



URZĄD OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

# Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji



Publikacja przygotowana  
dzięki wsparciu finansowemu  
Unii Europejskiej



# **Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji**

**pod redakcją Cezarego Banasińskiego**

**Mariana Kępińskiego**

**Bożeny Popowskiej**

**Teresy Rabskiej**



Niniejsza publikacja stanowi zbiór referatów wygłoszonych w trakcie konferencji naukowej zatytułowanej „Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji”, zorganizowanej w Poznaniu w dniu 28 października 2005 r. wspólnie przez Delegaturę Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu, Katedrę Prawa Europejskiego oraz Katedrę Publicznego Prawa Gospodarczego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Konferencja oraz niniejsza publikacja były współfinansowane ze środków Unii Europejskiej w ramach projektu TRANSITION FACILITY 2004 (PL 04/IB/FI/02).

ISBN 83-922705-2-5

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
Plac Powstańców Warszawy 1  
00-950 Warszawa  
tel. (22) 55 60 800  
[www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)

WARSZAWA 2006

|                      |          |
|----------------------|----------|
| <b>Słowo wstępne</b> | <b>5</b> |
|----------------------|----------|

## **ORZECZNICTWO ORGANÓW OCHRONY KONKURENCJI**

### **Harald Piltz**

|                                                                                                                                                                          |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Istotne z punktu widzenia prawa konkurencji praktyki monopolistyczne w zakresie dostępu do sieci po liberalizacji rynku energii elektrycznej i gazu ziemnego w Niemczech | 10 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

### **Jarosław Krüger**

|                                                                                                                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję w sektorze energetycznym w orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów | 18 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

### **Maciej Mataczyński**

|                                                                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Nadużywanie pozycji dominującej na rynku szerokopasmowego dostępu do internetu w świetle orzecznictwa Komisji Europejskiej | 34 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

### **Grzegorz Materna**

|                                                                                              |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Pojęcie „przedsiębiorca” a relacje między wspólnotowym i krajowym prawem ochrony konkurencji | 47 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----|

### **Bartosz Kleban**

|                                                                                                        |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi a prawo konkurencji (wybrane zagadnienia prawne) | 59 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

### **Katarzyna Chachlowska**

|                                                                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Kompetencje Prezesa UOKiK w zakresie zwalczania nieuczciwej reklamy na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów | 74 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

### **Rafał Sikorski**

|                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|
| Zwolnienie grupowe umów transferu technologii we wspólnotowym prawie konkurencji | 91 |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|

## **RELACJE POMIĘDZY POLITYKĄ OCHRONY KONKURENCJI A REGULACJĄ SEKTOROWĄ**

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Siegfried Klaue</b><br>Relacje między ogólnym prawem konkurencji a regulacją sektorową                  | 109 |
| <b>Piotr Lissoń</b><br>Kompetencje organu antymonopolowego a kompetencje organów<br>regulacyjnych w Polsce | 113 |
| <b>Dieter Jalowietzki</b><br>Działania rynkowe publicznych zakładów opieki zdrowotnej                      | 126 |
| <b>Eryk Kosiński</b><br>Konkurencja w sektorze transportowym w Polsce                                      | 135 |

## **PROCEDURY I SANKCJE W PRAWIE ANTYMONOPOLOWYM**

|                                                                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Małgorzata Krasnodębska – Tomkiel</b><br>Wpływ reformy wspólnotowego prawa konkurencji (rozporządzenia<br>nr 1/2003/WE) na system prawa wewnętrznego państw UE, w tym Polski | 160 |
| <b>Bartosz Turno</b><br>Zagadnienie tajemnicy adwokackiej na gruncie prawa konkurencji                                                                                          | 172 |
| <b>Marek Sachajko</b><br>Administracyjna kara pieniężna jako element systemu sankcjonowania naruszeń<br>wspólnotowych oraz polskich zakazów praktyk ograniczających konkurencję | 190 |

|                        |     |
|------------------------|-----|
| <b>Noty o autorach</b> | 202 |
|------------------------|-----|

Cezary Banasiński, Marian Kępiński, Bożena Popowska, Teresa Rabska

## Słowo wstępne

Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej nie tylko zakończyło pewien etap rozwoju prawa ochrony konkurencji, lecz stanowiło również otwarcie nowego. Fakt dostosowania polskich regulacji antymonopolowych do przepisów wspólnotowych oznacza, że dotyczą nas te same problemy i podlegamy tym samym procesom gospodarczym, które obserwujemy w całej Europie. Zagadnieniom tym poświęcona jest niniejsza publikacja. Składają się na nią artykuły przygotowane przez wybitnych specjalistów prawa konkurencji. Co ważne, obok pracowników naukowych Katedry Prawa Europejskiego i Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, wśród autorów znaleźli się praktycy z polskich i niemieckich sądów oraz organów antymonopolowych. Pozwala to spojrzeć na omawiane zagadnienia z szerszej perspektywy.

Akcesja do Unii Europejskiej zbiegła się w czasie z reformą wspólnotowego prawa konkurencji. Stanowiła ona reakcję na przyjęcie nowych państw, a także na wyzwania globalizacji. Reforma związana była przede wszystkim z wejściem w życie Rozporządzenia 1/2003/WE z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, które przekazało znaczną część dotychczasowych uprawnień Komisji Europejskiej krajowym organom antymonopolowym, w tym Urzędowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Oznacza to przyznanie kompetencji do bezpośredniego stosowania przepisów prawa wspólnotowego. Od 1 maja 2004 roku na terytorium Polski obowiązują równocześnie dwa systemy prawa konkurencji – wspólnotowy i krajowy. Jak słusznie zauważa Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel (*Wpływ reformy wspólnotowego prawa konkurencji (rozporządzenia nr 1/2003/WE) na system prawa wewnętrznego państw UE, w tym Polski*), jednym z najważniejszych skutków reformy będzie pogłębiona europeizacja polskiego systemu prawa ochrony konkurencji – przede wszystkim w wyniku związania orzecznictwem Komisji Europejskiej nie tylko krajowych organów antymonopolowych, lecz również sądów. Nie bez znaczenia dla tego procesu będzie również coraz ściślejsza współpraca Prezesa UOKiK z urzędami ochrony konkurencji i KE w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN). Poza zakresem harmonizacji – wynikającej zarówno z procesów dostosowawczych przed akcesją, jak i obowiązków nakładanych rozporządzeniem 1/2003/WE – pozostają przepisy proceduralne, w tym regulujące kwestie kar pieniężnych za naruszenia prawa konkurencji. Kwestie te obszernie i wyczerpująco opisuje sędzia Marek Sachajko (*Administracyjna kara pieniężna jako element systemu sankcjonowania naruszeń wspólnotowych oraz polskich zakazów praktyk ograniczających konkurencję*), który powołując liczne przykłady z orzecznictwa, przedstawia funkcje sankcji finansowych, a także katalog przesłanek wpływających na ich wymiar.

Wyzwaniem, przed którym stoimy obecnie, jest dokonująca się liberalizacja kolejnych sektorów gospodarki. Zagadnieniom tym w całości poświęcony został rozdział „Konkurencja a regulacja”. Zasady konkurencji obowiązują na wszystkich rynkach kształtowanych przez przedsiębiorców korzystających ze swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Specyficzne cechy niektórych rynków (na przykład telekomunikacja, energetyka, transport lotniczy i kolejowy) powodują jednak, że egzekwowanie zasad konkurencji napotyka na pewne utrudnienia. Wynikają one przede wszystkim z faktu dysponowania przez przedsiębiorców dominujących infrastrukturą nieodzowną do prowadzenia działalności gospodarczej, a jednocześnie niemożliwą – czy to z powodów ekonomicznych, faktycznych, czy wreszcie prawnych – do zdublowania przez potencjalnych konkurentów.

Od przełomu lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych obserwujemy w Stanach Zjednoczonych i Europie proces stopniowego poddawania rynków zmonopolizowanych regułom konkurencji. Zgodnie z zaleceniami UE, w państwach członkowskich powołano organy regulacyjne w celu stopniowego poddawania rynków infrastrukturalnych grze popytu i podaży. Działalność regulatorów powinna koncentrować się na ułatwianiu wejścia na rynek nowym przedsiębiorcom oraz przeciwdziałaniu eksploatacyjnym praktykom dominantów rynkowych przez zatwierdzanie taryf opłat za oferowane przez nich usługi. Jak zauważa profesor Siegfried Klaue (*Relacje między ogólnym prawem konkurencji a regulacją sektorową*), podstawowym celem regulacji sektorowej jest zapewnienie wszystkim obywatelom, niezależnie od miejsca zamieszkania, dostępu do usług powszechnych. Co więcej, powinna być ona rozwiązaniem tymczasowym, za jej ostateczny cel uznać należy wprowadzenie konkurencji do danego sektora.

Urzędy regulacyjne uzupełniają cele i działania organu antymonopolowego, którego zadaniem jest dbałość o właściwe funkcjonowanie konkurencji. W tym też sensie nie jest on urzędem regulacyjnym, aczkolwiek jego działalność przyczynia się do liberalizacji rynków regulowanych. Instrumentem podstawowym w tym zakresie jest możliwość stosowania generalnego zakazu nadużywania pozycji dominującej przez przedsiębiorców na podstawie przepisów krajowych oraz art. 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

Jak wskazuje praktyka, liberalizacja sektorowa jest procesem wymagającym stałego monitoringu. Wynika to ze stosunkowo częstych naruszeń prawa przez dotychczasowych monopolistów, którzy usiłują nie dopuścić nowych graczy do rynku. Potwierdzają to doświadczenia niemieckie przedstawiane przez Haralda Piltza (*Istotne z punktu widzenia prawa konkurencji praktyki monopolistyczne w zakresie dostępu do sieci po liberalizacji rynku energii elektrycznej i gazu ziemnego w Niemczech*) w odniesieniu do liberalizacji sektora energetycznego. W jej początkowej fazie niektóre zakłady energetyczne dążyły do ograniczenia konkurencji narzucając rażąco wysokie opłaty – od konkurentów za dostęp do swojej sieci; od konsumentów – za zmianę dostawcy. Orzecznictwo polskie odnoszące się do praktyk antykonkurencyjnych w sektorze energetycznym przedstawia Jarosław Krüger (*Przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję w sektorze energetycznym w orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*), natomiast sektorowi transportowemu poświęcony jest artykuł Eryka Kosińskiego (*Konkurencja w sektorze transportowym w Polsce*).

