (np. Międzynarodową Izbę Handlową MIH w Paryżu) już w drugiej połowie lat trzydziestych.

² Wiązało się to z tzw. „drugą falą” ruchu na rzecz ochrony konsumenta, która zapoczątkowana w Stanach Zjednoczonych w latach sześćdziesiątych, dotarła do Europy, doprowadzając w niektórych krajach do rozwoju administracyjno-prawnych form kontroli działalności rynkowej – przykładem: Szwecja (ustawy zwalczające nieuczciwe praktyki rynkowe z 1970 i 1975 r., powołanie specjalnych instytucji chroniących interesy konsumenta na rynku w postaci rzecznika praw konsumenta (*Konsument-Ombudsman*) i Sądu Marketingowego) oraz Wielka Brytania (ustawa *Fair Trading Act* z 1973 r. powołująca Dyrektora ds. Uczciwego Handlu).

samoregulacji regulacjom prawnym, a w szczególności rozwiązaniom o charakterze administracyjnym, ujawnia się zasadnicza motywacja leżąca u podstaw polityki samodyscypliny; samoregulacja podejmowana jest przez prowadzących działalność gospodarczą jako niezbędne ustępstwo, na ogół – w obawie przed zagrożeniem w postaci bardziej rygorystycznych form regulacji zewnętrznej.

Treść samoregulacji stanowi opracowywanie i czuwanie nad przestrzeganiem zasad postępowania przyjmowanych dobrowolnie do stosowania przez podmioty gospodarcze, określanych najczęściej mianem kodeksów etycznych albo kodeksów dobrych praktyk. Przedmiotem regulacji w ramach samodyscypliny są zarówno kwestie czysto konkurencyjne, o charakterze „reguł gry” w danej dziedzinie obrotu, jak i różnego rodzaju praktyki stosowane w promocji towarów i usług, w tym zwłaszcza reklama.

Czuwanie nad przestrzeganiem zasad ujętych w „kodeksach” czy wytycznych do prowadzenia działalności rynkowej może być realizowane poprzez szeroko rozumianą prewencję (działanie *ex ante*) oraz w drodze gromadzenia informacji na temat zaistniałych naruszeń i rozpatrywania skarg z tego zakresu (działanie *ex post*). Na uwagę zasługują szczególnie możliwości działalności prewencyjnej. Poza różnymi formami informacji dla zainteresowanych przedsiębiorstw, łącznie z bezpośrednim udzielaniem porad, w niektórych przypadkach samokontrola idzie dalej, wprowadzając np. praktykę wstępnego zatwierdzania reklamy określonych towarów czy usług (lekarstw, kuracji odchudzających, papierosów). Znaczenie tej, skądinąd bardzo skutecznej, formy kontroli ogranicza jednak fakt, że organy samokontrolne jako takie nie dysponują środkami przymusu w stosunku do przedsiębiorstw, które nie odpowiedzą na wezwanie do przedstawienia swojej reklamy do takiego wstępnego sprawdzania.

Rozpatrywanie skarg i wydawanie umotywowanych decyzji stanowi ważny element samoregulacji. W tym celu tworzone są w ramach organizacji samokontrolnych specjalne organy, wyposażone w uprawnienia rozstrzygania sporów z zakresu nieuczciwej konkurencji, nieuczciwej reklamy i innych praktyk marketingowych, działające w tym zakresie jako sąd polubowny. Przedmiotem rozpatrywania są skargi pochodzące od społeczeństwa (konsumentów) i od konkurencyjnych przedsiębiorstw (rzadziej: tylko od tych ostatnich). Sama procedura postępowania jest charakterystyczna dla trybu polubownego rozpatrywania sporów; badanie sprawy odbywa się w oparciu o informacje wyjaśniające ze strony osoby dopuszczającej się kwestionowanego działania. Jeśli organ rozpatrujący stwierdzi naruszenie zasad właściwego kodeksu, zwraca się do winnego naruszenia z wnioskiem (prośbą) o zaprzestanie danej praktyki i niestosowanie podobnej w przyszłości.

Zakres środków jakimi dysponują organy samokontrolne jest – odpowiednio do samej idei samodyscypliny – stosunkowo ograniczony. Podstawowe znaczenie mają sankcje o charakterze moralnym, których realność wiąże się z możliwością – w dość jednak ograniczonym zakresie – publikowania decyzji

organów samokontrolnych, publicznego napiętnowania (*name and shame*). Ponadto w przypadkach szczególnie poważnych naruszeń lub trwałego uchylania się od realizacji decyzji organu rozstrzygającego – mogą znaleźć zastosowanie takie konkretne środki, jak np. apel do organizacji zrzeszających środki przekazu o niepublikowanie ogłoszeń reklamowych danego rodzaju, w krańcowych przypadkach nawet – danego przedsiębiorstwa³ oraz wszelkiego rodzaju sankcje organizacyjne, polegające na pozbawieniu danego przedsiębiorstwa różnego typu świadczeń ze strony organizacji, do wykluczenia z jej składu włącznie.

Brak w pełni skutecznych sankcji – częściowo tylko rekompensowany środkami, jakie mogą być stosowane wobec uchylających się od przestrzegania przyjętych zasad, zawężony zakres podmiotowy samokontroli do przedsiębiorstw, które są członkami danej organizacji, a nade wszystko wynikająca z samej istoty samoregulacji tendencja do minimalizowania zakresu i stopnia ograniczeń – w zasadniczy sposób ograniczają rolę samokontroli jako systemu ochrony przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi i powodują, że może być on traktowany w tym zakresie wyłącznie jako uzupełnienie, a nie jako substytut systemu prawnego.

Wskazać można również pewne szczególne zagrożenia związane z faktem, że samoregulacja ma na celu zabezpieczenie własnych interesów branży lub grupy przedsiębiorstw, które ją tworzą. Zabezpieczenie to może sięgać zbyt daleko, prowadząc do ograniczania konkurencji, względnie nadużywania dominującej pozycji ze szkodą dla konsumentów (znany przykład z niedawnej praktyki polskiej: korporacyjne ograniczenia swobody w ustalaniu wysokości opłat notarialnych).

Z drugiej strony, istnieją niewątpliwe specyficzne zalety samokontroli. Wiążą się one przede wszystkim z możliwościami prowadzenia działalności profilaktycznej, wprowadzania zabezpieczeń prewencyjnych w różnej formie (np. przez wstępną kontrolę ogłoszeń reklamowych), rozwiązywania niektórych kwestii w zakresie informacji o towarach. Działalność informacyjna, publikowanie decyzji organów samokontrolnych i orzeczeń sądów polubownych przyczynia się do upowszechniania wśród przedsiębiorców zasad oceny i standardów uczciwych praktyk rynkowych.

W ramach samoregulacji istnieje możliwość bardziej szczegółowego dopracowania wielu kwestii, łatwiejszego wprowadzania zmian i przystosowywania do nowych warunków rynkowych. W ocenach podkreśla się stosunkową łatwość, relatywnie niskie koszty przygotowania regulacji (kodeksów dobrych praktyk) i możliwość ich aktualizowania odpowiednio do potrzeb wynikających ze zmieniających się warunków rynkowych.

Dowodem uznania fachowości organów prowadzących działalność samokontrolną jest przyjęta w wielu krajach praktyka zasięgania ich opinii przez sądy oraz współuczestniczenie w przygotowywaniu regulacji prawnych. Szczególna rola przypada organizacjom przemysłowym w zakresie określania standardów stanowiących

³ W granicach dozwolonych prawem (zakaz bojkotu).

podstawę wymogów dotyczących bezpieczeństwa towarów. Jako plusy samokontroli wymienia się także jej większą elastyczność i szybkość działania – np. w rozpatrywaniu skarg (w porównaniu z systemem sądowym lub administracyjnym).

Znaczenie samokontroli podnosi dodatkowo fakt, iż jest ona od dziesiątków już lat ujednoczana i w pewnym sensie ukierunkowywana w skali międzynarodowej. Odnosi się to zwłaszcza do samokontroli w dziedzinie ochrony przed nieuczciwą reklamą, która została podjęta jeszcze w drugiej połowie lat trzydziestych ubiegłego stulecia przez Międzynarodową Izbę Handlową w Paryżu. Warto podkreślić, że stale aktualizowany (od 1937 r.) Międzynarodowy Kodeks Reklamy MIH, stanowiąc pierwsze całościowe uregulowanie reklamy, istotnie przyczynił się do ujednoczenia krajowych regulacji prawnych; był także pomocny przy przygotowywaniu dyrektywy EWG dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd.

Obecnie wszystkie główne międzynarodowe organizacje gospodarcze podejmują aktywność w zakresie promowania samoregulacji. Tą drogą wykształciło się ujednoczone nazewnictwo: samoregulacja określana jest powszechnie angielskim terminem **self-regulatory-system (SRO)** i traktowana jako ważny rodzaj tzw. prawa miękkiego (*soft law*). Definiuje się je jako wszelkie formy regulacji, które nie są wprowadzane w drodze ustawowo określonej procedury stanowienia prawa i nie są egzekwowane w drodze postępowania przed sądami państwowymi. W systemie tym zasady określające postępowanie na rynku są ustalane, monitorowane i egzekwowane przez członków społeczności (lub ich bezpośrednich reprezentantów), której postępowanie jest przedmiotem regulacji.

W praktyce o efektywności systemu samoregulacji decyduje – obok stanu rozwiązań prawnych, istniejących na danym rynku – także okoliczność, czy system ten występuje jako czysta samoregulacja, czy też w powiązaniu i współdziałaniu z systemem administracyjno prawnym. Takie szczególne formy powiązania i współdziałania wykształcone zostały w Stanach Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii oraz w krajach skandynawskich.

Dla podkreślenia występowania powiązania pomiędzy strukturami samoregulacji i regulacji o charakterze prawnym (włączania do procesu samokontroli elementów kontroli zewnętrznej, w różnym stopniu i w różnej formie) utarło się określenie *co-regulation*, które można tłumaczyć jako **współregulacja**. W odróżnieniu zatem od czystej samoregulacji – funkcjonującej w pełni autonomicznie, bez odniesień do kontroli zewnętrznej – w systemie współregulacji występuje sytuacja, w której ciało o uprawnieniach wynikających z ustawy przenosi (deleguje) na organ samokontrolny odpowiedzialność, zachowując uprawnienie do interweniowania w razie potrzeby⁴. W próbach zdefiniowania współregulacji podkreśla się, że istotą jej jest negocjowanie przez biznes i konsumentów zakresu praw i obowiązków

⁴ Tak zdefiniowano współregulację w: *The Future Regulation of Broadcasting Advertising – Annex 2: Glossary of terms*, www.ofcom.org.uk/consultation/past/reg-broad-ad/broadcast-advertising/ann.

pod auspicjami władzy publicznej, z konsekwencjami w sferze prawnej⁵. Przykładem takiego systemu może być współdziałanie organu samoregulacyjnego ASA (*Advertising Standards Authority*)⁶ z Urzędem ds. Uczciwego Handlu (*Office of Fair Trading* = *OFT*)⁷ w Wielkiej Brytanii; ASA został uznany przez OFT jako organ powołany do wcielania w życie przepisów o reklamie wprowadzającej w błąd (*Control of Misleading Advertisements Regulations*). Na podobnych zasadach kształtuje się współpraca Rzecznika ds. Konsumentów z organami samoregulacyjnymi w Szwecji.

Przykłady funkcjonowania systemów ochrony przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi w Wielkiej Brytanii i w Szwecji wskazują na efektywność łączenia kontroli administracyjnej z samokontrolą – płynącą z wzajemnego uzupełniania się charakterystycznych dla nich metod i środków. Doświadczenia tych krajów potwierdzają tezę, że samoregulacja podmiotów prowadzących działalność rynkową może odegrać pozytywną rolę uzupełniającą w połączeniu z regulacją prawną, a zwłaszcza administracyjną prawną, nie może natomiast skutecznie jej zastąpić.

Samoregulacja występująca w postaci czystej lub współregulacji, może zatem pełnić rolę jako:

1. dodatek do regulacji prawnej – gdy członkowie organizacji przyjmują na siebie dobrowolnie zobowiązania wykraczające poza obowiązki nałożone przez prawo, a więc przyjmowane zasady regulują postępowanie w obrębie obszaru swobody pozostawionej przedsiębiorcom przez regulację zewnętrzną (stanowiąc dodatkowe ograniczenie tej swobody) i/lub jako
2. uzupełnienie, rozwinięcie regulacji prawnej – w sensie uszczegółowienia ogólnych zasad prawnych, np. wymogów dyrektywy o ogólnym bezpieczeństwie produktów (92/59/EEC) lub ostatnio przyjętej przez Parlament Europejski i Radę dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych⁸. W takim przypadku jednak czysta samoregulacja wydaje się być niewystarczającym środkiem – konieczne jest mniej lub bardziej daleko idące jej podbudowanie prawne, podparcie legislacyjne (*legislative underpinning*)⁹.

⁵ Tak np. w *Governance Work Programme SEC (2000) 1547*; podają za: *The EU white paper on governance, Input by the National Consumer Council*, s. 9, www.ncc.org.uk.