Wprowadzanie reguł konkurencji na rynki, na których nie była ona dotychczas obecna, wymaga ustalenia na nowo relacji między polityką antymonopolową a polityką regulacyjną. Zwraça na to uwagę Piotr Lissoń (*Kompetencje organu antymonopolowego a kompetencje organów regulacyjnych w Polsce*). W sytuacji braku reguł określających relacje między kompetencjami Prezesa UOKiK i organów regulacyjnych, decydującą rolę ma orzecznictwo Sądu Najwyższego. Zgodnie z nim, postępowania przed Prezesem UOKiK i Prezesem URE uzupełniają się wzajemnie. Organ antymonopolowy ma kompetencje ogólne, które mogą być jednak ograniczo-

ne. Zgodnie z ukształtowaną linią orzecniczą sądów, UOKiK nie może interweniować w zakresie uregulowanym w przepisach sektorowych – w tym kwestionować taryf zatwierdzonych przez regulatora. Niewątpliwie jednak wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości odnoszące się do tej materii – w sprawach takich jak *Deutsche Telekom* – będą miały wpływ na system prawa krajowego.

Z uwagi na fakt, że w wielu sektorach infrastrukturalnych pozycję dominującą lub monopolistyczną mają jednostki samorządu terytorialnego, istotną kwestią staje się sformułowanie w prawie konkurencji pojęcia „przedsiębiorcy” jako adresata norm antymonopolowych. Różnice w tym zakresie między prawem polskim a prawem wspólnotowym przedstawia Grzegorz Materna (*Pojęcie „przedsiębiorca” a relacje między wspólnotowym i krajowym prawem ochrony konkurencji*). Zagadnienie to jest ważne również ze względu na nowe obszary podlegające interwencji organów antymonopolowych. Dieter Jalowietzki opisuje sytuację publicznych instytucji ochrony zdrowia w Niemczech (*Działania rynkowe publicznych zakładów opieki zdrowotnej*). Do 2000 roku ich działania rynkowe podlegały ocenie organów antymonopolowych. Podobna sytuacja ma miejsce w Polsce, gdzie Prezes UOKiK wielokrotnie kwestionował antykonkurencyjne praktyki kas chorych, a następnie Narodowego Funduszu Zdrowia. Od roku 2000 w Niemczech właściwość prawa antykartelowego nie rozciąga się już na stosunki dostawca–odbiorca na rynku usług medycznych, które podlegają teraz sądom do spraw socjalnych. Również postęp technologiczny stawia nas przed nowymi problemami. Wiążą się one ze stosowaniem reguł konkurencji – korzeniami tkwiących w dziewiętnastowiecznych amerykańskich ustawach Shermana – wobec takich zjawisk jak usługi dostępu do internetu (opisuje to Maciej Mataczyński – *Nadużywanie pozycji dominującej na rynku szerokopasmowego dostępu do Internetu w świetle orzecznictwa Komisji Europejskiej*), zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi (o czym pisze Bartosz Kleban – *Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi a prawo konkurencji (wybrane zagadnienia prawne)* czy transfer technologii (tekst *Zwolnienie grupowe umów transferu technologii we wspólnotowym prawie konkurencji* Rafała Sikorskiego). Artykuły, do których lektury Państwa zachęcamy, nie dostarczą oczywiście gotowych rozwiązań. One muszą dopiero zostać wypracowane w praktyce. Niewątpliwie jednak lektura wskazuje, w jakim kierunku ewoluować będą krajowe i wspólnotowe przepisy antymonopolowe i regulacyjne, stanowiąc jednocześnie inspirację do dalszych badań.

Podziękowania za wkład w przygotowanie niniejszej publikacji zechcą przyjąć dyrektor poznańskiej delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dr Edward Stawicki, pan Krzysztof Jaros, Doradca ds. Współpracy Bliźniaczej w ramach projektu Transition Facility *Ochrona Konkurencji* oraz dr Piotr Lissoń z Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza.

Warszawa, 25 stycznia 2006 r.



# **Orzecznictwo organów ochrony konkurencji**

Harald Piltz

## **Istotne z punktu widzenia prawa konkurencji praktyki monopolistyczne w zakresie dostępu do sieci po liberalizacji rynku energii elektrycznej i gazu ziemnego w Niemczech**

### **A. Wprowadzenie**

Uwarunkowania prawne i ekonomiczne na rynkach energetycznych w Niemczech uległy znacznej zmianie na skutek wdrożenia do prawa niemieckiego dyrektyw Wspólnego Rynku UE w zakresie energii elektrycznej i gazu ziemnego<sup>1</sup> najpierw za pośrednictwem ustawy antymonopolowej (GWB) z dniem 1 stycznia 1999 r., i wyraźniej za pośrednictwem ustawy o gospodarce energetycznej (EnWG) z dniem 13 lipca 2005 r. (dziennik ustaw BGBl cz. I nr 42 z dnia 12.07.2005 r.). Celem jest wzmocnienie konkurencji i wynikająca z niego obniżka cen oraz poprawa warunków zaopatrzenia dla odbiorców energii elektrycznej i gazu ziemnego. W stosunku do odbiorców przemysłowych już na początku fazy liberalizacji w roku 1999 faktycznie doszło do sporadycznych przypadków spadku cen energii elektrycznej nawet o 50%, co umożliwiło w skali roku milionowe oszczędności.<sup>2</sup> Obniżki cen w stosunku do odbiorców indywidualnych były niższe, jednak w niektórych przypadkach wyniosły one 10-30%<sup>3</sup>, już w 1999 r., zwłaszcza w regionach, w których wcześniej ceny były wyższe, takich jak na przykład Berlin. Energia elektryczna, która kosztowała pierwotnie w miejskich zakładach energetycznych BEWAG ponad 0,30 DM za kWh, w roku 1999 była oferowana przez firmy takie jak best energy GmbH czy Yello Strom GmbH w cenie poniżej 0,20 DM za kWh.<sup>4</sup>

W ostatnim czasie ceny energii elektrycznej wzrosły znacznie, wynika to jednak z innych przyczyn. Przyczyniło się do tego ustawodawstwo na rzecz ochrony środowiska oraz wzrost cen importowanych pierwotnych źródeł energii.

W początkowej fazie liberalizacji problemy były częściowo spowodowane praktykami niektórych zakładów energetycznych, które dążyły do ograniczenia uciążliwej konkurencji lub jej uniemożliwiania, co działało na niekorzyść potencjalnych konkurentów oraz konsumentów. Urzędy antymonopolowe na szczeblu federalnym (Bundeskartellamt) oraz landowym (Landeskartellbehoerden) wszczęły szereg postępowań w sprawie najbardziej rażących praktyk.

<sup>1</sup> Energia elektryczna: Dyrektywa 96/92/WE z dnia 19 grudnia 1996 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej, Dz. U. WE L 27 z 30.1.1997 r., s. 20; zmieniona Dyrektywą 2003/54/WE z dnia 26 czerwca 2003, Dz. U. WE L176 z 15.07.2003 r., s. 37.

Gaz ziemny: Dyrektywa 98/30/WE z dnia 22 czerwca 1998, Dz. U. WE L 204 z 21.07.2004 r., s. 1, zmieniona Dyrektywą 2003/55/WE z dnia 26 czerwca 2003 r., Dz. U. WE L176 z 15.07.2003, s. 57.

<sup>2</sup> *Wirtschaftswoche* Nr 32 z dnia 05.08.1999 r., s. 39-40.

<sup>3</sup> *Frankfurter Allgemeine Zeitung* z dnia 01.07.1999 r., s. 20: *Preissenkungen von Stadtwerken*; *Handelsblatt* z dnia 09/10.07.1999 r., Jürgen Schürmann: *Der Kampf um Marktanteile setzt die Strompreise unter Druck*.

<sup>4</sup> *Der Tagesspiegel* z dnia 23.08.1999, s. 17, Wywiad z Prof. dr Winje, prezesem BEWAG; *Berliner Morgenpost* z dnia 02.07.1999, s. 21, Porównanie cen energii elektrycznej w całej UE.

Przykłady najistotniejszych z tych postępowań zostaną omówione szczegółowo w dalszej części referatu.

Sam Bundeskartellamt po postępowaniu przeciwko firmie e.dis<sup>5</sup> z tytułu zawyżonych opłat za korzystanie z sieci wszczął ponad 22 postępowania<sup>6</sup>.

Już w lutym 2001<sup>7</sup> r. grupa robocza federalnych i landowych organów antymonopolowych uznała żądania opłaty za zmianę dostawcy energii za monopolistyczne, i przez to zabronione, publikując obszerny dokument roboczy na ten temat.<sup>8</sup>

Pierwsze skargi, które dotarły do organów antymonopolowych dotyczyły tak zwanych opłat za zmianę dostawcy, których żądano od pragnących takiej zmiany klientów lub konkurencyjnych dostawców. Opłaty te utrudniały przejście do innego dostawcy.

Tego typu opłaty zostały przez federalne i landowe organy antymonopolowe uznane za monopolistyczne i przez to zabronione w myśl paragrafu 19 ust. 1 ustawy antymonopolowej.<sup>9</sup>

Jako pierwszy postępowanie w sprawie praktyk monopolistycznych z tego tytułu wszczął urząd antymonopolowy w Bawarii.<sup>10</sup> Wszystkie organy antymonopolowe w Niemczech uznały pobieranie tego typu opłat za niezgodne z prawem antymonopolowym i zabronione w myśl paragrafu 19 ust. 1 ustawy antymonopolowej (GWB).

W dniu 26.06.2001 roku Sąd Apelacyjny w Naumburgu (1 U–Kart–1/01OLG Naumburg) uznał pobieranie opłat za zmianę dostawcy za niedopuszczalne pod każdym względem. Inne Sądy Okręgowe muszą stosować się do tej decyzji lub liczyć się z możliwością wniesienia kasacji do Sądu Najwyższego, aby mógł on w tej sprawie wydać orzeczenie najwyższej instancji.

## **B. Typowe praktyki monopolistyczne**

### **I. Zawyżone opłaty za korzystanie z sieci**

Najwięcej skarg, które dotarły dotychczas do organów antymonopolowych, dotyczy przypadków żądania zawyżonych opłat za korzystanie z sieci w umowach o korzystanie z sieci z innymi dostawcami energii lub pragnącymi zmienić dostawcę klientami.<sup>11</sup>

#### **I. Ustalanie i kontrola opłat za korzystanie z sieci**

Zgodnie z obowiązującym obecnie prawem antymonopolowym i energetycznym opłaty ustala, pobiera i waloryzuje, w przypadku zmiany kosztów właściwych w cyklu rocznym operator sieci. Ustalenie wysokości opłaty odbywa się na podstawie kosztów kalkulacyjnych w rozbiciu na sieci i transformacje według ogólnych zasad ustalania cen, przy czym „w celu oceny racjonalnego z punktu widzenia gospodarki energią prowadzenia działalności” uwzględnione są warunki stosowane przez operatorów porównywalnych strukturalnie sieci. W dalszym ciągu następuje dość skomplikowana procedura ustalania kosztów.

Podczas gdy w obowiązującym dawniej układzie zbiorowym VV I opłaty za przesył były ustalane jeszcze według czystej zasady pokrycia kosztów na podstawie pozwolenia cenowego danego landu na tzw. „Łuku K”, układy VV II oraz VV II plus przewidują zasady ustalania kosztów

<sup>5</sup> Notatka prasowa Bundeskartellamt z dnia 08.02.2001 r., patrz: [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>6</sup> Notatka prasowa Bundeskartellamt z dnia 27.09.2001 r., patrz: [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>7</sup> Notatka prasowa Bundeskartellamt z dnia 01.02.2001r., patrz: [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>8</sup> Notatka prasowa Bundeskartellamt z dnia 19.04.2001 r., patrz: [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>9</sup> Notatka prasowa Bundeskartellamt z dnia 20.03.2000 r., patrz: [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>10</sup> Komunikat prasowy Nr 252/00 Ministerstwa Gospodarki Bawarii z dnia 23.11.2000 r. w internecie: [www.stmwwt.bayern.de/Infos/Presse/ll/pm252.html](http://www.stmwwt.bayern.de/Infos/Presse/ll/pm252.html) i WuW 2/2001, s. 187.

<sup>11</sup> *Berliner Morgenpost* z dnia 06.12.2000 r., s. 9: *Kleine Stromanbieter beim Kartellamt*.

wyszczególnione w wytycznych kalkulacyjnych<sup>12</sup>. Takie ustalanie kosztów jest kombinowane z zasadą porównawczą, ograniczoną jednak do operatorów porównywalnych strukturalnie sieci. Oznacza to operatorów sieci w Niemczech, pomimo iż nie jest to wyraźnie określone.<sup>13</sup> Ponieważ wszyscy operatorzy zobowiązali się do ujawnienia swych opłat za korzystanie z sieci w terminie najpóźniej 6 miesięcy od wejścia w życie układu VV II, możliwe jest porównanie na skalę ogólnokrajową, a przejrzystość znacznie przekracza przejrzystość wynikającą z układu.<sup>14</sup> Wszyscy operatorzy ujawnili swoje opłaty.

Na podstawie doktryny *essential facilities* umocowanej paragrafem 19 ust. 4 pkt 4 ustawy antymonopolowej (GWB) oraz paragrafem 20 nowej ustawy o gospodarce energetycznej wszyscy operatorzy sieci muszą umożliwiać osobom trzecim, za stosowną opłatą korzystanie ze swej sieci jako elementu infrastruktury kluczowej, chyba że udowodnią iż korzystanie z niej ze względów ekonomicznych lub innych jest niemożliwe lub nie do przyjęcia.

Z tego dualizmu oraz z obowiązującego w Niemczech zezwolenia organu regulacyjnego na ogólne taryfy energetyczne wynikają pewne kwestie prawne, które mogą być rozwiązane m.in. instrumentami prawa antymonopolowego.

Ministerstwa rządów landowych do czasu wygaśnięcia Federalnego Regulaminu Taryfowego Energii Elektrycznej (BTO Elt) w dalszym ciągu rozpatrują wnioski o podwyżkę ogólnych taryf i ewentualnie wydają na to zgodę. Postępowania te obejmują również badanie kosztów za korzystanie z sieci. Ponieważ zakład energetyczny (ZE) nie może żądać za dostawę energii do klientów pragnących zmienić dostawcę wyższej opłaty za korzystanie z sieci niż w przypadku klientów pozostających jego klientami, istnieje ryzyko, iż zgoda na podwyżkę taryfy zawierającą w sobie opłatę za korzystanie z sieci będzie oznaczać akceptację prawną tej opłaty, żądanej przez ZE od innych dostawców lub klientów pragnących zmienić dostawcę za korzystanie z jego sieci.

Osobiście ze względów zasadniczych uważam tę obawę za nieuzasadnioną. Zakład energetyczny nie powinien przecież za dostawę energii do klientów pragnących zmienić dostawcę żądać wyższej opłaty za korzystanie z sieci niż od pozostających u niego klientów.

Nie dostrzegam ryzyka, iż zgoda na podwyżkę taryfy zawierającą w sobie opłatę za korzystanie z sieci będzie oznaczać akceptację prawną tej opłaty, żądanej przez zakład energetyczny od innych dostawców lub klientów pragnących zmienić dostawcę za korzystanie z sieci ZE, który taką zgodę uzyskał. Z jednej strony zgoda udzielana jest przecież nie na opłatę za korzystanie z sieci, a na podwyżkę taryfy, czyli na prawo do pobierania o odbiorców za dostarczoną energię elektryczną świadczenia wzajemnego do określonej wysokości (zezwolenie na cenę maksymalną). Z drugiej strony w moim rozumieniu prawa wydana zgoda na taryfę nie stoi na przeszkodzie, aby organ antymonopolowy, a od 13 lipca 2005 r. Federalna Agencja ds. Sieci, zbadał żądane od osób trzecich opłaty za korzystanie z sieci pod kątem praktyk monopolistycznych i ewentualnie zakazał ich, ponieważ opłata ta żądana jest za inne świadczenie – korzystanie z sieci. Kontrola nadużywania pozycji dominującej sprawowana przez organ antymonopolowy lub regulacyjny osadzona jest w innej sferze prawa niż zgoda w zakresie taryfy. Ponadto zakaz dyskryminacji wynikający z paragrafu 30 ust. 1 pkt 3 ustawy o gospodarce energetycznej (EnWG) oraz ogólnie z paragrafu 20 ust. 1 ustawy antymonopolowej ma zastosowanie również w przypadku urzędowej zgody na taryfę, jeżeli operator sieci żądałby od osób trzecich opłaty za korzystanie z sieci wyższej niż w przypadku taryfy, na którą udzielono zgodę, pobieranej od swoich własnych lub pozostałych u niego klientów.

<sup>12</sup> Opublikowane w internecie pod [www.vdew.de](http://www.vdew.de).

<sup>13</sup> Zobacz: uzgodnienia związków (Verbaenevereinbarung) z dnia 13.12.2001 r., szczególnie załącznik nr 3 „Kryteria obliczania cen”.

<sup>14</sup> Por. Ahlemeyer, Nissen i Lehmköster w: *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, nr 4/2000, s. 220: VV II - Ermittlung der *Netznutzungsentgelte*?

## **2. Kontrola wysokości opłat za korzystanie z sieci**

Według dotychczasowej wiedzy o systemowym podejściu do ustalania opłaty za korzystanie z sieci podstawowym pytaniem jest miara dopuszczalnej wysokości takiej opłaty.

### **2.1 Podstawa prawna opłaty za korzystanie z sieci**

Według postanowień paragrafu 19 ust. 4 pkt 4 ustawy antymonopolowej (GWB) oraz paragrafu 20 ust. 1 ustawy o gospodarce energetycznej (EnWG) stosowna opłata za dostęp do własnej sieci jest uzasadniona.