⁶ Advertising Standards Authority (ASA) jest ciałem niezależnym, działającym w Wielkiej Brytanii jako organ samokontrolny w zakresie reklamy typu *non-broadcasting*, sprzedaży promocyjnej i marketingu bezpośredniego. Założony w roku 1962, administruje Brytyjskim Kodeksem Reklamy, Sprzedaży Promocyjnej i Marketingu Bezpośredniego.

⁷ Office of Fair Trading jest organem administracyjnym o ogólnych kompetencjach w zakresie kontroli rynku pod względem praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk nieuczciwych względem konsumentów, powołanym przez ustawę Fair Trading Act 1973.

⁸ Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady (dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych), podpisana w dniu 11 maja 2005 r., opublikowana w Dz.Urz. UE Nr L 149/22 z 11 czerwca 2005 r., s. 23–29.

⁹ Por. *Soft law in the European Union, A discussion paper by the National Consumer Council*, London, April 2001, www.ncc.org.uk.

Warunkiem zrealizowania potencjalnych korzyści, jakie mogą płynąć z samoregulacji, jest odpowiednia jej legitymizacja i wiarygodność. W tym celu musi ona spełniać pewne podstawowe standardy.

Samoregulacja obejmuje szereg rodzajów działalności, od czystej samoregulacji pojedynczego przedsiębiorstwa, poprzez tworzenie kodeksów dobrych praktyk przez związki branżowe lub stowarzyszenia handlowe, po kodeksy rozwijane na podstawie uprawnień pochodzących od instytucji umocowanych ustawowo. Kodeksy takie mogą być przyjmowane w drodze umownej na podstawie porozumień między reprezentantami różnych grup interesów, np. między określonymi środowiskami zawodowymi (biznesowymi) a organizacjami konsumenckimi.

Kompleksowy system regulacji powinien obejmować:

1. tworzenie zasad działania (kodeksów dobrych praktyk),
2. monitorowanie uczestników w celu kontroli przestrzegania przyjętych reguł i nakładania sankcji za ich nieprzestrzeganie,
3. zastosowanie adekwatnych środków naprawienia szkody.

W praktyce samoregulacja nie zawsze obejmuje wszystkie wymienione elementy; nie zawsze też zapewniona jest jej legitymizacja i wiarygodność. Tworzenie kodeksów dobrych praktyk może następować przy udziale wszystkich zainteresowanych stron (w szczególności np. reprezentacji konsumentów), a także organu rządowego, albo też bez takiego udziału; monitorowanie i egzekwowanie zasad może być realizowane przez daną organizację albo też pozostawione organom państwowym, względnie powierzone powołanemu specjalnie niezależnemu organowi. Różny jest też zakres (i skuteczność) stosowanych sankcji. Ewentualne odszkodowanie może być przyznawane przez organ samokontrolny, sąd polubowny albo zasądzane przez sądy państwowe.

Sceptycyzm, jaki panuje pośród wielu organizacji konsumenckich na temat samoregulacji, wynika z licznych przykładów niewłaściwie funkcjonujących, systemów, które w istocie mają charakter wyłącznie kosmetyczny i wykorzystywane są do doraźnych potrzeb reklamowych.

Najpoważniejszym problemem dotyczącym skuteczności samoregulacji jest kwestia zapewnienia jej powszechności: jak skłonić przedsiębiorstwa do podpisania kodeksu, spowodować, by system objął możliwie wszystkich członków danej grupy (branży itp.). W systemie czystej samoregulacji brak odpowiednich do tego środków. W systemie współregulacji występuje podbudowanie prawne czy instytucjonalne, np. przyjęcie takiej interpretacji ogólnej zasady prawnej (zakazującej nieuczciwych praktyk handlowych), wedle której postępowanie niezgodne z postanowieniami kodeksu stanowiłoby przesłankę naruszenia tejszej zasady prawnej; albo uwarunkowanie otrzymania licencji na prowadzenie danej działalności gospodarczej od przystąpienia do kodeksu dobrych praktyk.

Próbując określić obszar, w którym samoregulacja ma do odegrania pozytywną rolę, podkreślić należy, że nie może być ona traktowana jako alternatywa rozwiązań legislacyjnych tam, gdzie takie rozwiązania i ograniczenia są niezbędne.

Dotyczy to w szczególności całego obszaru ryzyk związanych z życiem, zdrowiem czy bezpieczeństwem jak również oszustwa w różnych jego przejawach; ponadto także obszaru, w którym regulacja jest niezbędna w celu zapewnienia funkcjonowania konkurencji. Oczywiście, to jak mają przebiegać konkretne granice obszaru swobody działania przedsiębiorstwa, jak szeroki ma to być obszar, w społeczeństwie demokratycznym cały czas jest przedmiotem zmagania grup reprezentujących różne interesy. Natomiast zasadnicza rola samokontroli sprowadza się do „zagospodarowania” obszaru swobody pozostawionej przedsiębiorcom przez regulację zewnętrzną. W szczególności wydaje się, iż właśnie w ramach samoregulacji istnieją nie w pełni dotychczas wykorzystane możliwości rozwiązywania problemów zapewnienia konsumentowi wyczerpującej informacji, ważnej tak z punktu widzenia jego interesów ekonomicznych (racjonalny wybór), jak i ochrony bezpieczeństwa i zdrowia (właściwa informacja to istotny element zabezpieczenia przed zagrożeniem), jak również właściwej obsługi posprzedażnej wraz z trybem rozpatrywania reklamacji.

W konsekwencji: samoregulacja może być traktowana wyłącznie jako uzupełnienie, a nie jako zastępowanie systemu prawnego. Takie też stanowisko zajmuje Parlament Europejski (vide: PE 328.827/62, p. 17) oraz Komisja UE (vide: art. 5 dyrektywy z 10 września 1984 r. o reklamie wprowadzającej w błąd; art. 10 dyrektywy 2005/29/WE z 11 maja 2005 r. o nieuczciwych praktykach handlowych).

Jednocześnie w ostatnich latach polityka konsumencka Komisji UE, powiązana ze strategią budowania społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw, dostarcza nowych impulsów do rozwoju samoregulacji.

2. Promocja idei kodeksów dobrych praktyk w polityce konsumenckiej UE

W rezolucji Parlamentu Europejskiego na temat przyszłości europejskiej polityki konsumenckiej, przyjętej 13 marca 2003 r. w nawiązaniu do wniosków z Zielonej Księgi Ochrony Konsumenta w Unii Europejskiej z 2 października 2001 r.¹⁰, opowiedziano się za kontynuowaniem prac nad rozwijaniem nowych form regulacji, zwłaszcza współregulacji i samoregulacji przy założeniu, że będą to formy uzupełniające środki legislacyjne oraz że współregulacja umożliwi Parlamentowi i Radzie uczestniczenie w określaniu celów oraz otwarte i transparentne postępowanie w trakcie konsultacji między przedsiębiorstwami a konsumentami; podkreślono konieczność reprezentatywności poprzez udział wszystkich zainteresowanych kręgów; wyrażono stanowisko, że współregulacja i samoregulacja nadal muszą być traktowane jako subsydiarne w stosunku do wspólnotowych przepisów prawnych. Parlament aprobuje wprowadzanie

¹⁰ European Parliament resolution on the implications of the Commission Green Paper on European Union Consumer Protection for the future of EU consumer policy – COM(2001)531-C5-0295/2002-2002/2151(COS) – PE 328.827.

kodeksów postępowania na szczeblu wspólnotowym, prezentuje jednak pogląd, że propozycje nadzorowania przestrzegania kodeksów na płaszczyźnie UE są niedostateczne. Ze względu na zapewnienie bezpieczeństwa prawnego w stosunkach między przedsiębiorcami i konsumentami popiera rozwiązanie, zgodne z którym niedochowanie dobrowolnie przyjętych zobowiązań wynikających z dobrowolnie podpisanego kodeksu postępowania, uznanego przez odpowiedni organ, stanowiłoby nieuczciwe postępowanie w sensie dyrektywy ramowej. Parlament wzywa Komisję, by przed wprowadzeniem kodeksu postępowania na szczeblu wspólnotowym, wykorzystwała doświadczenia zdobyte w nieoficjalnej współpracy, m.in. w kręgu OECD i wypracowała ramy prawne oraz skuteczne regulacje kontrolne dla współpracy pomiędzy organami odpowiedzialnymi za wprowadzanie prostych, bez wiążącego prawnie charakteru zaleceń (p. 15–22 rezolucji).

W płaszczyźnie formalno-prawnej podstawy dla samoregulacji i współregulacji tworzy Traktat z Maastricht z 1992 r., określając ramy dialogu partnerów społecznych w ramach ich zdolności do zawierania umów; ostatecznie status samoregulacji i współregulacji ustala porozumienie międzyinstytucjonalne między Parlamentem, Radą i Komisją w sprawie lepszego stanowienia prawa, podpisane w dniu 16 grudnia 2003 roku¹¹. Akt ten definiuje pojęcia i ujmuje praktykę samoregulacji i współregulacji na obszarze jednolitego rynku w ramy prawne oraz przewiduje mechanizmy nadzoru i kontroli, powierzając ich wdrażanie bezpośrednio Komisji Europejskiej. I tak, samoregulację zdefiniowano jako *umożliwienie podmiotom gospodarczym, partnerom społecznym, organizacjom pozarządowym lub stowarzyszeniom uchwalania między sobą oraz dla siebie wspólnych wytycznych na szczeblu europejskim, w tym kodeksów postępowania czy porozumień branżowych; z kolei współregulacja określona została jako mechanizm, za pomocą którego wspólnotowy akt prawny powierza realizację celów określonych przez władzę ustawodawczą zainteresowanym stronom, uznanym w danej dziedzinie (takim jak podmioty gospodarcze, partnerzy społeczni, organizacje pozarządowe lub stowarzyszenia). Mechanizm taki może być wdrożony na zasadach określonych w akcie prawnym w celu zapewnienia dostosowania przepisów do odnośnych problemów i specyfiki branżowej, zmniejszenia obciążenia ustawodawcy i umożliwienia mu tym samym skupienia się na kwestiach zasadniczych oraz wykorzystania doświadczenia zainteresowanych stron*¹².

Porozumienie nakłada na Komisję obowiązek czuwania nad tym, by użycie mechanizmów samoregulacji i współregulacji odbywało się zgodnie z prawem wspólnotowym i zasadą przejrzystości (w tym: podawania treści porozumień do wiadomości publicznej), przy przestrzeganiu zasady reprezentatywności zainteresowanych stron. Mechanizmów tych nie można stosować, gdy w grę wchodzi prawa podstawowe lub ważne wybory polityczne ani w sytuacjach wymagających stosowania jednolitych reguł we wszystkich państwach członkowskich.

¹¹ *European Parliament, Council Commission interinstitutional agreement on better law-making*, Dz. Urz. WE C 321/1.

¹² Punkty 22 i 18 porozumienia; tłumaczenie własne wobec braku urzędowej wersji polskiej.

Porozumienie przewiduje mechanizmy nadzoru i kontroli nad wdrożeniem przyjętych w drodze samoregulacji zasad; w ramach przyjętych środków może na przykład zostać ustanowiony obowiązek systematycznego informowania władzy ustawodawczej przez Komisję o wynikach kontroli wdrażania porozumienia lub klauzula zobowiązująca Komisję do przedstawienia raportu po upływie określonego czasu i ewentualnego zaproponowania nowelizacji aktu lub stosownego rozwiązania prawnego¹³.

Nie ulega wątpliwości, że niezbędnym warunkiem funkcjonowania rynku jest odpowiedni poziom zaufania społecznego i bezpieczeństwa obrotu. Jednak ramię państwa chroniącego przestrzeganie prawa wystarcza tylko wtedy, gdy liczba przypadków jego naruszania jest marginalna. Kiedy osiąga ona znaczne rozmiary, koszty ochrony prawnej wzrastają, aż wreszcie – przy pewnym jej poziomie – może dojść do faktycznej nieskuteczności. A zatem, wsparcie norm sankcjonowanych prawnie normami moralnymi wydaje się być nieodzowne dla funkcjonowania samego systemu rynkowego¹⁴.

Myśl ta koresponduje ze zrodzoną na gruncie amerykańskim koncepcją społecznej odpowiedzialności biznesu (*corporate social responsibility – CSR*), powszechnie rozumianej jako strategia zarządzania firmą, która w długofalowym interesie własnym firmy oraz w interesie biznesu jako takiego respektuje interesy otoczenia (tzw. *interesariuszy – stakeholders*), w tym również konsumentów. Ideę tę podjęła Komisja Unii Europejskiej, ogłaszając w lipcu 2001 r. Zieloną Księgę, systematyzującą koncepcje społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw i przygotowującą program prac w zakresie tworzenia standardów działalności gospodarczej na rynku wewnętrznym. Szczególnym elementem tego programu są **kodeksy dobrych praktyk**, stanowiące podstawę zorganizowanej samo-kontroli przedsiębiorstw, współokreślające reguły „staranności zawodowej” – które to pojęcie¹⁵ przyjęte zostało w roli subkryterium uczciwości praktyki handlowej w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady o nieuczciwych praktykach handlowych¹⁶.

Dyrektywa ta wprowadza ogólny zakaz nieuczciwych praktyk w relacjach przedsiębiorca–konsument (*business-to-consumer – B2C*) i zawiera ogólną, jednolitą definicję nieuczciwej praktyki, w szczególności rozwiniętą w odniesieniu do

¹³ Patrz też: *Raport informacyjny Sekcji ds. Jednolitego Rynku, Produkcji i Konsumpcji w sprawie aktualnego stanu współregulacji i samoregulacji na jednolitym rynku*, Bruksela, 24 stycznia 2005 r. INT/204 – CESE 1182/2004.

¹⁴ Z drugiej strony jednak, mechanizmy konkurencyjne ze swej istoty eliminują samoograniczenia, których powszechność stosowania nie byłaby w jakiś sposób zapewniona, a więc które zakłócałyby równość szans na rynku. Jeśli zatem określone ograniczenie swobody działania podmiotu uczestniczącego w konkurencji ma wynikać nie z norm prawnych, egzekwowanych drogą przymusu prawnego, lecz z samodyscypliny – to winna to być samodyscyplina organizowana w sposób dostatecznie powszechny i skuteczny. Szerzej: A. Mokrysz-Olszyńska, *Dobre obyczaje w działalności gospodarczej*, KPP 2004, z. 1.

dwóch kategorii: praktyk handlowych wprowadzających w błąd oraz agresywnych praktyk handlowych. Zgodnie z art. 5 ust. 2 praktyka handlowa zostanie uznana za nieuczciwą, jeżeli:

- jest **sprzeczna z wymogami staranności zawodowej** i
- w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana lub przeciętnego członka grupy konsumentów, jeżeli praktyka handlowa skierowana jest do określonej grupy konsumentów.

W szczególności, zgodnie z art. 5 ust. 4, jako nieuczciwe należy traktować praktyki handlowe, które wprowadzają w błąd lub są agresywne, w rozumieniu kolejnych artykułów dyrektywy.

Przyjęta w art. 5 ust. 2 definicja nieuczciwej praktyki handlowej ma charakter dwuczłonowy, przy czym obie wymienione przesłanki – niezgodność z wymogami staranności zawodowej oraz skutek w postaci co najmniej potencjalnego zniekształcenia zachowań rynkowych konsumenta – traktowane są kumulatywnie. „**Staranność zawodowa**” ma oznaczać, według przyjętego w dyrektywie słowniczka, *standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności, których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi i/lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności* (art. 2 lit. h).

Sformułowanie takie wskazuje wprawdzie obszar, w którym rodzą się obowiązki wynikające z profesjonalnej staranności, nie określa jednak w sposób jednoznaczny ich rodzaju i źródła. Nawiązując do wyjaśnień Komisji, *że chodzi o stopień staranności i fachowości, jakiego należy oczekiwać od porządnego kupca zgodnie z ogólnie przyjętymi regulacjami zwyczaju handlowego w danej branży*, w literaturze prawniczej przyjmuje się, że treść nakazów staranności zawodowej określają zarówno krajowe regulacje prawne, jak i międzynarodowe oraz krajowe zwyczaje handlowe, a także przyjmowane w ramach samoregulacji postanowienia kodeksów organizacji gospodarczych¹⁷.

W intencjach twórców proponowanej dyrektywy, tak ujęte kryterium uczciwości zawiera swoiste odesłanie do reguł deontologicznych zawartych w **kodeksach postępowania**, przy czym chodzi o kodeksy, które stanowią *umowę lub zbiór*

¹⁵ Według polskiej wersji tekstu podpisanego przez PE i Radę w dniu 11 maja 2005 r. (Dz.Urz.UE 2005 L 149); termin ten (ang. *professional diligence*, fr. *diligence professionnelle*, niem. *berufliche Sorgfalt*) tłumaczony był wcześniej w literaturze jako „profesjonalna staranność” – por. E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 203; A. Mokrysz-Olszyńska, *Reforma prawa o nieuczciwej konkurencji w Niemczech*, PiP 2004 z. 6; tejsze: *Swoboda promocji a ochrona przed nieuczciwymi praktykami handlowymi w projektach prawa Unii Europejskiej*, PiP 2005 z. 2; natomiast w polskim tłumaczeniu zamieszczonym w Dz.Urz. UE C 38 E/1 z dnia 15 lutego 2005 r. zastosowano termin „rzetelność zawodowa”.

¹⁶ Patrz: przypis nr 8.

¹⁷ Por. W. Veelken, *Kundenfang gegenüber dem Verbraucher*, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 2004, s. 15–17.

zasad, które nie są wymagane na mocy przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych państwa członkowskiego, i które definiują postępowanie przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do przestrzegania kodeksu w odniesieniu do jednej lub większej liczby określonych praktyk handlowych lub sektorów działalności gospodarczej (art. 2 lit. f)¹⁸. Tego rodzaju dobrowolnie przyjmowane regulacje z jednej strony umożliwiają doprecyzowanie ogólnych przepisów prawa, z drugiej zaś – uzupełniają obowiązujące prawo tam, gdzie brak regulacji szczegółowych (np. w zakresie obsługi posprzedażnej klientów). Według przyjętego w dyrektywie słowniczka, **twórcą kodeksu**, rozumianym jako podmiot wcielający w życie jego postanowienia, jest każdy podmiot, w tym przedsiębiorca lub grupa przedsiębiorców, odpowiedzialny za sformułowanie kodeksu postępowania, wprowadzanie do niego zmian i/lub nadzór nad jego przestrzeganiem przez wszystkich tych, którzy się do tego zobowiązali (art. 2 lit. g).

Dyrektywa, traktując zgodność z wymogami staranności profesjonalnej jako kryterium uczciwości praktyki handlowej, przyznaje więc ważną rolę w zwalczaniu nieuczciwych praktyk rynkowych przyjmowanym w ramach organizowanej samokontroli przedsiębiorstw kodeksom postępowania (kodeksom etyki, dobrych praktyk itp.), podnosząc tym samym rangę samoregulacji – poprzez nadanie znaczenia prawnego regulacjom ze swej istoty pozaprawnym, wynikającym z dobrowolnego zobowiązania się przedsiębiorstw do stosowania zasad o charakterze deontologicznym. Widać tu wyraźne nawiązanie do tradycji prawa powszechnego (*common law*), zwłaszcza wykształconych w Wielkiej Brytanii wzorców w zakresie wykorzystywania form regulacji quasi-prawnych (*soft law*) w dziedzinie kontroli działalności rynkowej.

Jednakże należy podkreślić, że nadal – konsekwentnie – Komisja w sposób jednoznaczny określa miejsce samokontroli w systemie regulacji działalności gospodarczej; podobnie jak w dyrektywie Rady 84/450 z 10 września 1984 r. o reklamie wprowadzającej w błąd (art. 5), tak i w dyrektywie 2005/29/WE z dnia 11 maja 2005 r. o nieuczciwych praktykach handlowych (art. 10), wyraźnie zaznaczono aprobujący stosunek do działań o charakterze samokontrolnym, o ile zostanie zagwarantowana ich właściwa rola: jako uzupełnienie kontroli sądowej

¹⁸ Warto zwrócić uwagę, że postanowienia dyrektywy dotyczące pojęcia rzetelności zawodowej oraz kodeksów postępowania były przedmiotem kontrowersji i w kolejnych wersjach propozycji dyrektywy podlegały zmianom. W pierwotnej wersji (propozycja Komisji UE z 18 czerwca 2003 r.) podkreślano, że chodzi o kodeksy, które zawierają stosowne i skuteczne mechanizmy monitorowania i wymuszania zgodności postępowania z tym kodeksem, w szczególności kodeksy tworzone na szczeblu Wspólnoty. W zmienionej propozycji przedstawionej w maju 2004 r. przez prezydencję irlandzką, w brzmieniu ostatecznie przyjętym przez Parlament Europejski i Radę w dniu 11 maja 2005 r., zrezygnowano z wyszczególniania pojęcia „kodeksu tworzonego na szczeblu Wspólnoty”, pierwotnie definiowanego jako *kodeks postępowania, który pozwala przedsiębiorcy z każdego państwa członkowskiego, wypełniającemu wymagania kodeksu, na uczestniczenie w tym kodeksie bez żadnej dyskryminacji, i który zawiera właściwe i skuteczne środki dla nadzorowania przestrzegania i wcielania w życie postanowień*.

i administracyjnej, a nie jej zastępowanie (art. 10. *Niniejsza dyrektywa nie wyklucza kontroli nieuczciwych praktyk handlowych sprawowanej przez twórców kodeksów postępowania, do której mogą zachęcać państwa członkowskie, oraz odwoływania się do takich instytucji przez osoby lub organizacje określone w art. 11, jeżeli postępowanie przed tymi instytucjami ma charakter dodatkowy w stosunku do postępowania sądowych lub administracyjnych określonych w tym artykule*).

Przyjmowane w ramach samoregulacji kodeksy, tworząc normy postępowania przedsiębiorców danej branży, stanowią ważny instrument ujednoczenia standardów obsługi konsumentów na rynku europejskim. Komisja Europejska wykorzystuje tę możliwość, sama podejmując inicjatywę tworzenia takich kodeksów, np. w dziedzinie kredytów mieszkaniowych¹⁹. Analogiczne działania podejmują inne organizacje międzynarodowe, np. Międzynarodowa Liga Praw Konkurencji (*Ligue Internationale du Droit de la Concurrence – LIDC*), która przygotowała propozycję reguł postępowania w handlu elektronicznym (wrzesień 2000)²⁰. Szczególnym obszarem rozwoju samokontroli jest obszar stosunków między akcjonariuszami i spółką publiczną, wchodzący w zakres tzw. *corporate governance* – ładu korporacyjnego, obejmującego zarówno regulacje prawne (*hard law*), jak i *soft law*: kodeksy dobrych praktyk w zakresie zarządzania i kontroli w spółkach publicznych, zalecenia na zasadzie „zastosuj się albo wytłumacz”. W płaszczyźnie międzynarodowej kierunek w tej dziedzinie wytyczają zasady sformułowane przez OECD i projekty reform w Unii Europejskiej.

W skali globalnej, w odniesieniu do problemów gospodarki światowej, m.in. ochrony środowiska, standardów socjalnych, poszanowania praw człowieka – wśród ogromnej ilości różnego rodzaju kodeksów postępowania, wytycznych, standardów i innych form samoregulacji²¹, na uwagę zasługują wytyczne OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych, tworzące zasady odpowiedzialnego postępowania przedsiębiorstw przy inwestycjach zagranicznych, zgodnego z obowiązującym prawem, przy poszanowaniu specyficznych warunków kraju-gospodarza.

¹⁹ *European Agreement on a Voluntary Code of Conduct on pre-contractual information for Home Loans* – podpisany 5 marca 2001 r., wszedł w życie 30 września 2002 r., do tego czasu przystąpiło do kodeksu ponad 3,5 tys. instytucji kredytowych. Jednak wyniki raportu na temat wdrożenia kodeksu, który został przygotowany na zlecenie Komisji przez niezależnego konsultanta, niemiecki Instytut für Finanzdienstleistungen e.V., okazały się nadspodziewanie rozczarowujące (*Final Report monitoring the uptake and the effectiveness of the Voluntary Code of Conduct on Pre-contractual Information for Home Loans*, Instytut für Finanzdienstleistungen e.V, Hamburg, 17 June 2003), co skłoniło Komisarza Davida Byrne’a do wyrażenia opinii na temat istnienia granic skuteczności samoregulacji (w mowie otwierającej konferencję Europejskiej Federacji Hipotecznej w dniu 28 listopada 2003 r.).

²⁰ Tekst zamieszczony pod adresem: www.wettbewerbszentrale.de/de/verhaltensregeln/electronisch.asp.

²¹ W 2000 r. OECD zarejestrowała 246 różnego rodzaju kodeksów, z tego – 118 opublikowanych przez indywidualne firmy; 92 – przez związki przemysłowe i handlowe; 32 – przez organizacje skupiające przedstawicielstwa interesów, włączając związki zawodowe i organizacje pozarządowe oraz 4 – przez organizacje międzynarodowe. (Na podstawie: odpowiedź rządu federalnego na zapytania poselskie w niemieckim parlamencie z 4 czerwca 2003 r. – Deutscher Bundestag, Drucksache 15/1103).

3. Tworzenie kodeksów dobrych praktyk – uwagi ogólne

Proces tworzenia kodeksu musi uwzględniać fakt, że przedmiotem regulacji mają być sprawy o charakterze konfliktowym – dotyczącym wzajemnie przeciwnych interesów na linii przedsiębiorstwo–konsument (B2C) lub między różnymi aktywnymi uczestnikami działalności rynkowej (B2B). W regulacji tradycyjnej, podmiot występujący z inicjatywą ustawodawczą (najczęściej: organ rządowy) zazwyczaj przeprowadza konsultacje z zainteresowanymi stronami; do ustawodawcy należy decyzja co do sposobu zrównoważenia różnych interesów. W samoregulacji tego elementu w zasadzie brak: to sami przedsiębiorcy decydują o tym, co jest właściwe w ich postępowaniu.