W paragrafie 30 ust. 1 pkt 4 ustawy o gospodarce energetycznej (EnWG) jest to sformułowane inaczej – przepis ten stanowi, iż operatorzy sieci zaopatrzenia w energię elektryczną winni udostępnić swą sieć innym przedsiębiorstwom w celu przesyłu prądu na warunkach nie będących mniej korzystnymi niż naliczane przez nich faktycznie lub rozliczeniowo w porównywalnych przypadkach za świadczenia w ramach przedsiębiorstwa lub wobec przedsiębiorstw zależnych lub powiązanych. W przypadku niekorzystnego układu może to dla właściciela sieci oznaczać, iż w kręgu wewnętrznym nie naliczane są fizycznie lub rozliczeniowo żadne opłaty za korzystanie z sieci. Wówczas według czystego brzmienia paragrafu 30 ust. 1 pkt 4 ustawy o gospodarce energetycznej (EnWG) również od osób trzecich nie wolno byłoby pobierać opłaty za korzystanie z sieci. Właściciel sieci nie może bowiem udostępniać innym swej sieci na warunkach mniej korzystnych od tych, na których udostępnia ją w kręgu wewnętrznym. Byłoby to dość oderwane od rzeczywistości i niesprawiedliwe. Przecież paragraf 30 EnWG wychodzi z założenia, że dostęp do sieci odbywa się na zasadach określonych w dyrektywach o Wspólnym Rynku dla rynku energii elektrycznej, a więc na podstawie umowy (umowy o korzystanie z sieci). Umowa ta stanowi w ten sposób podstawę prawną do pobierania opłaty za korzystanie z sieci.

### **2.2 Miara wysokości opłaty**

Praktyka wykazuje, iż w wyniku reorganizacji gospodarki energetycznej oraz mającej z niej wynikać liberalizacji rynku, operatorzy sieci nie utracili dominującej pozycji na rynku wynikającej z bycia wyłącznymi posiadaczami sieci dystrybucyjnych. Obecnie wykorzystują swoją pozycję do tego, aby ustalać opłaty za korzystanie z sieci według własnej kalkulacji i oferować je w ramach umów osobom trzecim. Osobom trzecim pozostaje więc tylko albo zaakceptować zaoferowaną wysokość opłat, albo zwrócić się do Agencji ds. Sieci z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie maksymalnej wysokości opłaty.

### **2.3 Dotychczasowa droga prawna wg przepisów prawa antymonopolowego**

Właściwą z punktu widzenia prawa antymonopolowego miarą kontroli wysokości opłat za korzystanie z sieci jest porównanie przedsiębiorstw, a więc komunalnych zakładów energetycznych, zakładów regionalnych oraz większych dostawców ponadregionalnych. Ponadto ze względu na różnice w strukturze można porównywać ze sobą tylko te same poziomy napięcia (niskie, średnie i wysokie napięcie).

Uzupełniająco możliwe byłoby również przeprowadzenie porównania opłat za korzystanie z sieci u operatorów tych samych poziomów napięcia w całej Unii Europejskiej – jako zabezpieczenie i aby spełnić cele liberalizacyjne Wspólnoty.

Niewskazane byłoby jednak opierać się już teraz, tylko na porównaniu na skalę UE, ponieważ najprawdopodobniej struktury sieciowe różnią się znacznie między Państwami Członkowskimi. We Francji i Włoszech struktury sieciowe prawdopodobnie cechuje bardzo duża specyfika wynikająca z istniejącego w tych krajach wciąż jeszcze monopolu EDF oraz ENEL, a co za

tym idzie, sieci o wymiarze ogólnokrajowym. Mogą one zostać przyjęte jako materiał porównawczy przez sądy z przywołaniem wyroku Federalnego Sądu Najwyższego (BGH)<sup>15</sup>, jeśli porównanie ma dotyczyć mniejszej sieci regionalnej niemieckiego zakładu energetycznego.

Do momentu wejścia w życie nowej ustawy o gospodarce energetycznej z dnia 13 lipca 2005 r. i związanego z tym rozpoczęcia działalności przez organ regulacyjny dla rynków energii elektrycznej i gazu (Federalna Agencja ds. Sieci), kontrolą wysokości żądanych przez zakład energetyczny opłat za korzystanie z sieci zajmował się w Niemczech Federalny Urząd Kartelowy (Bundeskartellamt). Stosował przy tym metodę rynków porównawczych oraz tzw. teorię różnicową, według której zestawiane są ze sobą ceny energii elektrycznej oraz opłaty za korzystanie z sieci za identyczne dostawy energii. Przypadki zakazu opłat, badane później przez Sąd Apelacyjny w Düsseldorfie, dotyczyły opłat za korzystanie z sieci pobieranych przez TEAG (decyzja Bundeskartellamt z dnia 14.02.03 r.), RWE Net AG (decyzja Bundeskartellamt z dnia 17.02.03 r.) oraz Stadtwerke Mainz AG (decyzja Bundeskartellamt z dnia 17.04.03 r.)<sup>16</sup>.

Wzorcowe jest tu postępowanie, w którym Federalny Urząd Kartelowy (Bundeskartellamt) zakazał należącej do koncernu E.ON spółce Thüringer Energie AG (TEAG) pobierania zawyżonych opłat za korzystanie z sieci i nakazał ich obniżenie, co doprowadziło do spadku zysków o około 10%. Urząd nadał decyzji klauzulę natychmiastowej wykonalności. Decyzja ta, była pierwszą, wydaną w ramach wszczętych pod koniec stycznia 2002 r. dziesięciu postępowań formalnych w sprawie pobierania zawyżonych opłat za korzystanie z sieci. W sprawie tej Urząd skorzystał po raz pierwszy z potwierdzonej orzecznictwem sądów możliwości szczegółowego zbadania kalkulacji kosztów przedmiotowego przedsiębiorstwa. Ponieważ również w opinii TEAG w sprawie tej niemożliwe było porównanie z innymi przedsiębiorstwami, nie można było zastosować preferowanej przez Urząd metody rynków porównawczych. Celem postępowania było istotne zmniejszenie opłat za korzystanie z sieci, których wysokość stanowiła główną przeszkodę dla skutecznej konkurencji na rynkach energii elektrycznej.

Badanie kalkulacji kosztów stanowiących podstawę wysokości opłaty za korzystanie z sieci pobieranej przez TEAG z uwzględnieniem kryteriów uzgodnionych przez organy antymonopolowe w raporcie ich grupy roboczej z kwietnia 2001 r. wykazało, iż podejrzenie o pobieranie zawyżonych opłat było uzasadnione. Przyjęcie do kosztów kalkulacyjnych pozycji takich jak oprocentowania kapitału własnego według wartości zakupu na dany dzień oraz dopłaty za ryzyko doprowadziło do znacznej podwyżki kosztów sieciowych. Takie pozycje kalkulacyjne stanowiły ok. 80% potencjału obniżki.

Ponadto firma TEAG doliczała do sieci np. koszty reklamy, które według Urzędu nie mogą być ponoszone przez użytkowników sieci, a co oznacza subsydiowanie skrośne na rzecz dystrybucji. Utrudniało to wymagany przez ustawodawcę niedyskryminujący dostęp do sieci. Sąd Apelacyjny w Düsseldorfie uchylił jednak później decyzję Urzędu, uznając nie wszystkie elementy kalkulacji ceny zakwestionowane przez Urząd za niedopuszczalne i argumentując, iż decyzja stanowiła zbyt daleko idącą ingerencję w autonomię kalkulacyjną przedsiębiorstwa. Do dzisiaj nie opracowano katalogu kryteriów stosowanych w praktyce organu regulacyjnego przy badaniu opłat za korzystanie z sieci.

## II. Nieprawidłowe rozliczanie energii bilansującej

Na podstawie skarg Federalny Urząd Kartelowy wszczął postępowania w sprawie praktyk monopolistycznych przeciwko większym niemieckim operatorom sieci<sup>17</sup>. Informacja Urzędu na ten temat brzmiała następująco:

<sup>15</sup> WuW/E BGH 1221,122.

<sup>16</sup> [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>17</sup> Notatka prasowa Bundeskartellamt z dnia 30.10.2001 r., patrz [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

„Zachodzi podejrzenie, iż przedsiębiorstwa te obciążają swoich konkurentów zawyżonymi i częściowo fikcyjnymi kosztami za energię bilansującą (praktyka wg par. 19 ust. 4 pkt 2 GWB). Ponieważ energii nie można przechowywać, różnice między energią dostarczoną do sieci a faktycznym poborem muszą być kompensowane (tzw. energia bilansująca). Każde z 6 przedsiębiorstw grupowych w Niemczech bilansuje energię w swym obszarze poprzez włączanie lub wyłączanie elektrowni. Operator sieci dysponuje wyłączną pozycją na rynku w zakresie pozyskiwania oraz udostępniania energii bilansującej. W przeciwieństwie do wielkich przedsiębiorstw grupowych, firmy takie jak „Enron Capital & Resources Ltd., London (Enron)”, „LichtBlick – die Zukunft der Energie GmbH, Hamburg (LichtBlick)” i inne nowe firmy na rynku, ze względu na niewielkie portfele klientów, nie są w stanie tak dobrze bilansować nieplanowanych nadwyżek i niedoborów w poborze prądu i mają w związku z tym większe zapotrzebowanie na energię bilansującą. Żądanie za tę energię niewspółmiernych cen może stanowić dla nich znaczne obciążenie. Zdaniem Urzędu w przypadku czterech przedmiotowych przedsiębiorstw nie zachodzi żaden związek między faktycznymi kosztami nabywania a systemem cen za energię bilansującą. Systemy energii bilansującej tych przedsiębiorstw różnią się więc znacznie od konkurencyjnych systemów nabywania i rozliczania praktykowanych przez RWE Net, a od grudnia 2001 r. także przez E.ON Netz oraz spotykanych na rynkach energii bilansującej w innych krajach (np. Szwecja, Norwegia), i które były rekomendowane w ekspertyzie z września 2000 r.

W swym stanowisku przedsiębiorstwa zwróciły szczególną uwagę na fakt, iż ich system rozliczeniowy jest zgodny z układem zbiorowym (VV Strom II oraz II plus). Praktyki ograniczające konkurencję nie mogą być jednak usprawiedliwione układem zbiorowym.“

### III. Model podwójnej umowy

Bundeskartellamt oraz organy antymonopolowe krajów związkowych porozumiały się co do tego, by intensywniej ścigać skutki antykonkurencyjne tzw. modelu podwójnej umowy.

Organy te są informowane o sprawach, gdzie operatorzy sieci żądają od swych pragnących zmienić dostawcę klientów zawarcia „zawieszanej” umowy o korzystanie z sieci przed rozpoczęciem dostaw, choć klienci ci dysponują umowami na usługi kompleksowe (cena energii plus opłata za korzystanie z sieci) z nowymi dostawcami. Ponieważ operator sieci prawie zawsze jest tożsamy ze starym dostawcą, następuje celowe utrudnianie zmiany dostawcy.

Organy antymonopolowe uznają taki model podwójnej umowy za niezgodny z prawem, jeżeli operator sieci wymaga go jako warunku koniecznego do zmiany dostawcy. W ten sposób operator wymuszałby związanie z sobą klienta, które w kontekście zmiany dostawcy jest niepożądane i nieuzasadnione, a ponadto odbywałoby się na koszt nowego dostawcy.

Za nieszkodliwe uznają organy antymonopolowe sytuacje, w których odbiorca końcowy zawiera umowę o korzystanie z sieci na zasadzie dobrowolnej.

Alternatywą jest uregulowanie przez operatora sieci wszystkich kwestii związanych z korzystaniem z sieci (np. prawo wstępu na teren klienta) w umowie zawieranej z dostawcą energii. Jeżeli w przypadku umowy na usługi kompleksowe nowego dostawcy z odbiorcą końcowym pozostaje w mocy umowa o korzystanie z sieci między operatorem a odbiorcą końcowym, to nawet jeśli umowa ta pozostaje w „zawieszeniu”, nie może zawierać ona opłat za korzystanie z sieci. Jeśli umowa z nowym dostawcą wygaśnie lub zostanie rozwiązana, pozostaje zawsze możliwość dostawy klientowi energii na zasadach taryfy ogólnej, która zawiera opłatę za korzystanie z sieci.

Niektórzy operatorzy sieci są gotowi do rezygnacji z modelu podwójnych umów, uzależniając jednak ten krok od rozliczania korzystania z sieci według opartej na odległości regulacji po-

rozumienia grupowego VV I. W kontekście faktu, iż w międzyczasie wszedł w życie układ zbiorowy VV II, uwzględniający korzystanie z sieci niezależne od odległości, organy antymonopolowe uznają tę praktykę za utrudniającą zmianę dostawcy.

#### **IV. Opłaty za zmianę dostawcy**

Pierwsze skargi skierowane do organów antymonopolowych dotyczyły tak zwanych opłat za zmianę dostawcy, żądanych od pragnących zmienić dostawcę klientów lub od konkurujących dostawców energii i utrudniających w ten sposób zmianę.

Opłaty takie zostały uznane przez organy antymonopolowe za praktyki monopolistyczne, zabronione w myśl paragrafu 19 ust. 1 ustawy antymonopolowej (GWB).<sup>18</sup> Jako pierwszy postępowanie w takiej sprawie wszczął urząd antymonopolowy w Bawarii.<sup>19</sup> Wszystkie organy antymonopolowe w Niemczech uznają pobieranie takich opłat za niezgodne z prawem i zabronione w myśl paragrafu 19 ust. 1 GWB.

W zgodnej opinii wszystkich organów antymonopolowych pobieranie tzw. opłat za zmianę dostawcy stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu paragrafu 19 ust. 1 w związku z ust. 4 pkt 2 ustawy antymonopolowej (GWB). Punktem wyjścia kontroli nadużywania pozycji dominującej na rynku są zachowania, które podmiot dominujący może praktykować wyłącznie ze względu na swą pozycję, a których nie mógłby praktykować w warunkach skutecznej konkurencji, lub które prowadzą do utrudnień dla innych podmiotów w sposób, który byłby wykluczony w przypadku skutecznej konkurencji.

#### **C. Perspektywy**

Ukierunkowanie na konkurencję ram prawnych w sektorze energetyki pozwalają uczestnikom rynku już dziś odczuć swe skutki.

Aby zapewnić niedyskryminujący i nieutrudniony dostęp do sieci dla wszystkich zainteresowanych użytkowników po rozsądnych cenach oraz właściwe bezpieczeństwo energetyczne w warunkach konkurencji z dniem 13 lipca 2005 r. w ramach realizacji dyrektyw UE powołane zostały: Federalna Agencja ds. Sieci jako centralny organ regulacyjny oraz 16 organów landowych pełniących zadania wykonawcze w 16 landach Niemiec. Według deklaracji koalicji rządowej dotyczącej tego działania ustawodawczego organ ten przejmie następujące zadania:

1. Zapewnienie braku dyskryminacji i pełnej konkurencji poprzez działania typu ex ante i ex post.
2. Dostęp do sieci:
  - a) Konkretnie ustalanie warunków przyłączenia do sieci i korzystania z niej oraz świadczeń bilansujących i systemowych;
  - b) Ustalanie metod kalkulacji taryf za przyłączenie do sieci i korzystanie z niej. Propozycje zbiorowe będą przy tym stosownie uwzględniane;
  - c) Zapewnienie stosownej informacji ze strony operatora sieci, np. o możliwościach korzystania z sieci, opłatach za dostęp do sieci i świadczenia bilansujące; warunkach przyłącza i taryf dla nowych wytwórców energii, energiach odnawialnych i skojarzonych (zwłaszcza w zakresie kosztów przyłącza i rekompensaty za niepowstałe z tytułu centralnego zasilania koszty sieciowe); terminach udostępnienia przyłączy przez operatorów sieci, przepustowościach sieci;
  - d) Rozwiązywanie kwestii przesyłów zagranicznych według prawa wtórnego UE.

<sup>18</sup> Notatka prasowa Bundeskartellamt z dnia 18.10.2001 r., patrz [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>19</sup> Komunikat prasowy Nr 252/00 Ministerstwa Gospodarki Bawarii z dnia 23.11.2000 r. w internecie [www.stmwwt.bayern.de/Infos/Presse/ll/pm252.html](http://www.stmwwt.bayern.de/Infos/Presse/ll/pm252.html) i WuW 2/2001, str. 187.

3. Monitoring i zapewnienie wystarczającej dekoncentracji operatorów sieci przesyłowych i rozdzielczych oraz ich rachunkowości.
4. Zapewnienie bezproblemowej zmiany dostawcy energii.
5. Rozstrzyganie sporów wynikających ze skarg na operatorów sieci w związku z kwestiami dostępu do sieci wg ustawy o gospodarce energetycznej (EnWG) oraz ustawy antymonopolowej (GWB).
6. Zapewnienie transparentności danych rynkowych.
7. Realizacja rozporządzenia Rady Ministrów o dostępie do sieci i opłatach za korzystanie z sieci.
8. W celu realizacji powyższych zadań organy mają prawo wydawać decyzje opatrzone zasadniczo klauzulą natychmiastowej wykonalności. Mogą one ponadto sankcjonować naruszenia postanowień ustawy o gospodarce energetycznej (EnWG).

Jarosław Krüger

## **Przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję w sektorze energetycznym w orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

Tematyka referatu obejmuje ochronę przed praktykami ograniczającymi konkurencję przedsiębiorstw energetycznych.

Przedsiębiorstwo energetyczne zdefiniowano w art. 3 pkt 12 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne<sup>1</sup>, jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji paliw albo energii lub obrotu nimi. Krąg podmiotów objęty tą definicją jest bardzo szeroki, niemniej jednak referat, z nielicznymi wyjątkami, dotyczy praktyk węższej grupy przedsiębiorstw energetycznych, a mianowicie tych, które bezpośrednio stykają się z masowym klientem – odbiorcą lub przyszłym odbiorcą finalnym paliw lub energii, tj. przedsiębiorstw zajmujących się dystrybucją i obrotem. Jest to uzasadnione o tyle, że właśnie w relacjach pomiędzy przedsiębiorstwem energetycznym a odbiorcą finalnym najczęściej dochodziło do nadużycia pozycji dominującej.

Pojęcie „praktyki ograniczające konkurencję” nie oddaje w pełni istoty zachowań przedsiębiorstw energetycznych, które w przeważającej mierze miały charakter eksploatacyjny. Jest to jednak pojęcie, którym posługuje się ustawa, mieszczące w swym zakresie wszystkiego rodzaju praktyki, w tym antykonkurencyjne, o których też zresztą będzie mowa, stąd autor za stosowne uznał użycie tego właśnie pojęcia w tytule.

Tytuł może nieco mylić i z tego względu, że odwołuje się do orzecznictwa Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Może to sugerować, że chodzi tutaj tylko o orzecznictwo na podstawie ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>2</sup>. Tymczasem wydaje się, że nie sposób przedstawić tematyki bez uwzględnienia dorobku orzeczniczego Urzędu i Sądu Antymonopolowego na podstawie ustawy z 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów<sup>3</sup>, a także Sądu Najwyższego, który w sprawach praktyk przedsiębiorstw energetycznych się wypowiadał. Dlatego takie orzeczenia również zostały omówione.

Z drugiej strony zastrzec należy, iż celem autora nie było sporządzenie wyczerpującego bilansu orzecznictwa w sprawach praktyk ograniczających konkurencję stosowanych przez przedsiębiorstwa energetyczne. Jest to raczej subiektywny przegląd najistotniejszych działań, które

<sup>1</sup> Tekst jednolity - Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1504 z późn. zm., zwana dalej prawem energetycznym.