Wiarygodność samoregulacji wymaga zatem włączenia do procesu tworzenia kodeksu wszystkich zainteresowanych stron, w szczególności organizacji konsumenckich – choć niewątpliwie proces ten byłby znacznie prostszy, szybszy i tańszy, gdyby z tego zrezygnować; ponadto w przypadku uzgadniania rozwiązań ze wszystkimi zainteresowanymi stronami istnieje niebezpieczeństwo osiągnięcia kompromisu, który wcale nie musi być rozwiązaniem najlepszym.

W przypadku współregulacji, organ rządowy czy regulator włącza się w podejmowanie decyzji, jaka grupa powinna zasiąść przy stole i ustala harmonogram prac nad kodeksem. Argument, jaki ma przy tym do dyspozycji, to nieuchronność regulacji tradycyjnej (prawnej), jeśli porozumienie nie zostanie osiągnięte lub nie przyniesie oczekiwanych rezultatów²².

Istnieją różne warianty udziału stron w procesie tworzenia kodeksu:

- wyłącznie ciało reprezentujące przedsiębiorstwa, które mają stać się członkami systemu samokontroli,
- ciało reprezentujące przedsiębiorstwa w konsultacji z innymi zainteresowanymi stronami,
- instytucja niezależna, jako ciało nadrzędne, negocjująca pomiędzy reprezentantami różnych interesów²³.

W systemie współregulacji istnieje możliwość a zarazem konieczność włączenia interesariuszy (*stakeholders*) w proces tworzenia kodeksu. Ważna przy tym jest ich właściwa reprezentacja i zapewnienie aktywnego uczestnictwa. Dobrym przykładem funkcjonowania systemu współregulacji są kraje skandynawskie, w których od lat 70. istnieje ustawy zakaz nieuczciwych praktyk marketingowych i kompleksowy system administracyjno-prawnej kontroli rynku; dobrowolne kodeksy postępowania mogą być wykorzystywane do interpretacji norm

²² Taki argument np. zastosowała Komisja w przypadku europejskiego kodeksu postępowania w dziedzinie kredytów mieszkaniowych, przewidując kontrolę jego skuteczności, a w przypadku negatywnych wyników – zaproponowanie odpowiednich przepisów o charakterze wiążącym – *vide*: Zalecenia Komisji z 1 marca 2001 r. w sprawie informacji, które powinny zostać przekazane konsumentom przed zawarciem umowy o kredyt mieszkaniowy (Dz.Urz. WE L 069, 10 marca 2001, s. 25–29).

²³ *Soft law in the European Union, A discussion paper by the National Consumer Council*, April 2001, www.ncc.org.uk.

prawnych dotyczących uczciwej praktyki rynkowej. Rzecznik ds. Konsumentów może, wzorem Federalnej Komisji Handlu w Stanach Zjednoczonych²⁴, ustalać wytyczne dla działalności rynkowej w poszczególnych branżach. Uniwersalny charakter przepisów ustaw o praktykach marketingowych powoduje, że postanowienia kodeksów typu *soft law* są traktowane tak, jak legislacja tradycyjna.

W kierunku podobnych rozwiązań zmierza koncepcja ogólnego zakazu nieuczciwych praktyk handlowych wraz z uszczegółowieniem w postaci wymogów staranności zawodowej, przyjęta w dyrektywie ramowej. Jeśli standardy staranności zawodowej mają być kształtowane między innymi, a może nawet – głównie – przez zasady przyjmowane w ramach samoregulacji, to muszą one odpowiednio szczegółowo określać sposoby postępowania przedsiębiorstw. Dobrowolnie przyjęte zasady dobrych praktyk winny stanowić uszczegółowienie ogólnie sformułowanych norm prawnych (zwłaszcza przy odnoszeniu ich do specyficznych warunków danej branży) i/lub być podstawą dodatkowych zobowiązań przedsiębiorstwa wobec konsumentów (np. wynikających z norm moralnych). Niewątpliwie, stanowisko organizacji pełniących funkcje twórcy (opiekuna) kodeksu, opracowujących i wcielających w życie jego postanowienia na szczeblu krajowym, zwłaszcza tych o dużej sile przebicia, będzie współkształtować standardy staranności zawodowej na szczeblu wspólnotowym. W każdym razie, jednoznaczne określenie miary staranności zawodowej w konkretnych sytuacjach może stanowić dla sądów w państwach członkowskich niełatwe zadanie. Raczej należy sądzić, iż z czasem orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wypracuje – zapewne w nawiązaniu do funkcjonujących i rozwijanych na szczeblu Wspólnoty kodeksów postępowania – określone europejskie standardy staranności zawodowej, podobnie jak wypracowało wzorzec konsumenta.

Istotne znaczenie dla zapewnienia skuteczności kodeksów dobrych praktyk mieć będzie zastosowanie zasady, w myśl której naruszenie postanowień dobrowolnie przyjętego kodeksu traktowane będzie jako wprowadzenie w błąd (art. 6 ust. 2 b dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych). Z drugiej strony, należy liczyć się z tym, że perspektywa takich konsekwencji – odpowiedzialności prawnej z tytułu wprowadzenia w błąd – może stanowić czynnik powstrzymujący przedsiębiorstwa przed przystępowaniem do dobrowolnych kodeksów, zwłaszcza jeśli miałyby rodzić dodatkowe zobowiązania w stosunku do obowiązków wynikających z przepisów prawnych. W rezultacie może to prowadzić do jeszcze większej, aniżeli normalnie właściwa samoregulacja,

²⁴ W Stanach Zjednoczonych Federalna Komisja Handlu ma kompetencje w dziedzinie zwalczania nieuczciwych lub oszukańczych działań lub praktyk handlowych i ustalania treści tego pojęcia. Może rozwijać zasady, które mają moc prawną – stanowią one administracyjną interpretację prawa i ich nieprzestrzeganie może skutkować podjęciem kroków przez FKH. Komisja stosuje tę metodę w zakresie zatwierdzanych przez siebie kodeksów dobrych praktyk. Szerzej na ten temat: A. Mokrysz-Olszyńska, *Ochrona interesów uczestników działalności rynkowej w głównych systemach prawnych państw kapitalistycznych*, Warszawa 1989, s. 202–222.

ostrożności w formułowaniu zasad kodeksu dobrych praktyk, prowadzącej do minimalizowania zakresu zobowiązania się przedsiębiorców, wedle reguły „nic ponadto, co konieczne”. Z kolei jest rzeczą oczywistą, że samo tylko powtarzanie innymi słowami obowiązujących zasad prawnych stwarza niepotrzebne niejasności interpretacyjne²⁵, a w najlepszym przypadku mija się z celem i mogłoby być zastąpione prostą deklaracją o przestrzeganiu prawa – choć efekt reklamowy takiej deklaracji dla przedsiębiorstwa byłby znacznie mniejszy, aniżeli deklaracja o stosowaniu kodeksu dobrych praktyk. Zgodnie z powszechnie przyjętym rozumieniem pojęcia postępowania etycznego i społecznym odbiorem deklaracji o stosowaniu kodeksu dobrych praktyk (kodeksu etycznego), istnieje oczekiwanie, że deklaracja taka oznacza coś więcej aniżeli tylko powstrzymanie się od łamania obowiązującego prawa.

Dochodzimy w tym momencie do niepokojącego wniosku, który można sformułować jako pytanie: czy aby tworzenie „kodeksów dobrych praktyk”, które nie wnoszą nic ponad to, co zostało już zagwarantowane normą prawną, samo w sobie nie jest zabiegiem obliczonym na wprowadzenie w błąd, a zatem – czy w ogóle jest zabiegiem etycznym?

Jeszcze większe wątpliwości, nie tylko co do zgodności z etyką, ale i literą prawa, budzić musi działanie polegające na formułowaniu i rozpowszechnianiu pod hasłem „Kodeksu etyki” takich zasad, które w istocie ograniczają zakres odpowiedzialności przedsiębiorców w stosunku do zakresu określonego bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, np.:

*Przedsiębiorstwo (...) nie będzie **świadomie** podawać niepełnych informacji oraz wprowadzających w błąd opisów dotyczących oferowanych usług i produktów; nie będzie **świadomie** ukrywać szkodliwego działania produktów.*

Wynikający z tak sformułowanych zasad kodeksu etyki w działalności gospodarczej standard plasuje się poniżej obowiązujących wymogów prawnych; takie ujęcie wprowadza w błąd konsumentów, sugerując, jakoby przedsiębiorcy mogli w zgodzie z prawem i sumieniem podawać niepełne informacje oraz wprowadzające w błąd opisy usług i produktów, jak również ukrywać szkodliwe działanie produktów, o ile nie czynią tego świadomie; jest także mylące wobec przedsiębiorców (dezinformuje o ich faktycznych obowiązkach). W konsekwencji tego rodzaju „kodeksy etyczne” generalnie prowadzą do obniżania standardów w działalności gospodarczej, zamiast do ich podwyższenia i są szkodliwe.

Tu nasuwa się wniosek, że – tak jak wzorce umowne, ogólne warunki umów itp. podlegają już obecnie kontroli pod kątem oceny zawartych w nich klauzul,

²⁵ Analiza funkcjonujących obecnie na rynku „kodeksów dobrych praktyk” wskazuje, iż stopień szczegółowości większości uregulowań kodeksowych na ogół nie przewyższa stopnia szczegółowości regulacji prawnej. W wielu miejscach zasady kodeksów stanowią powtórzenie – przeważnie niedosłowne, czasem też niekompletne, a nawet obciążone błędami – odnośnych przepisów prawnych. Rodzi się zatem wątpliwość co do celowości takich powtórzeń, zwłaszcza, że brak dosłowności lub kompletności może być źródłem niejasności interpretacyjnych.

podobnie – żywiłowo tworzone „kodeksy etyczne” powinny być sprawdzane pod kątem ich zgodności z prawem, a może nawet podlegać obowiązkowej certyfikacji przez właściwe instytucje. Niewątpliwie system współregulacji zabezpiecza przed niebezpieczeństwem powstawania kodeksów, które same w sobie stanowią naruszenie prawa. Innymi słowy, aby zapewnić spełnienie przez samoregulację podstawowych standardów, niezbędne stają się określone formy nadzoru zewnętrznego (instytucjonalno-prawnego). W szczególności konieczne jest zabezpieczenie interesów strony słabszej, a ponadto instytucje odpowiedzialne za zachowanie konkurencji powinny dbać o to, by wprowadzane drogą samoregulacji reguły nie były antykonkurencyjne.

Jednorazowe opracowanie kodeksu nie kończy procesu jego tworzenia. Dla sprawnego funkcjonowania samoregulacji, powinien być on stale nadzorowany przez niezależną stronę trzecią, która jest w stanie osądzić jego skuteczność, inicjować uzupełnienia kodeksu, jego aktualizację i proponować rozwiązania legislacyjne, gdy nie spełnia on oczekiwań²⁶.

Powyższe wywody wskazują, że opracowanie dobrego kodeksu w sposób odpowiedzialny, zapewniający niezbędną legitymizację i wiarygodność, a jednocześnie dobre i zgodne z interesem wszystkich stron rozwiązania – nie jest zadaniem prostym.

Procedura tworzenia kodeksu krajowego jest ułatwiona w przypadku, gdy istnieje odpowiedni wzorzec opracowany przez poważną instytucję międzynarodową, z zachowaniem wszystkich reguł, przy wykorzystaniu dotychczasowych doświadczeń – jak to ma miejsce na przykład w przypadku kodeksów Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu²⁷ i jeśli wzorzec ten zostanie poważnie potraktowany jako podstawa do opracowania własnego kodeksu. Przygotowanie krajowego kodeksu dobrych praktyk przy wykorzystaniu odpowiedniego wzorca międzynarodowego polega na twórczej jego implementacji, przy koniecznym dostosowaniu rozwiązań do obowiązujących krajowych przepisów prawnych.

Wzorców w zakresie tworzenia kodeksów dobrych praktyk może dostarczyć także Wielka Brytania. Jednakże poziom doświadczeń brytyjskich wydaje się być na obecnym etapie polskiej praktyki zbyt zaawansowany i rozwinięty, co wyraża się w stopniu skomplikowania struktur instytucjonalno-organizacyjnych obsługujących samoregulację, jak również rozbudowaniu i drobiazgowości szczegółowości zasad kodeksów dobrych praktyk funkcjonujących w obszarze działalności rynkowej. Niewątpliwie jednak doświadczenia brytyjskie będą nabierały znaczenia wraz

²⁶ Por.: *The EU white paper on governance, input by the National Consumer Council*, Maj 2001, www.ncc.org.uk.