<sup>2</sup> Tekst jednolity - Dz. U. z 2003 r., Nr 86, poz. 804 z późn. zm., zwana dalej ustawą uokik.

<sup>3</sup> Tekst jednolity - Dz. U. z 1999 r., Nr 52, poz. 547 z późn. zm., zwana dalej ustawą antymonopolową.

zakwalifikowane zostały jako naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej, przedstawionych na kanwie orzeczeń sądów oraz Prezesa Urzędu.

## I. Narzucanie uciążliwych warunków przyłączenia do sieci

Dokonując bilansu orzecznictwa w sprawach praktyk przedsiębiorstw energetycznych na pierwszy plan wysuwają się decyzje i wyroki w sprawach praktyk polegających na narzucaniu uciążliwych warunków przyłączenia do sieci. Istotą tych praktyk, które w różnoraki sposób były opisywane (przykładowo jako: żądanie nieodpłatnego przekazania na majątek przedsiębiorstwa energetycznego urządzeń wybudowanych kosztem i staraniem odbiorcy, odmowa zwrotu nakładów poczynionych przez odbiorcę na budowę urządzeń przekazanych na własność przedsiębiorstwa, narzucanie uciążliwych warunków przyłączenia do sieci) jest przrzucanie na przyszłych odbiorców ciężaru finansowania infrastruktury technicznej służącej przyłączeniu do sieci, który przynajmniej w części winno ponieść przedsiębiorstwo energetyczne. Z całą pewnością to najczęstsze naruszenia przez przedsiębiorstwa energetyczne przepisów zakazujących nadużywania pozycji dominującej na rynku.

Prawdopodobnie pierwszym publikowanym orzeczeniem dotyczącym tej problematyki był wyrok Sądu Antymonopolowego z 19 listopada 1992 r.<sup>4</sup>. Zdaniem Sądu, wyrażonym w tym wyroku, „domaganie się przez przedsiębiorstwo energetyczne, aby spółdzielnia mieszkaniowa nieodpłatnie przekazała mu wybudowane przez nią sieci i urządzenia energetyczne, stanowi praktykę monopolistyczną wskazaną w art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy antymonopolowej<sup>5</sup>, polegającą na narzucaniu uciążliwych warunków umów przynoszących przedsiębiorcy narzucającemu te warunki nieuzasadnione korzyści.” Jednocześnie, działanie przedsiębiorstwa energetycznego zostało zakwalifikowane jako naruszenie art. 5 ust. 3 ustawy antymonopolowej, zakazującego nadużywanie pozycji dominującej na rynku przez sprzedaż towarów w sposób powodujący uprzywilejowanie niektórych podmiotów gospodarczych lub innych podmiotów. Do takiego uprzywilejowania, zdaniem Sądu, dochodzi w sytuacji, „gdy jednej grupie odbiorców przedsiębiorstwo energetyczne koszty budowy urządzeń zrefunduje, zaś drugiej nie, zaś od obu z nich domaga się opłat w tej samej wysokości, wynikającej z obowiązującej ceny za energię elektryczną”. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 czerwca 1993 r.<sup>6</sup>

Ww. orzeczenia odwoływały się do uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 1991 r. (W. 4/91, OTK 1991 r., poz. 22), w której Trybunał Konstytucyjny wyraził stanowisko, zaaprobowane przez Urząd i Sąd Antymonopolowy, iż przy ocenie kwestii własności urządzeń przyłączonych do sieci przedsiębiorstwa przepisami właściwymi są art. 49 i art. 191 k.c. W świetle tych przepisów, z chwilą trwałego połączenia urządzeń służących do doprowadzania lub odprowadzania wody, pary, gazu, prądu elektrycznego (...) z siecią przedsiębiorstwa, stają się jako jego części składowe, przedmiotem własności tej osoby, która jest właścicielem przedsiębiorstwa. Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny podniósł, iż „zainteresowane strony mogą stosownie do zasady swobody umów – określać w drodze porozumienia, kto ma ponosić koszty, i nie jest nawet wyłączone umowne obciążenie nimi odbiorcy. On bowiem jest zainteresowany podłączeniem jego nieruchomości do wspólnej sieci i odnosi z tego korzyść, natomiast przedsiębiorstwa energetyczne w okresie trwających trudności gospodarczych nie mają z reguły środków na podłączenie odbiorców do wspólnej sieci na swój koszt, zwłaszcza przy utrzymującej się nierentowności dostaw energii elektrycznej i paliw gazowych”. Takie porozumienie jednak, w świetle orzeczeń

<sup>4</sup> Sygn. akt XVII Amr 27/92, Wokanda 1993/6 s. 36.

<sup>5</sup> Do 19 maja 1995 r. praktyka polegająca na narzucaniu uciążliwych warunków umów wskazana była w art. 4 ustawy antymonopolowej, zawierającym katalog praktyk, dla których stosowania nie była konieczna pozycja dominująca przedsiębiorcy.

<sup>6</sup> Sygn. akt I CRN 72/93.

nictwa Urzędu i Sądu Antymonopolowego, nie może zostać, wbrew zasadzie swobody umów, narzucone odbiorcy z pozycji siły rynkowej, jaką posiadają przedsiębiorstwa energetyczne.

Początkowo orzeczenia dotyczyły oczywistych stanów faktycznych, w których przedsiębiorstwa energetyczne odmawiały jakiegokolwiek partycypacji w kosztach budowy urządzeń. Z biegiem czasu przyszło jednak rozstrzygać sprawy bardziej złożone, wymagające głębszej analizy ekonomicznej z uwagi na to, iż porównanie procentowego rozdziału kosztów pomiędzy odbiorcą i przedsiębiorstwo energetyczne przestało być uznawane za wystarczające kryterium oceny ekwiwalentności świadczeń stron umowy o przyłączenie do sieci. Zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 27 maja 1998 r.<sup>7</sup>, w którym doszedł do wniosku, iż „zakaz narzucania uciążliwych warunków umów przynoszących przedsiębiorcy narzucającemu te warunki, nieuzasadnione korzyści, nie stanowi ograniczenia w podejmowaniu działalności gospodarczej, w wyniku której zainteresowany przedsiębiorca osiągnie korzyść. Dopiero zachwianie, w warunkach określonych w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy antymonopolowej, prawidłowościami rządzącymi procesami gospodarczymi w stopniu pozwalającym osiągnąć korzyści nieuzasadnione może być uznane za praktykę monopolistyczną”. Dlatego, zdaniem Sądu Najwyższego, „przesądzenie o spełnieniu bądź też braku spełnienia wymagania ekwiwalentności w zakresie rozdziału kosztów inwestycji, wymaga uwzględnienia także długookresowego zwrotu nakładów inwestycyjnych”.

W praktyce pogląd Sądu Najwyższego oznaczał konieczność wyliczenia okresu zwrotu nakładów inwestycyjnych poczynionych przez przedsiębiorstwo energetyczne i porównanie go ze średnim okresem zwrotu nakładów, jaki osiągają przedsiębiorcy działający na rynkach konkurencyjnych. Jeśli wielkości te są podobne nie ma podstaw do twierdzenia, iż przedsiębiorstwo energetyczne, oferując udział w inwestycji na określonym poziomie, uzyskuje nieuzasadnione korzyści<sup>8</sup>.

W kilku wyrokach<sup>9</sup> Sąd Antymonopolowy zaproponował inny miernik oceny ekwiwalentności świadczeń. Wyraził w nich mianowicie pogląd, iż nie powinno być istotnych przeszkód do oceniania zachowania przedsiębiorstwa energetycznego, z punktu widzenia zgodności z zasadą ekwiwalentności wzajemnych świadczeń, według kryteriów wynikających z przepisów wykonawczych do prawa energetycznego, określających szczegółowe zasady przyłączania podmiotów do sieci oraz szczegółowe zasady kształtowania i kalkulacji taryf, gdyż takie cele, zdaniem Sądu, przyswiecały tym regulacjom. Jedynie w zakresie warunków bardziej uciążliwych, w porównaniu do rozwiązań wynikających z tych przepisów, można by mówić o przejawie praktyki w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy antymonopolowej. Pogląd ten musiał budzić wątpliwości wobec faktu, iż odnosił się do umów zawieranych w czasie, gdy rozporządzenia wykonawcze do prawa energetycznego nie były wydane, niemniej został on zaakceptowany przez Sąd Najwyższy w wyrokach z 24 października 2002 r.<sup>10</sup> oraz z 12 września 2003 r.<sup>11</sup> W pierwszym z tych wyroków Sąd Najwyższy odwołał się do przepisów określających szczegółowe zasady przyłączenia do sieci i szczegółowe zasady kalkulacji taryf, wobec braku w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy antymonopolowej kryteriów umożliwiających ocenę sformułowanej w nim przesłanki „nieuzasadnione korzyści”, uznał wręcz za „nader pożądaną

<sup>7</sup> Sygn. akt I CKN 702/97, OSP 1999/7-8 poz. 139.

<sup>8</sup> W wyroku z 6 listopada 2001 r., sygn. akt XVII Ama 3/2000, Sąd Antymonopolowy posługując się kryterium okresu zwrotu nakładów inwestycyjnych uznał, iż zwrot odbiorcy 19 % wartości wykonanych przez niego urządzeń nie uzasadnia zarzutu nadużycia pozycji dominującej.

<sup>9</sup> Wyrok z 20 lutego 1999 r., sygn. akt XVII Ama 93/98, por. też: wyroki z 16 grudnia 1998 r., sygn. akt XVII Ama 61/98 i z 3 lutego 1999 r., sygn. akt XVII Ama 66/98.

<sup>10</sup> Sygn. akt I CKN 1466/2000.

<sup>11</sup> Sygn. akt I CKN 504/2001.

*próbą poszukiwania kolejnych kryteriów ułatwiających wykładnię normy zawartej (...) w tym przepisie. W żadnym razie pogląd ten nie może uzasadniać zarzutu naruszenia przez Sąd Antymonopolowy zasady lex retro non agit". Z kolei w drugim z wymienionych wyroków Sąd Najwyższy stwierdził, iż w sytuacji braku zatwierdzenia taryf nie jest błędem odwoływanie się porównawczo do obecnie obowiązujących taryf dla ustalenia, czy narzucone odbiorcy warunki przyłączenia do sieci są rzeczywiście uciążliwe. Jednakże zastosowanie tego kryterium, Sąd Najwyższy, biorąc pod uwagę przepisy art. 7 ust. 4 i 5 prawa energetycznego<sup>12</sup>, uzależnił od tego, czy sieć i jej ozbudowa została przewidziana w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego. W sytuacji, gdy sieć nie została przewidziana w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, należy zastosować odmienne kryteria oceny ekwiwalentności świadczeń stron umowy o przyłączenie. Trzeba, zdaniem Sądu Najwyższego „uwzględnić takie czynniki jak np. „trudności techniczne, odległość od istniejącej sieci, istniejąca infrastruktura techniczna itd. W tym wypadku sam fakt, że określony w umowie koszt przyłączenia odbiega od obowiązującej taryfy, nie świadczy jeszcze o narzucaniu odbiorcy uciążliwych warunków umowy. Zasada ekwiwalentności świadczeń wymaga uwzględnienia korzyści i kosztów ponoszonych przez obie strony (w tym koszty utrzymania i eksploatacji nowej sieci, koszty budowy urządzenia, zyski ze sprzedaży energii elektrycznej itp.). Rozważenia też wymaga kondycja finansowa przedsiębiorstwa, a także cel, jakiemu służyć ma przyłączenie do sieci (przyłączenie do sieci np. szafasu leśnego na odludziu należy oceniać inaczej, niż przyłączenie domu mieszkalnego)".*

Wraz z wejściem w życie prawa energetycznego pojawiły się spory dotyczące rozdziału kompetencji pomiędzy Prezesem Urzędu, a Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki (URE) na gruncie art. 8 ust. 1 prawa energetycznego<sup>13</sup>. Wprawdzie w wyroku z 27 października 1999 r., sygn. akt XVII Ama 50/99 (Wokanda 2001/5 s. 56) Sąd Antymonopolowy stwierdził, iż ten sam stan faktyczny może podlegać ocenie zarówno na podstawie prawa energetycznego, jak i ustawy uokik, niemniej w szeregu wyroków dotyczących uciążliwych warunków przyłączenia do sieci, Sąd Antymonopolowy nie stwierdził praktyk ograniczających konkurencję argumentując, iż skoro przyszłemu odbiorcy służyło prawo złożenia wniosku do Prezesa URE o określenie warunków przyłączenia, to przy zachowaniu minimum staranności ma on możliwość uniknięcia narzucenia mu nieuzasadnionych kosztów lub warunków umowy. Na tej podstawie SOKiK sformułował tezę, iż „mechanizm regulacji pozbawił (...) dominanta władztwa wynikającego z posiadanej pozycji rynkowej, a posiadana pozycja monopolistyczna nie była wystarczająca, aby narzucić odbiorcy wbrew jego woli uciążliwe warunki przyłączenia”<sup>14</sup>. Jednocześnie, orzecznictwo Sądu Antymonopolowego zaczęło również kwestionować możliwość stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na narzuceniu uciążliwych warunków przyłączenia do sieci w sytuacji, gdy działanie przedsiębiorstwa energetycznego dotknęło określonego, pojedynczego odbiorcy. Pogląd ten oparty był na założeniu, że „skoro ustawa o uokik ma charakter publiczno – prawny, to znajduje zastosowanie

<sup>12</sup> Zgodnie z tym przepisem w brzmieniu obowiązującym w 1999 roku, przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się przesyłaniem i dystrybucją energii elektrycznej, paliw gazowych lub ciepła mają obowiązek zapewnienia realizacji i finansowania budowy i rozbudowy sieci, w tym przyłączy odbiorców, pod warunkiem, że sieci te przewidywane są w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego, na warunkach określonych przepisami, o których mowa w art. 9 i 46 oraz w planie, o którym mowa w art. 20. Zgodnie zaś z art. 7 ust. 5, realizacja i finansowanie rozbudowy sieci, których nie przewiduje się w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego, jest przedmiotem umowy zainteresowanych stron.

<sup>13</sup> W świetle tego przepisu Prezes URE rozstrzyga sprawy sporne dotyczące m.in.: ustalania warunków świadczenia usług przesyłowych, odmowy przyłączenia do sieci, odmowy zawarcia umowy sprzedaży paliw i energii albo nieuzasadnionego wstrzymania ich dostaw.

<sup>14</sup> Por. m.in. wyrok z 16 czerwca 2004 r., sygn. akt XVII Ama 99/03.

tylko wówczas, gdy zagrożony lub naruszony zostaje interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. W odniesieniu do przedsiębiorców ustawa chroni konkurencję, a w odniesieniu do konsumentów ich interesy jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym, zbiorowym, a nie indywidualnym czy nawet grupowym rozumiane jako suma indywidualnych interesów konsumentów”<sup>15</sup>.

W powołanym już wcześniej wyroku z 12 września 2003 r. Sąd Najwyższy odniósł się do również i do tych kwestii nie pozostawiając wątpliwości tak co do tego, iż dopuszczalne jest wszczęcie postępowania antymonopolowego, gdy naruszony został bezpośrednio interes jednego odbiorcy, jak i w przypadku, gdy odbiorca ten nie skorzystał z możliwości ustalenia warunków przyłączenia przez Prezesa URE. Uzasadniając swój pogląd Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „celem ustawy antymonopolowej jest m.in. zapewnienie ochrony konsumentów, co zostało wyrażone w jej art. 1 ust. 1. Użycie liczby mnogiej nie oznacza jednak braku możliwości prowadzenia postępowania w sytuacji, gdy zagrożone są interesy jednego odbiorcy energii elektrycznej. Przedmiotem rozpoznawanej sprawy jest bowiem jeden z przejawów niedozwolonej praktyki monopolistycznej, za jaką co do zasady uznać należy przerzucanie całości kosztów przyłączenia do sieci elektrycznej na odbiorcę. Praktyka taka była szeroko stosowana. Nie ma żadnych powodów, by uznać, że tego rodzaju postępowanie wszczynać można w wypadku zagrożenia interesów wielu odbiorców (pomijając już trudności z rozgraniczeniem progu ilościowego), a nie jest to możliwe w sytuacji, gdy pokrzywdzonym jest tylko jeden konsument. Orzeczenie wydane w tego rodzaju sprawie, jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, ma wymiar znacznie szerszy, pełni także funkcję prewencyjną, służy bowiem ochronie także nieograniczonej liczby kolejnych potencjalnych konsumentów”.

Sąd Najwyższy podniósł również, że prawo energetyczne, jakkolwiek jego celem jest również przeciwdziałanie negatywnym skutkom naturalnych monopolii, nie zapewnia jednak odbiorcom energii pełnej ochrony. „Zgodnie z art. 8 ust. 1 prawa energetycznego Prezes URE rozpoznaje spory dotyczące ustalania warunków świadczenia usług, odmowy przyłączenia do sieci czy odmowy zawarcia umowy. Przyszły odbiorca energii może w postępowaniu przed Prezesem URE domagać się ustalenia treści umowy i w tym zakresie droga postępowania cywilnego jest wyłączona. Prezes URE nie ma jednak jurysdykcji w sprawach dotyczących umów już zawartych. W trybie art. 8 nie można dochodzić nakazania zmiany takiej umowy, nawet wtedy, kiedy odbiorcy narzucone zostały, wskutek stosowania praktyki monopolistycznej, uciążliwe warunki umowy. Właściwym i jedynie uprawnionym organem do rozpoznania tego rodzaju zarzutu jest Prezes Urzędu (a w dalszym postępowaniu właściwe sądy), na podstawie przepisów ustawy antymonopolowej. Nie można też uznać, by nieskorzystanie przez odbiorcę z trybu postępowania określonego w art. 8 prawa energetycznego pozbawiało go ochrony określonej na podstawie przepisów ustawy monopolowej. Zakres tego postępowania jest zupełnie inny, a okoliczność, że odbiorca energii wyraził zgodę na zawarcie umowy na narzuconych, uciążliwych warunkach nie oznacza, że stosowanie praktyk monopolistycznych nie miało miejsca. Tego rodzaju przejaw niedozwolonych praktyk podlega badaniu na podstawie przepisów ustawy antymonopolowej”.

W chwili obecnej wydaje się, że omawiane w tej części praktyki przechodzą powoli do historii, gdyż kolejna ustawa zmieniająca prawo energetyczne<sup>16</sup>, która weszła w życie w dniu 3.05.2005 r. w jeszcze większym stopniu niż dotychczas uszczegółowiła zasady przyłączania do sieci oraz ustalania opłat za przyłączenie, pozostawiając przedsiębiorstwom energetycz-

<sup>15</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego z 29 maja 2001 r., sygn. akt I KKN 1217/98.