²⁷ Np. Międzynarodowego Kodeksu Reklamy (*IIC International Code of Advertising Practice*), Międzynarodowego Kodeksu Promocji Sprzedaży (*IIC International Code of Sales Promotion*), Międzynarodowego Kodeksu Praktyki Marketingu Bezpośredniego (*IIC International Code of Direct Marketing Practice*), Międzynarodowego Kodeksu Sponsoringu (*International Code on Sponsoring*) – kodeksów, które posłużyły za wzorzec przy tworzeniu polskiego Kodeksu Etyki Reklamy.

z rozwojem samoregulacji i koncepcji *soft law* w płaszczyźnie europejskiej, a także wraz z osiąganiem przez polską praktykę kolejnych stopni zaawansowania w dziedzinie samoregulacji.

4. Podsumowanie

4.1. Podstawowym interesem przedsiębiorstwa na rynku jest posiadanie jak najszerszej, możliwie nieograniczonej swobody działania. Z drugiej strony, istnieją powody, dla których swoboda ta podlega ograniczeniom. Istotnym motywem jej ograniczania jest potrzeba ochrony konsumenta, którego interesy zagrożone są na każdym etapie stosunków zachodzących na rynku. (Inne ważne motywy to: potrzeba ochrony interesów pozostałych podmiotów działalności rynkowej, zwłaszcza konkurentów, ochrona środowiska, konieczność zachowania konkurencji jako mechanizmu rynkowego).

4.2. Ograniczenia zakresu swobody przedsiębiorstwa mogą wynikać z regulacji zewnętrznych (prawnych) względnie mogą mieć charakter samoograniczeń, wynikających z samoregulacji organizowanej przez prowadzące działalność gospodarczą podmioty.

4.3. Istota samoregulacji polega, z jednej strony, na dobrowolnym przyjęciu określonych zasad postępowania, z drugiej zaś – na zbudowaniu odpowiedniego systemu zapewniającego ich przestrzeganie (samokontrola). Warunkiem powstania systemu samoregulacji jest pewien poziom powszechności stosowania przyjętych zobowiązań i dostateczne ich egzekwowanie.

4.4. Zasadniczą przesłanką podejmowania samoregulacji jest motyw ochrony własnych interesów przedsiębiorstw prowadzących działalność rynkową – warunkiem uzyskiwania korzyści z podziału pracy regulowanego mechanizmem rynkowym jest pewien poziom zaufania społecznego. W celu zapewnienia skuteczności oddziaływania na rynek konieczne staje się ograniczenie praktyk podrywających takie zaufanie. W interesie samych przedsiębiorstw leży też uporządkowanie i wzajemne przestrzeganie zasad konkurowania na rynku, określonych reguł gry pomiędzy aktywnymi podmiotami działalności rynkowej. Ponadto: samoregulacja jako system, w którym zasady postępowania są ustalane, administrowane i egzekwowane przez samych członków danej społeczności, traktowana jest przez przedsiębiorstwa jako „mniejsze zło” aniżeli ograniczenia o charakterze zewnętrznym (prawne).

4.5. Okoliczność, że przyjmowane w jej ramach reguły postępowania z założenia mają wyrażać interesy danej grupy zawodowej (branży itp.), oznacza tendencję do minimalizowania ograniczeń i odpowiedzialności podmiotów poddających się dobrowolnej regulacji; często ograniczona powszechność oraz zakres środków, jakimi dysponują organy samokontrolne – powodują ograniczenie roli samoregulacji jako systemu ochrony konsumenta przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi. W szczególności istnieje pewien obszar, który winien być chroniony przez prawo i zabezpieczony środkami przymusu prawnego (zdrowie, bezpieczeństwo, ochrona przed oszustwem itd.).

4.6. Z drugiej strony istnieją specyficzne zalety samokontroli:

- stosunkowa łatwość, niskie koszty przygotowania regulacji (kodeksów dobrych praktyk itp.) i możliwość jej aktualizowania odpowiednio do potrzeb wynikających ze zmieniających się warunków rynkowych,
- możliwości prowadzenia działalności prewencyjnej, informacyjnej i różnego rodzaju zabezpieczeń *ex ante* (np. wstępna kontrola ogłoszeń reklamowych),
- fachowość organów prowadzących działalność samokontrolną, uwzględniająca specjalizację branżową itp., co umożliwi szczegółowe określanie standardów jakościowo-technicznych i profesjonalną ocenę rozpatrywanych przypadków,
- niskie koszty i szybkość działania w rozpatrywaniu skarg,
- wysoki stopień ujednoczenia w skali międzynarodowej.

4.7. Warunkiem zrealizowania potencjalnych korzyści, jakie mogą płynąć z samoregulacji, jest odpowiednia jej legitymizacja i wiarygodność. W tym celu musi ona spełniać pewne podstawowe standardy, jeśli chodzi o:

- tworzenie zasad działania (kodeksów dobrych praktyk),
- monitorowanie uczestników w celu kontroli przestrzegania przyjętych reguł,
- nakładanie sankcji za ich nieprzestrzeganie oraz stosowanie adekwatnych środków zadośćuczynienia.

4.8. W praktyce o efektywności systemu samokontrolnego decyduje stan rozwiązań prawnych, istniejących na danym rynku, a także stopień jego powiązania i współdziałania z systemem administracyjnym. W związku z rozwojem form takiego powiązania wykształciło się pojęcie „współregulacji” (*co-regulation*) – na określenie sytuacji, w której ciało o uprawnieniach wynikających z ustawy deleguje na organ samokontrolny pewne kompetencje i odpowiedzialność, zachowując uprawnienie do interweniowania w razie potrzeby. Istotą współregulacji jest negocjowanie przez biznes i konsumentów zakresu praw konsumenckich i obowiązków biznesu, dokonywane pod auspicjami władzy publicznej, przy czym rezultaty tych negocjacji mają charakter prawnie wiążący.

4.9. Samoregulacja występująca jako czysta samoregulacja lub w postaci współregulacji, może pełnić rolę jako:

- dodatek do regulacji prawnej – gdy członkowie organizacji przyjmują na siebie dobrowolnie zobowiązania wykraczające poza obowiązki nałożone przez prawo, a więc przyjmowane zasady regulują postępowanie w obrębie obszaru swobody pozostawionej przedsiębiorcom przez regulację zewnętrzną i/lub
- uzupełnienie/rozwińnięcie regulacji prawnej – w zakresie uszczegółowienia ogólnie sformułowanych zasad prawnych.

4.10. W konsekwencji: samoregulacja może być traktowana wyłącznie jako uzupełnienie, a nie – jako zastępowanie systemu prawnego. Takie też stanowisko zajmuje Parlament Europejski oraz Komisja UE.

4.11. Nowa dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych, traktując zgodność z wymogami staranności zawodowej jako kryterium uczciwości praktyki handlowej, przyznaje ważną rolę w zwalczaniu nieuczciwych praktyk rynkowych przyjmowanym w ramach samoregulacji kodeksom postępowania. Poprzez nadanie znaczenia prawnego regulacjom ze swej istoty pozaprawnym, wynikającym z dobrowolnego zobowiązania się przedsiębiorstw do stosowania zasad o charakterze deontologicznym, podnosi rangę samoregulacji i stwarza nową perspektywę dla jej rozwoju.

4.12. Dyrektywa określa warunki, jakim muszą odpowiadać kodeksy postępowania; w szczególności chodzi o kodeksy, które zawierają stosowne i skuteczne mechanizmy monitorowania i wymuszania zgodności postępowania z danym kodeksem. Rola kodeksów jako podstawy kształtowania wymogów staranności zawodowej zakłada określony poziom objętych nimi regulacji: dobrowolnie przyjęte zasady dobrych praktyk winny stanowić uszczegółowienie ogólnie sformułowanych norm prawnych (zwłaszcza przy odnoszeniu ich do specyficznych warunków danej branży) i/lub być podstawą dodatkowych zobowiązań przedsiębiorstwa wobec konsumentów (np. wynikających z norm moralnych). Niecelowe z tego punktu widzenia jest tworzenie kodeksów, których treść nie wnosi nic poza deklaracją przestrzegania obowiązujących norm prawnych.

4.13. Istnieje niebezpieczeństwo tworzenia kodeksów zawierających postanowienia niezgodne z obowiązującym prawem (np. ograniczające zakres odpowiedzialności przedsiębiorców, odmawiające konsumentowi praw, jakie wynikają z bezwzględnie obowiązujących norm prawnych, ograniczające konkurencję). Celowa wydaje się kontrola treści publikowanych kodeksów przez powołany do tego organ administracji publicznej.

Sławomir Nowotny

WIEDZA WSPOMAGAJĄCA OCHRONĘ KONSUMENTÓW – WYKORZYSTANIE BADAŃ SPOŁECZNYCH DLA POTRZEB POLITYKI KONSUMENCKIEJ

15 lat działalności Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i jego poprzednika – Urzędu Antymonopolowego – zdaje się w standardach najnowszej historii Polski czasem „od założenia świata”. Mimo to trzeba uznać, że ochrona konkurencji i konsumentów ma w Polsce ciągle charakter pionierski. A to z prostego powodu, iż zarówno dbałość o niezbędny zakres wolności konkurencji, jak i przeciwdziałanie jej nadużywaniu to funkcje, które mogły zacząć rozwijać się dopiero po 1989 r. – w warunkach wolnego rynku i demokracji obywatelskiej. Zarazem jest to dziedzina, w której Polska musi nadrabiać zaległości z poprzednich dekad. W czasach bowiem, kiedy społeczeństwa zachodnie rozwijały rozmaite formy ochrony konsumentów i konkurencji – od ruchów społecznych, przez systemy samoregulacji po państwowe prawo i instytucje nadzoru – w krajach komunistycznych dominowały instytucje zastępujące rynek w warunkach daleko posuniętego monopolu państwa w produkcji i dystrybucji.

Różne cele badań: ochrona konsumentów i marketing

Badania konsumentów, badania opinii publicznej, badania wyborców – tym, co łączy te pojęcia jest idea *vox populi* – „głosu ludu”. W czasach, gdy lud był poddany władzy monarchy, trzeba było teologicznej koncepcji *vox populi* – *vox Dei*, by przywołać władcę do liczenia się z jego potrzebami. W czasach nowożytnych „lud” – już jako „społeczeństwo” – sam stał się suwerenem. Dziś wszelka władza musi liczyć się z opinią publiczną, z głosami wyborców. A „władza”

ekonomiczna – pod wieloma względami najsilniejsza – liczyć się musi z konsumentami, których wydatki decydują o koniunkturze.

W nowoczesnym społeczeństwie funkcję dyscyplinowania władzy i jej przywoływania do liczenia się z ludem przejmują od teologów – rzczytnicy. Miejsce sankcji boskiej zajmuje demokratyczna legitymizacja. A ta w coraz większym stopniu wymaga ochrony praw tych, którzy stanowią słabszą stronę rozmaitych relacji tworzących tkankę społeczną. W modelowej relacji rynkowej: producent-sprzedawca-konsument to ten ostatni uznawany jest za najsłabszego. Stąd idea ochrony konsumentów, która stanowi jedną z funkcji nowoczesnego państwa.

Na czym jednak powinna się ona opierać? Przed czym należy chronić konsumentów? Jakie ich słabości tej ochrony wymagają szczególnie? W nowoczesnym społeczeństwie, w gospodarce opartej na wiedzy (*knowledge driven economy*) źródłem informacji o mocnych i słabych stronach położenia konsumentów na rynku są przede wszystkim rzetelne badania społeczne.

Według definicji sformułowanej przez jednego z najpopularniejszych autorów *badanie marketingowe to systematyczne planowanie, zbieranie, analiza i przekazywanie danych i informacji istotnych dla sytuacji marketingowej, w jakiej znajduje się przedsiębiorstwo*¹. Z kolei sam marketing – choć sformułowano liczne jego definicje i żadna nie jest bardziej obowiązująca niż pozostałe – rozumiany jest jako jedna z podstawowych funkcji przedsiębiorstwa w jego dążeniu do osiągnięcia zysku ze sprzedaży swoich produktów lub usług na rynku. Tradycyjnie podkreślano rolę potrzeb potencjalnych nabywców jako czynnika decydującego o powodzeniu takich dążeń – im lepiej producent rozpozna i zaspokoi potrzeby konsumentów, tym większy jego sukces gospodarczy. Najnowsze trendy w marketingu przesuwały wprawdzie jego główny cel poza samo przedsiębiorstwo i określają go jako tworzenie wartości (maksymalizację korzyści) dla inwestorów², tym niemniej podstawowa zasada pozostaje ta sama: źródłem korzyści marketingowych są konsumenci.

A fakt, że to ich właśnie zachowania decydują o sukcesie marketingowym, powoduje, że owe „dane i informacje istotne dla sytuacji marketingowej” przedsiębiorstwa dotyczą przede wszystkim czynników determinujących zachowania konsumentów – ich potrzeb aktualnych i potencjalnych, sposobów podejmowania decyzji nabywczych, zwyczajów w zakresie konsumpcji, wielkości środków, z których może być finansowany zakup i tego, jak wiele są skłonni zapłacić za oferowany im produkt lub usługę. Umiejętność identyfikacji czynników istotnych dla powodzenia strategii marketingowej i ich trafnego zbadania jest więc jedną z najważniejszych przewag konkurencyjnych, do osiągnięcia których dąży każde przedsiębiorstwo. Stąd strategiczne znaczenie badań marketingowych i waga, jaką do ich poufności przywiązują ich zleceniodawcy. Inspiruje to badaczy do stałego poszukiwania najlepszych sposobów badania, opracowywania nowych,

¹ Philip Kotler, *Marketing*, Gebethner i S-ka, Warszawa 1994.

² Por. Peter Doyle, *Marketing wartości*, Felberg, Warszawa 2003.

bardziej efektywnych poznawczo metod. Zarazem rozwój komercyjnych badań marketingowych wiąże się z procesem kumulacji wiedzy o konsumentach. I jakkolwiek – ze względu na wspomnianą zasadę poufności – wiele zgromadzonych informacji pozostaje wyłączną własnością sponsorów, następuje też proces ich uogólniania i analizy, dokonywanych już często i publikowanych w środowisku akademickim.

Wiedzieć, by chronić

Wspomniany wyżej pionierski charakter polityki konsumenckiej w Polsce nie dotyczy tylko jej samej. Wszak ochrona konsumentów nie rozwija się w próżni, a jej otoczenie w naszym kraju, niestety, ciągle jeszcze nie dostarcza odpowiedniego zaplecza w zakresie wiedzy. Na dwa aspekty tego niedostatecznego rozwoju chciałbym tu zwrócić uwagę. Po pierwsze – w instytucjach akademickich brakuje zespołów specjalizujących się w takich badaniach zjawisk konsumpcji, mechanizmów rynkowych i działań różnych podmiotów na rynku, które byłyby zorientowane przede wszystkim na ochronę konsumentów. Problematyką konsumpcji zajmują się wprawdzie liczne katedry i instytuty w szkołach ekonomicznych i handlowych, jednak z nastawieniem przede wszystkim na potrzeby marketingu. To zjawisko daje się oczywiście w pełni wyjaśnić i to właśnie działaniem mechanizmów rynkowych, stwarzających wielki popyt na deficytową do niedawna specjalizację – przede wszystkim ze strony przedsiębiorstw. Tym niemniej, dojrzwianie systemu gospodarczego do standardów światowych powinno obejmować także tworzenie bazy kompetencyjnej dla nowoczesnej ochrony konsumentów. Być może pewne impulsy rozwojowe mogłyby pochodzić ze strony Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, na przykład w ramach programów współpracy z wybranymi ośrodkami akademickimi.

Po drugie – w żywiolowym rozwoju przedsiębiorczości w Polsce nie było dotąd wiele miejsca na ogólniejsze spojrzenie na rynek w dłuższej perspektywie czasowej. W gospodarkach znacznie bardziej rozwiniętych biznes dawno już zrozumiał potrzebę takiego szerszego podejścia w kategoriach własnego interesu. W największym skrócie mówiąc – na wysoko konkurencyjnym rynku opłaca się dostawcom produktów i usług współdziałać w „wychowywaniu” konsumentów. Dwa hasła dominujące marketing ostatnich lat – „gospodarka oparta na wiedzy” oraz „satisfakcja konsumentów”³ – dobitnie dowodzą świadomości takiej potrzeby. Jednym z istotnych elementów tego procesu wspólnego kształtowania rynku jest wspomniane wyżej udostępnianie przez sektor prywatny części wiedzy marketingowej (zdobywanej kosztem sporych nakładów na badania) dla celów analizy i uogólnień dokonywanych i publikowanych we współpracy

³ A nawet szerzej – „zarządzanie relacjami z konsumentami”, czyli niemal magicznie traktowane CRM (*consumer relationship management*), co obejmuje i satysfakcję konsumentów, i budowanie ich „lojalności” wobec marki.

z ośrodkami akademickimi. I – warto dodać – często z udziałem instytucji rządowych i pozarządowych, specjalizujących się w szeroko rozumianej dziedzinie ochrony konsumentów.

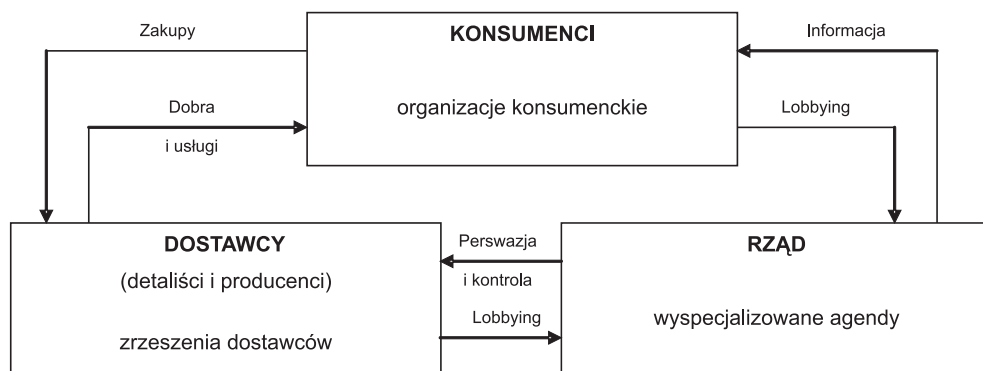
Tym większego więc znaczenia nabierają działania Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie wykorzystywania badań konsumenckich, co znajduje odzwierciedlenie w oficjalnej deklaracji programowej UOKiK: *Celem nadrzędnym jest stworzenie przyjaznego konsumentowi rynku, zaś kluczowym narzędziem służącym temu zadaniu będą przede wszystkim edukacja i informacja, oparte na wnikliwej analizie poczucia bezpieczeństwa konsumentów*⁴. Trudno nie docenić faktu, że ta właśnie działalność Urzędu stanowi obecnie w Polsce bodaj jedyne – a w każdym razie najpoważniejsze – źródło inspiracji do podejmowania programów badawczych, których wyniki służyć powinny rozwojowi nowoczesnej polityki konsumenckiej.

Przykłady badań użytecznych

Ponieważ integracja polskiej gospodarki – łącznie z systemem ochrony konsumentów – z gospodarką globalną będzie wymuszać i sprzyjać zarazem rozwojowi także omawianych tu aspektów jej zaplecza kompetencyjnego, warto przyglądać się zachodnim doświadczeniom w pozyskiwaniu takiej wiedzy o konsumentach, która ma bezpośrednie znaczenie dla polityki ich ochrony. Przedstawionych poniżej przykładów nie należy oczywiście traktować jako gotowych wzorców do bezpośredniego przeniesienia na nasz grunt, pokazują one jednak pożytki, jakie mogą przynosić dobrze zaplanowane i przeprowadzone badania. Szczególnie wart zwrócenia uwagi jest w tych przykładach element traktowania zarówno konsumentów, jak i dostawców dóbr i usług jak partnerów – nie tylko zbiera się od nich informacje o problemach, lecz także wspólnie rozważa możliwe rozwiązania. Wynika to właśnie z bardziej praktycznej niż teoretycznej orientacji tych badań i opiera na modelu relacji rynkowych łączących trzy zasadnicze z punktu widzenia ochrony konsumentów kategorie podmiotów: samych konsumentów, dostawców dóbr i usług oraz regulacyjne instytucje rządowe. Dobrze ujmuje to następujący schemat, sporządzony wprawdzie dla potrzeb prezentowanego dalej badania problemów konsumentów przy zakupach, lecz dający się zastosować ogólnie:

⁴ *Strategia polityki konsumenckiej na lata 2004–2006*, UOKiK, Warszawa 2004.

Ryc. 1 Schemat badania problemów konsumentów przy zakupach



Źródło: J.R. Brent Ritchie, John D. Claxton, *In Search of Actions to Reduce Consumer Shopping Problems*, Advances in Consumer Research Volume 6, 1979.

Przykład pierwszy: Działania redukujące problemy konsumentów przy zakupach

Celem projektu przeprowadzonego dzięki wsparciu Departamentu Spraw Konsumentkich i Korporacyjnych rządu Kanady była nie tylko diagnoza problemów, jakie napotykają konsumenci na rynku i ocena ich ważności, lecz także rozpoznanie możliwości programowania działań na rzecz eliminacji tych problemów, co dobrze oddaje nazwa projektu: *In Search of Actions to Reduce Consumer Shopping Problems*⁵.

Projekt przeprowadzono w czterech etapach. Trzy pierwsze miały charakter badania konsumentów – przy użyciu dość zaawansowanej metodologii, łączącej metody jakościowe i ilościowe, zbadano problemy, jakie konsumenci napotykają przy nabywaniu produktów i usług. Badanie objęło próbę konsumentów w głównych ośrodkach miejskich każdego z pięciu regionów Kanady i dotyczyło trzech kategorii produktów/usług: ubrań i obuwia, mebli i urządzeń domowych oraz napraw samochodów. Celem tych działań było zidentyfikowanie oraz określenie subiektywnej ważności problemów, jakie konsumenci napotykają w poszukiwaniu i wykorzystaniu przed zakupem informacji o produktach/usługach. Badanych pytano także o sugestie co do działań, regulacji i programów, które mogłyby być podejmowane przez właściwe władze oraz samych konsumentów w celu przezwyciężenia najważniejszych z tych problemów.

Analiza propozycji rozwiązań, zgłoszonych przez badanych konsumentów, doprowadziła badaczy do zidentyfikowania czterech ich grup:

⁵ J. R. Brent Ritchie, John D. Claxton, *In Search of Actions to Reduce Consumer Shopping Problems*, Advances in Consumer Research Volume 6, 1979.

1. rozwiązania wymagające większych środków na istniejące programy,
2. rozwiązania wymagające większego nadzoru prawnego nad dostawcami,
3. rozwiązania wymagające rozwoju programów edukacyjnych,
4. rozwiązania wymagające zwiększenia informacji dla konsumentów.

Warto dodać, że propozycje zgłaszane najczęściej przez konsumentów mieściły się głównie w sferze żądań silniejszej regulacji, nie zaś w sferze edukacji i informacji.

W ostatnim etapie projektu podjęto próbę przejścia od pozyskanej wiedzy do jej wykorzystania w planowaniu polityki – kształtowania działań, mających służyć zmniejszaniu problemów, jakie konsumenci napotykają na rynku. Do tego celu opracowano metodologię systematycznej *analizy implikacji*, prowadzonej wspólnie z urzędnikami właściwych agend publicznych oraz przedstawicielami organizacji przedsiębiorców w odniesieniu do ich odpowiedzialności wobec konsumentów i optymalnych sposobów jej wypełnienia. Zadania tak pomyślanej „analizy implikacji” sprowadzały się do:

1. sformułowania wniosków dotyczących działań i programów, które powinny być podjęte przez oba sektory – publiczny i prywatny – w celu pomocy konsumentom,
2. ustalenia odpowiednich priorytetów,
3. oceny środków niezbędnych do realizacji działań i programów o najwyższym priorytecie,
4. wskazania jednostek organizacyjnych odpowiedzialnych za wdrożenie odpowiednich działań i programów.

Procedura tak pomyślanej analizy implikacji obejmowała w agendach administracji publicznej zarówno najwyższy szczebel urzędników odpowiedzialnych za ochronę konsumentów, jak i szczebel średni, odpowiedzialny za poszczególne obszary stanowiące przedmiot badania. Zajmującym stanowiska kierownicze przedstawiono główne wyniki trzech pierwszych faz badania w celu sformułowania strategicznych wniosków mających ukierunkować przyszłe wysiłki na rzecz ochrony i wspierania konsumentów. Z kolei urzędnikom średniego szczebla przedstawiono wyniki dotyczące kategorii produktów/usług znajdujących się w ich obszarach kompetencji i poproszono o ocenę problemów zgłoszonych przez uczestników badania pod względem ich kompletności i ważności. Następnie proszono ich o wskazanie działań, które mogłyby być podjęte przez konsumentów, przemysł oraz administrację w celu zmniejszenia tych problemów i wspólnie analizowano te propozycje pod względem ich przydatności i wykonalności. Dla rozwiązań uznanych za potrzebne i wykonalne zarazem poszukiwano wreszcie odpowiedzi na następujące pytania implementacyjne:

1. kto przede wszystkim powinien być odpowiedzialny za ich wdrożenie?
2. jak działanie powinno być sfinansowane?
3. jaki horyzont czasowy należy przewidzieć dla jego wykonania?
4. według jakich kryteriów należało będzie oceniać powodzenie działań?

Końcowym rezultatem całego projektu była synteza wyników dyskusji na obu szczeblach – najwyższym i średnim – w postaci sformułowania głównych priorytetów przyszłej polityki konsumenckiej.

Przykład drugi: Dostęp do podstawowych dóbr i usług

National Consumer Council jest niezależną brytyjską organizacją specjalizującą się w ekspertyzach dotyczących potrzeb i interesów konsumentów oraz działaniu na ich rzecz. W 2002 r. NCC zleciła firmie badawczej NFO MBL przeprowadzenie jakościowego badania, którego celem była diagnoza sytuacji konsumentów upośledzonych – jak zaspokajane są ich potrzeby w zakresie dóbr i usług podstawowych oraz jak radzą sobie oni z pokonywaniem problemów w dostępie do nich⁶. Przez „upośledzenie konsumenckie” rozumie się doświadczanie skrajnych trudności w utrzymaniu odpowiedniego poziomu spożycia w odniesieniu do pewnego koszyka dóbr i usług, uznanych społecznie za niezbędne dla zaspokojenia podstawowych potrzeb fizycznych i społecznych. Badania takich konsumentów mają szczególne znaczenie, gdyż są to grupy najsłabiej słyszalne na forum publicznym.

Najważniejsze wyniki tego projektu są następujące:

1. Jedną z najważniejszych przyczyn upośledzenia konsumenckiego jest brak w otoczeniu odpowiednich usług lub zbyt wysokie opłaty za nie – szczególnie w zakresie usług komunalnych świadczonych przez przedsiębiorstwa prywatne.
2. Życie konsumentów upośledzonych jest wypełnione twardą walką o dostęp do podstawowych dóbr i usług przy jednoczesnym unikaniu zadłużenia. Ta walka o przeżycie ogranicza ich myślenie do perspektywy krótkoterminowej. Dla wielu oznacza to praktyczne zablokowanie aspiracji poprawy własnego życia.
3. Dostawcy usług i dóbr muszą lepiej rozpoznawać zróżnicowanie potrzeb konsumentów i trafniej na nie odpowiadać. Dostępność takich usług musi być otwarcie komunikowana w sposób nienarażający konsumentów upośledzonych na dodatkowe utrudnienia⁷.
4. Wielu upośledzonych konsumentów ma zbyt mało umiejętności i pewności siebie, by czuć się i działać jak pełnoprawni uczestnicy rynku. Zmuszeni są polegać na instytucjach lokalnych, znajomych lub rodzinie, często w sprawach nawet najbardziej oczywistych, jak rozumienie treści rachunków.
5. Niektórzy z nich preferują lub nawet wyłącznie mogą komunikować się z dostawcami bezpośrednio, osobiście.

⁶ *Everyday essentials: meeting basic needs. Research into accessing essential goods and services*, broszura w serii *NCC findings*, National Consumer Council, London January 2003.

⁷ A tym bardziej – na upokorzenia, które niekiedy temu towarzyszą. Autorzy podają tu przykład usług tłumaczenia dla imigrantów nieznających angielskiego, co bywa traktowane jako deprecjonujące.

Opierając się na wynikach badania NCC sformułowała następujące rekomendacje dla przyszłej polityki konsumenckiej:

1. Agendy rządowe, szczególnie te odpowiedzialne za przeciwdziałanie wykluczeniu społecznemu oraz wspomaganie obszarów zaniedbanych, powinny przyjąć główną odpowiedzialność za to, by w polityce ochrony najsłabszych konsumentów uwzględniona była kluczowa rola, jaką w dostarczaniu podstawowych dóbr i usług grają prywatni dostawcy.
2. Polityka konsumencka powinna stosować skuteczne zachęty, lecz także odpowiednie środki negatywne, w celu skłaniania dostawców podstawowych dóbr i usług do przyjmowania odpowiedzialności i podejmowania właściwych inicjatyw w zakresie zaopatrywania najsłabszych konsumentów.
3. Agendy władz zarówno centralnych jak i lokalnych powinny wspólnie z dostawcami podstawowych dóbr i usług z sektora prywatnego dbać o to, by:
 - oferta podstawowych dóbr i usług bytowych odpowiadała w pełni zróżnicowanym potrzebom konsumentów, zapewniając jednocześnie ich pełną dostępność, przystępne ceny i dobrą jakość,
 - wszelkie usługi – świadczone przez podmioty czy to publiczne czy prywatne – były oferowane powszechnie w lokalnych ośrodkach w sposób umożliwiający bezpośrednio ich nabywanie,
 - w obszarach upośledzonych konsumenci uzyskiwali odpowiednie, niezależne wsparcie i możliwości podnoszenia swych konsumenckich kompetencji.

Przykład trzeci: Finanse najsłabszych konsumentów

Amerykańskie badania na temat korzystania z usług finansowych przez gospodarstwa domowe o niskich i średnich dochodach⁸ przeprowadzone w latach 2003/2004 w trzech miastach: Los Angeles, Chicago i Waszyngton, przyniosły kilka ważnych wyników:

1. Gospodarstwa nieposiadające rachunków bankowych mają znacznie niższe dochody i składają się z niżej wykształconych osób niż ogół populacji.
2. Podział konsumentów na „korzystających” i „niekorzystających z usług bankowych” (*banked – unbanked*) jest niewystarczający do opisu mechanizmów korzystania z usług finansowych, gdyż wielu posiadaczy kont bankowych korzysta także równoległe z alternatywnych (pozabankowych) usług finansowych, zaś wielu obecnie nieposiadających kont niegdyś z nich korzystało.
3. Bariery dla posiadania rachunków bankowych przez gospodarstwa o mniejszych

⁸ Ellen Seidman, Moez Hababou, Jennifer Kramer, *A Financial Services Survey of Low- and Moderate-Income Households*, referat na konferencji: *Promises & Pitfalls: As Consumer Finance Options Multiply, Who Is Being Served and at What Cost?* Federal Reserve System Community Affairs Research Conference, Washington, 7-8 kwietnia 2005. Pierwsze wyniki tego badania zostały opublikowane w: Christopher Berry, *To Bank or Not to Bank? A Survey of Low-Income Households*, Joint Center for Housing Studies Working Paper Series, Joint Center for Housing Studies, February 2004.

dochodach mogą wynikać nie tylko z niemożności spełniania wymagań banków, lecz także ze środowiskowych ograniczeń ich użyteczności (np. w biedniejszych osiedlach rzadziej akceptowane są bezgotówkowe formy płatności).

4. Konsumenty są świadomi względnych kosztów nieskorzystania z usług bankowych, lecz generalnie są zadowoleni z dokonywanych przez siebie wyborów.
5. Bariery w korzystaniu z usług bankowych wyznaczane przez postawy i czynniki kulturowe są mniejsze, niż często przypuszcza się i nie one decydują o niekorzystaniu.

Wyniki badania pozwoliły sformułować też pewne wnioski dla działań praktycznych:

1. Jeśli chce się spopularyzować korzystanie z usług bankowych w środowisku gospodarstw domowych o niskich i średnich dochodach, trzeba dobrze rozpoznać ich potrzeby w zakresie warunków oferowanych przez banki, gdyż często ich decyzje mają charakter racjonalny (barierą są niekorzystne warunki, nie lęk przed posiadaniem rachunku).
2. Należy rozpoznawać bariery w otoczeniu gospodarstw o niskich i średnich dochodach w korzystaniu z instrumentów bankowych i podejmować środki na rzecz popularyzacji także w tym otoczeniu korzystania z takich instrumentów – np. akceptowania stałych płatności (jak czynsz) w formach bezgotówkowych.
3. Skłonność do oszczędzania sprzyja stabilności finansowej nawet niezamożnych gospodarstw domowych. Programy polityki konsumenckiej powinny być nastawione na rozwijanie tych skłonności zarówno w interesie samych konsumentów, jak i sektora finansowego.

Organizatorzy konferencji, na której zaprezentowano wyniki tego badania, reprezentujący amerykański Bank Rezerwy Federalnej, w jej podsumowaniu zawarli dość krytyczny osąd sektora bankowego w USA z punktu widzenia interesów konsumentów: *w warunkach szybkich zmian w usługach finansowych (szczególnie w sektorze bankowości hipotecznej), braku przejrzystości, trudnej do ogarnięcia narastającej różnorodności oferowanych produktów, a także marketingowej taktyki pośredników, która bywa w istocie bardzo drapieżna, nawet najbardziej kompetentni pożyczkobiorcy doświadczają trudności w rozumieniu warunków pożyczek hipotecznych, przez co tracą możliwość korzystania z najlepszych przysługujących im warunków i cen tych pożyczek. Jak zauważył jeden z prelegentów, konsumenci nie są urzędnikami – nie możemy im po prostu powiedzieć: czytaj dokumenty.*

Noty o autorach

Jerzy Baehr – doktor nauk prawnych, w latach 1985–1999 pracownik naukowy w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Starszy partner w kancelarii Wierciński, Kwieciński, Baehr Sp.k. Autor i współautor kilkudziesięciu publikacji z zakresu prawa konkurencji, energetycznego, zamówień publicznych i prywatyzacji, w tym komentarzy do prawa energetycznego i prawa zamówień publicznych. Kierował projektami zlecanymi przez Radę Ministrów i Bank Światowy.

Leszek Balcerowicz – prezes Narodowego Banku Polskiego, przewodniczący Rady Polityki Pieniężnej, profesor Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie. Wykładał na uczelniach całego świata. Jest autorem licznych książek i publikacji ekonomicznych. Wyróżniony wieloma prestiżowymi nagrodami.

Cezary Banasiński – doktor nauk prawnych, wykładowca na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. W latach 1991–1996 doradca pełnomocnika rządu ds. integracji europejskiej i pomocy zagranicznej w Urzędzie Rady Ministrów. Od 1996 r. odpowiedzialny za problematykę dostosowania publicznego prawa gospodarczego do prawa wspólnotowego. Od 1997 r. współpracował w zakresie analiz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z Biurem Orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. W latach 2000–2001 pracował na stanowisku podsekretarza stanu w Urzędzie Komitetu Integracji Europejskiej, gdzie był odpowiedzialny za harmonizację prawa polskiego z prawem wspólnotowym. We wrześniu 2001 r. wygrał konkurs na Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Autor i współautor kilkudziesięciu książek, artykułów, komentarzy do ustaw oraz komentarzy do wyroków Trybunału Sprawiedliwości z zakresu prawa administracyjnego gospodarczego i europejskiego prawa gospodarczego.

Sławomir Dudzik – doktor habilitowany, wykładowca w Katedrze Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego. Członek Rady Ochrony Konkurencji i Konsumentów przy Prezesie UOKiK. Partner w kancelarii T. Studnicki, K. Pleszka, Z. Cwiąkalski, J. Górski w Krakowie.

Autor publikacji m.in. z zakresu prawa konkurencji i pomocy publicznej, w tym monografii *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*.

Anna Fornalczyk – członek Komitetu Nauk Organizacji i Zarządzania, Polskiej Akademii Nauk, a także Rady Dyrektorów Polsko-Amerykańskiej Fundacji Wolności. W latach 1990–1995 była prezesem Urzędu Antymonopolowego. W roku 1991 uczestniczyła w negocjacjach między Polską i Unią Europejską dotyczących Układu Europejskiego. Była odpowiedzialna za negocjacje dotyczące konkurencji i pomocy publicznej. Wykładała na Uniwersytecie Środkowo-europejskim w Budapeszcie.

Jej publikacje koncentrują się wokół kwestii konkurencji w kontekście restrukturyzacji, prywatyzacji, demonopolizacji, pomocy publicznej zarówno w Polsce jak i w Unii Europejskiej. Jest właścicielem firmy consultingowej „Comper”.

Wojciech Gasparski – profesor dr hab. Jest dyrektorem Centrum Etyki Biznesu, jednostki wspólnej Instytutu Filozofii i Socjologii PAN oraz Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Zarządzania im. Leona Koźmińskiego w Warszawie. Jest członkiem Towarzystwa Naukowego Warszawskiego, Academy of Management (USA), International Society of Business, Economy and Ethics, Society of Business Ethics (USA), honorowym prezesem Towarzystwa Naukowego Prakseologii oraz byłym przewodniczącym Rady Programowej Polskiego Stowarzyszenia Etyki Biznesu.

Autor prac z zakresu prakseologii oraz etyki działalności gospodarczej. Ostatnio opublikował: *Europejskie standardy etyki i społecznej odpowiedzialności w biznesie* (2003), *Wykłady z etyki biznesu: Nowa edycja* (2004), *Uczciwość w świecie finansów* (2004), *French and other Perspectives in Praxeology* (2005).

Robert Gwiazdowski – doktor nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Prezydent Centrum im. Adama Smitha. Doradca wielu polskich i zagranicznych firm.

Napisał między innymi: *Sprawiedliwość a efektywność opodatkowania. Pomiędzy progresją a podatkiem liniowym*, *Zarys historii nowożytnej europejskiej myśli politycznej* i *Zarys polskiego prawa gospodarczego* przygotowanych dla stypendystów Stony Brook University przy Ośrodku Studiów Amerykańskich Uniwersytetu Warszawskiego, *Legal and tax situation of foreigners in Poland*. Autor *Raportu na temat prawno-ekonomicznej sytuacji inwestorów zagranicznych w Polsce* przygotowanego na zamówienie Business International oraz wielu publikacji naukowych, popularyzatorskich i komentarzy.

Anna Mokrysz-Olszyńska – dr hab., prof. Szkoły Głównej Handlowej, kierownik Zakładu Prawa Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Autorka wielu publikacji z zakresu konkurencji i ochrony konsumentów – między innymi

Zakres ochrony przed „wprowadzeniem w błąd konsumenta” w prawie Wspólnoty Europejskiej, Polskie prawo o reklamie wprowadzającej w błąd w świetle prawa wspólnotowego, Dobre obyczaje w działalności gospodarczej, Swoboda promocji a ochrona przed nieuczciwymi praktykami handlowymi w projektach prawa Unii Europejskiej.

Claes Norgren – Dyrektor Generalny szwedzkiego Urzędu Antymonopolowego. Z wykształcenia i zawodu ekonomista. Pracował w Banku Państwa (Riksbanku) i Ministerstwie Finansów. Pełnił funkcję Dyrektora Generalnego w Finansinspektionen. W latach 1987–1990 Szef Długu Krajowego w szwedzkim Narodowym Biurze ds. Długu. Jest członkiem szwedzkiej rządowej rady ds. polityki konsumenckiej.

Sławomir Nowotny – socjolog, wykładowca w Collegium Civitas. Konsultant w dziedzinie badań rynku, opinii i mediów oraz korporacyjnych programów etycznych. Współzałożyciel i były prezes instytutu badawczego Demoskop oraz Organizacji Firm Badania Opinii i Rynku (OFBOR). Współtwórca polskiej adaptacji Wskaźnika Optymizmu Konsumentów (mierzonego w Polsce nieprzerwanie od 1991 r.). Przewodniczący Zespołu Ekspertów do spraw Konsumenckich Badań Społecznych przy Prezesie UOKiK. Autor i konsultant realizacyjny licznych projektów badań konsumenckich, twórca Indeksu Bezpieczeństwa Konsumentów opracowanego na zlecenie UOKiK.

Witold M. Orłowski – profesor Politechniki Warszawskiej i Uniwersytetu Łódzkiego, dyrektor Szkoły Biznesu PW oraz współzałożyciel Niezależnego Ośrodka Badań Ekonomicznych NOBE. Od stycznia 2002 r. jest szefem zespołu doradców ekonomicznych Prezydenta RP.

Autor sześciu książek i ponad 140 publikacji naukowych (publikowanych w Polsce, USA, Wielkiej Brytanii, Austrii, Francji i Niemczech) oraz licznych artykułów o charakterze publicystycznym i popularyzatorskim. Jego książka *Droga do Europy* została wyróżniona nagrodą Banku Handlowego dla najlepszej książki z dziedziny finansów i teorii ekonomii w roku 1998.

Stanisław Piątek – profesor Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego. Wykłada publiczne prawo gospodarcze i prawo administracyjne. Specjalizuje się w prawie telekomunikacyjnym i mediów elektronicznych. Uczestniczył w pracach administracji centralnej oraz Sejmu nad przygotowaniem ustaw w tych dziedzinach. Współpracował w latach 1993–2002 z Krajową Radą Radiofonii i Telewizji. Członek Krajowej Komisji Uwłaszczeniowej (1991–1998) oraz Rady Legislacyjnej (1998–2001). Współpracuje z Urzędem Regulacji Telekomunikacji i Poczty. Opublikował ponad 100 artykułów i książek w Polsce i za granicą, w tym komentarze dotyczące prawa samorządu terytorialnego, prawa telekomunikacyjnego i prawa radiofonii i telewizji. Ostatnie publikacje książkowe to: *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz* (2001), *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej* (2003).

Jarosław Pietras – doktor nauk ekonomicznych (tytuł uzyskany na Wydziale Nauk Ekonomicznych Uniwersytetu Warszawskiego w 1986 r.). Sekretarz Stanu ds. Europejskich. Sekretarz Komitetu Integracji Europejskiej. Szef Urzędu Komitetu Integracji Europejskiej. Wiceprzewodniczący Komitetu Europejskiego Rady Ministrów. Tematyką europejską zajmuje się zawodowo od 1990 r. Liczne artykuły prasowe i publikacje naukowe w języku polskim i angielskim. Bezpartyjny.

Eugeniusz Piontek – profesor, dr hab., kierownik Katedry Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Wykładowca na licznych uniwersytetach w Europie Zachodniej, Stanach Zjednoczonych i Australii, w tym wykładowca w Akademii Prawa Międzynarodowego w Hadze w 1992 r. Specjalizuje się głównie w prawie konkurencji, fuzjach i przejęciach, prawie handlu międzynarodowego, prawie celnym, kontraktach i prawie europejskim.

Od roku 1998 jest partnerem zarządzającym w Kancelarii Prawniczej Piontek, Ślązak, Wiśniewski i Wspólnicy, od 2002 – członkiem Zespołu Doradców w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Autor blisko sześćset artykułów, innych publikacji oraz ośmiu książek na temat europejskiego i międzynarodowego prawa handlu międzynarodowego oraz zagadnień z tym związanych, w tym: *Instrumenty prawne zewnętrznej polityki gospodarczej EWG* (1979) oraz *Prawo konkurencji EWG*, Warszawa (1985).

Tadeusz Skoczny – dr hab., prof. Uniwersytetu Warszawskiego. Kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania UW (*Jean Monnet Chair on European Economic Law*). Najnowsze publikacje: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła. T. 1: Reguły generalne i T. 2: Reguły sektorowe*. (2002); *Reguły konkurencji w: Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, pod red. Jana Barcza (2003); *Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1 maja 2004 (w świetle wspólnotowych rozporządzeń 1/2003 i 139/2004 oraz nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2004 r.)*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* Nr 2/2004, s. 151–182; *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa w: Ochrona konkurencji i niezależna regulacja sektorowa*, *Problemy Zarządzania* 3/2004(5), s. 7–34; *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo. T.1: Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962–1989*, (2004).

Stanisław Sołtysiński – profesor Wydziału Prawa Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu, członek-korespondent Polskiej Akademii Umiejętności i Akademii Prawa Porównawczego w Paryżu, Członek Rady Zarządzającej International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), członek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego.

Współautor kodeksu spółek handlowych oraz pięcioletniego komentarza do tego kodeksu (wspólnie z A. Szajkowskim, A. Szumańskim i J. Szwają); współautor komentarza do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Autor ponad 240 publikacji naukowych, w tym ponad 70 pozycji ogłoszonych za granicą, z zakresu prawa cywilnego i handlowego, antytrustowego i kolizyjnego.

Aleksander Stawicki – radca prawny w kancelarii Wierciński, Kwieciński, Bahr Sp.k. Ukończył z wyróżnieniem poddyplomowe studia z zakresu europejskiego prawa gospodarczego organizowane w ramach Pallas Program i uzyskał tytuł *LL.M in European Business Law*. Autor i współautor wielu publikacji specjalistycznych, w tym komentarza do prawa zamówień publicznych. Ekspert w projektach finansowanych ze środków Banku Światowego i programu Phare.

Edward Stawicki – wieloletni dyrektor Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu. Na jego dorobek naukowy składają się liczne opracowania, artykuły i książki z dziedziny prawa konkurencji i prawa energetycznego. Był między innymi współautorem monografii i komentarzy: *Reguły konkurencji a porozumienia kooperacyjne* (1995), *Działalność w sferze usług komunalnych a prawo antymonopolowe* (1996), *Prawo energetyczne, komentarz* (1999, 2001, 2003).

Marian Strużycki – profesor, dr hab. Specjalizuje się w problematyce ekonomii rynku i zarządzania przedsiębiorstwem. Aktualnie kierownik Katedry Zarządzania Przedsiębiorstwem w Szkole Głównej Handlowej oraz dyrektor Instytutu Rynku Wewnętrznego i Konsumpcji, a także profesor Wyższej Szkoły Ekonomii i Administracji w Kielcach. Był dziekan Wydziału Handlu Wewnętrznego i prorektor SGPiS (obecnie SGH).

Od 1996 r. członek Kapituły Godła Promocyjnego *Teraz Polska*. Były przewodniczący Rady Nadzorczej, a obecnie członek Rady NFI Magna Polonia. Ponadto jest członkiem Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego, Rady Dobrych Praktyk Gospodarczych przy Prezesie UOKiK oraz Rady Konsultacyjno-Programowej Krajowej Rady Spółdzielczej. Autor około 370 artykułów i recenzji oraz 35 monografii i podręczników. Promotor ponad tysiąca prac dyplomowych i magisterskich, a także 20 doktoratów z zakresu zarządzania. Aktualnie prowadzi badania nad rolą małych i średnich przedsiębiorstw w gospodarce polskiej i europejskiej.

Andrzej Turliński – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. W latach 1987–1989 arbiter w Państwowym Arbitrażu Gospodarczym. Od utworzenia w 1989 r. sądownictwa gospodarczego sędzia i przewodniczący XV Wydziału Gospodarczego Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy. Od 1998 r. sędzia, a od 2000 r. przewodniczący Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Bohdan Wyżnikiewicz – doktor nauk ekonomicznych; stypendysta Fulbrighta. Był prezes Głównego Urzędu Statystycznego. Pracował w Europejskiej Komisji Gospodarczej ONZ i Instytucie Nauk Ekonomicznych Polskiej Akademii Nauk. Od roku 1992 w Instytucie Badań nad Gospodarką Rynkową. Ekspert Sejmu, Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych „Lewiatan”, Giełdy Papierów Wartościowych i Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Wykłada w Warszawskiej Wyższej Szkole Ekonomicznej i na Uniwersytecie Warszawskim.

Autor dwóch książek i blisko stu raportów oraz artykułów naukowych. Specjalizuje się w ekonomicznych badaniach stosowanych oraz w analizach makroekonomicznych i sektorowych.

Andrzej Zoll – prawnik, profesor zwyczajny (specjalizacja prawo karne); profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego (pracownik naukowy od 1964 r.). Rzecznik Praw Obywatelskich IV kadencji.

Członek czynny Polskiej Akademii Umiejętności oraz Akademii Nauki i Sztuki w Salzburgu, Polskiego PEN-Clubu. Doktor honoris causa Uniwersytetu w Moguncji.

Uczestnik rozmów przy Okrągłym Stole (1989) jako członek „Solidarności”, wiceprzewodniczący (1989), a w latach 1990–1993 przewodniczący Państwowej Komisji Wyborczej, sędzia (1989–1993), a w latach 1993–1997 prezes Trybunału Konstytucyjnego, przewodniczący Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów (1998 do czerwca 2000 r.). Od maja 2002 r. wiceprzewodniczący Europejskiego Instytutu Ombudsmana.

Autor około 150 prac z zakresu prawa karnego, prawa konstytucyjnego i filozofii prawa. Współautor polskiego kodeksu karnego z 1997 r.

PUBLIKACJA JUBILEUSZOWA Z OKAZJI PIĘTNASTOLECIA URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów powstał w 1990 roku jako Urząd Antymonopolowy. Po przełomie politycznym w roku 1989, kiedy gospodarka oparta została na mechanizmach wolnego rynku, 24 lutego 1990 roku uchwalono ustawę o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Stanowiła ona ważny element programu reformy rynkowej. Struktura gospodarki odziedziczona po systemie centralnego planowania, charakteryzowała się bowiem wysokim poziomem monopolizacji, co mogło w istotny sposób ograniczyć powodzenie transformacji gospodarczej. W tej sytuacji szczególne znaczenie miało promowanie konkurencji i przeciwdziałanie antyrynkowym zachowaniom monopolistów. Stąd też na mocy ustawy powołano Urząd Antymonopolowy (UA), który rozpoczął działanie w maju po uchwaleniu statutu przez Radę Ministrów. W tym roku również zaczęły funkcjonować jego pierwsze delegatury.

Jako główne zadanie Urzędu wskazano przeciwdziałanie zawieraniu antykonkurencyjnych porozumień i nadużywaniu pozycji dominującej na rynku oraz kontrolę koncentracji przedsiębiorców. Kompetencje te były wielokrotnie zwiększane. Istotna zmiana

miała miejsce w 1996 roku, kiedy po reformie administracji centralnej UA otrzymał swą obecną nazwę – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK). Rozszerzono przy tym zakres jego działań o ochronę interesów konsumentów. Jednocześnie Prezesowi

Urzędu podporządkowano Głównego Inspektora Inspekcji Handlowej.

W 2000 roku Urząd rozpoczął monitorowanie pomocy publicznej udzielanej przedsiębiorcom oraz nadzorowanie ogólnego bezpieczeństwa produktów.

Uchwalona 15 grudnia 2000 roku ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (weszła w życie w kwietniu 2001 roku) określiła zasady funkcjonowania całego systemu ochrony konkurencji i konsumentów, w którym centralne miejsce zajmuje Prezes UOKiK. Jedną z najważniejszych zmian było wprowadzenie kadencyjności jego funkcji oraz obowiązku wyłaniania w drodze konkursu.

W 2002 roku UOKiK podjął działania mające na celu stworzenie systemu nadzoru rynku dla wyrobów podlegających dyrektywom wspólnotowym oraz systemu monitorowania jakości paliw.

Wstąpienie do Unii Europejskiej z dniem 1 maja 2004 roku dla UOKiK oznaczało przede wszystkim zakończenie procesu harmonizacji polskiego prawa antymonopolowego i konsumenckiego z regulacjami unijnymi. Od dnia akcesji Urząd działa w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN).

URZĄD OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Plac Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa
tel. (22) 55 60 800, fax (22) 826 50 76
uokik@uokik.gov.pl, www.uokik.gov.pl

ISBN 83-922705-0-9