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy – prawo energetyczne oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska, Dz. U. z 2005 r., Nr 62, poz. 552.

nym niewielki margines przypadków, w których warunki przyłączenia mogą być uzgadniane indywidualnie. Ponadto, zgodnie z art. 7 ust. 1 zd. drugie prawa energetycznego, jeżeli przedsiębiorstwo energetyczne odmówi zawarcia umowy o przyłączenie do sieci, obowiązane jest niezwłocznie zawiadomić o tym na piśmie Prezesa URE i zainteresowany podmiot, podając przyczyny odmowy. Jeżeli przyczyną odmowy przyłączenia do sieci jest brak warunków ekonomicznych, a Prezes URE w terminie dwóch miesięcy od dnia otrzymania powiadomienia o odmowie przyłączenia nie zgłosi zastrzeżeń, to dopiero wówczas, w świetle art. 7 ust. 9 ww. ustawy, przedsiębiorstwo energetyczne będzie mogło pobrać opłatę za przyłączenie w wysokości uzgodnionej z podmiotem ubiegającym się o przyłączenie.

## 2. Narzucanie uciążliwych warunków zmiany zamówionej mocy ciepłej

W sektorze energetyki ciepłej istotną część należności z tytułu dostaw energii ciepłej stanowi opłata za zamówioną moc ciepłą (moc szczytową). Wedle definicji zawartej w rozporządzeniu Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 30 lipca 2004 r. w *sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie ciepłem* (Dz. U. z 2004 r., Nr 184, poz. 1902) zamówiona moc ciepła to ustalona przez odbiorcę największa moc ciepła, jaka w ciągu roku występuje w danym obiekcie dla warunków obliczeniowych, która zgodnie z warunkami technicznymi oraz wymaganiami technologicznymi dla tego obiektu jest niezbędna do zapewnienia: pokrycia strat ciepła w celu utrzymania normatywnej temperatury i wymiany powietrza w pomieszczeniach, utrzymania normatywnej temperatury ciepłej wody w punktach czerpalnych oraz prawidłowej pracy innych urządzeń lub instalacji. Opłata za zamówioną moc ciepłą ustalana jest na okres jednego roku i pobierana w równych, miesięcznych ratach. Co do zasady ma ona pokrywać koszty stałe przedsiębiorstwa energetyki ciepłej.

W tych okolicznościach, dążenie przedsiębiorstw energetyki ciepłej, aby moc zamówiona była jak najwyższa, a przy tym, aby odbiorcy mieli maksymalnie utrudnione warunki zmniejszenia jej poziomu jest dość oczywiste. Problematyki tej dotyczy wyrok Sądu Najwyższego z 7 października 2004 r.<sup>17</sup> Zapadł on w związku z decyzją Prezesa Urzędu<sup>18</sup>, mocą której, za praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznano narzucanie odbiorcom energii ciepłej uciążliwych warunków w zakresie zmiany zamówionej mocy poprzez uzależnienie dokonania zmiany tej mocy od przedsięwzięcia przez odbiorcę czynności polegających na:

- przyłączeniu nowych obiektów dotychczas zasilanych w energię ciepłą na podstawie aktualnej dokumentacji technicznej,
- odłączeniu obiektów dotychczas zasilanych w energię ciepłą,
- dokonywaniu usprawnień i zabiegów termoizolacyjnych, określonych w umowie dostawy.

Sprawa jest o tyle ciekawa, że kwestionowany zapis umowy został inkorporowany z postanowień umowy, jakie w trybie art. 8 ust. 1 prawa energetycznego, określił Prezes Urzędu Regulacji Energetyki w sporze pomiędzy spółdzielnią mieszkaniową a przedsiębiorstwem energetyki ciepłej, któremu zarzucono stosowanie praktyk ograniczających konkurencję. Prezes Urzędu argumentował jednak, iż warunki zmiany mocy zamówionej są niezgodne z zasadą wyrażoną w § 40 rozporządzenia taryfowego<sup>19</sup>, według której moc zamówioną ustala odbior-

<sup>17</sup> Sygn. akt III SK 56/04.

<sup>18</sup> RWR 26/2002 z 18.12.2002 r.

<sup>19</sup> Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 12 października 2000 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz zasad rozliczeń w obrocie ciepłem, Dz. U. z 2000 r., Nr 96, poz. 1053.

ca, a termin jej zmiany musi być ustalony w umowie. Przepis ten nie wskazuje natomiast, aby zmiana mocy zamówionej mogła nastąpić dopiero po spełnieniu jakichkolwiek warunków. Zdaniem Prezesa Urzędu, warunki, które przedsiębiorstwo energetyczne narzucało odbiorcom w sposób istotny ograniczają przyznane odbiorcom prawo, a jednocześnie pozwalają uzyskać nieuzasadnione korzyści w postaci różnic między opłatami, które odbiorcy uiszczają za moc, nie mając możliwości jej zmiany, a opłatami, które mogliby ponosić, gdyby w umowie nie pozbawiono ich prawa do zmiany (obniżenia mocy zamówionej), bez uprzedniego spełnienia dodatkowych warunków.

SOKiK wskazując na brak w postępowaniu przedsiębiorstwa energetycznego przesłanki narzucenia zmienić decyzję Prezesa Urzędu<sup>20</sup>. Po raz kolejny powołał się na unormowanie art. 8 ust. 1 prawa energetycznego, pozwalający słabszej stronie umowy skutecznie przeciwstawić się dyktatowi silniejszego kontraktowo przedsiębiorcy energetycznego i przeciwdziałać narzuceniu uciążliwego warunku umowy.

Stanowiska tego nie podzielił w powołanym wyroku Sąd Najwyższy. Zdaniem Sądu Najwyższego, zakres postępowania określonego w art. 8 prawa energetycznego jest zupełnie inny, a okoliczność, że odbiorca energii wyraził zgodę na zawarcie umowy na narzuconych, uciążliwych warunkach nie oznacza, że stosowanie praktyk monopolistycznych nie miało miejsca. Tego rodzaju przejaw niedozwolonych praktyk podlega badaniu na podstawie przepisów ustawy antymonopolowej. W ramach tego badania nie jest wyłączone stwierdzenie, że treść umów narusza przepisy prawa także wtedy, gdy uprzednio organ administracyjny (tu Prezes URE), w konkretnej sprawie orzekł o zawarciu, na określonych warunkach umowy sprzedaży ciepła. Kwestii zmiany mocy zamówionej dotyczył też m.in. wyrok Sądu Antymonopolowego z 5 maja 1999 r.<sup>21</sup> Wyrokiem tym oddalono odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu<sup>22</sup>, w której za praktykę monopolistyczną określoną w art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy antymonopolowej, uznano nadużywanie pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii cieplnej poprzez odmowę zawarcia umowy dostawy ciepła przy braku alternatywnych źródeł zaopatrzenia, która na skutek zmniejszenia przez spółdzielnię mieszkaniową zapotrzebowania na ciepło została wypowiedziana przez przedsiębiorstwo energetyczne. W konsekwencji, spółdzielnia została postawiona wobec alternatywy: albo zawrze umowę na wielkość mocy cieplnej požądanej przez przedsiębiorstwo energetyczne, albo zostanie pozbawiona dostaw ciepła. Sąd Antymonopolowy w wyroku tym powtórzył swój wcześniejszy pogląd<sup>23</sup>, iż „praktyka monopolistyczna z art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy antymonopolowej może mieć miejsce w sytuacji, gdy podmiot dominujący proponuje nie przyjętą z kolei przez kontrahenta, ocenę prawną treści spornego warunku umowy w świetle przesłanek z art. 353(1) k.c. określających granice swobody umów. Gdy postanowienie umowy, od których przyjęcia podmiot dominujący uzależnia jej zawarcie, narusza prawo, a w szczególności jest uciążliwe lub w innej formie przejawia nadużycie siły rynkowej, niedojsze umowy do skutku uzasadnia zarzut stosowania praktyk monopolistycznych”. Sąd wskazał jednocześnie, iż być może działanie spółdzielni naruszyło interes gospodarczy dostawcy, jednakże ewidentne jest, że musi on ponosić ryzyko prowadzonej działalności gospodarczej, w tym zmniejszenia się popytu na oferowany towar (energię). Spółdzielnia zaś nie miała obowiązku uzasadniać dostawcy swej decyzji o obniżeniu zapotrzebowania na moc, w szczególności za pomocą audytu energetycznego. Potwierdzeniem tego stanowiska jest teza zawarta w wyroku Sądu Antymonopolowego z 9 lutego 2000 r.,

<sup>20</sup> Wyrok z 21 stycznia 2004 r., sygn. akt XVII Ama 16/03.

<sup>21</sup> Sygn. akt XVII Ama 95/98.

<sup>22</sup> RGD 25/1998 z 24.05.1998 r.

<sup>23</sup> Por.: wyrok SA z 10 maja 1995 r., sygn. akt XVII Amr 75/94, w: Wokanda, 1996/4 s. 60.

sygn. akt XVII Ama 82/99, w której stwierdzono, iż sprzedawca (przedsiębiorstwo energetyczne) związany jest wskazaniem przez odbiorcę mocy ciepłej. „Tę uprawnienia odbiorcy nie zmienia okoliczność, iż zamówiona moc nie może być przez niego określona w sposób zupełnie dowolny. Moc ciepła powinna bowiem uwzględniać przepisy prawa budowlanego, a także zapewnić utrzymanie w pomieszczeniach wymaganej temperatury wewnętrznej, stosownie do wymogów PN-82/B-02402 „Temperatury ogrzewanych pomieszczeń w budynkach”. Niemniej to nie sprzedawca ciepła jest tutaj podmiotem uprawnionym do egzekwowania wobec odbiorcy dochowania wspomnianych wyżej regulacji prawnych”.

### 3. Praktyki cenowe przedsiębiorstw energetycznych

Z chwilą wejścia w życie prawa energetycznego, szczegółowej regulacji poddany został proces stanowienia cen i stawek opłat stosowanych przez przedsiębiorstwa energetyczne wraz z obowiązkiem przedstawienia taryf do zatwierdzenia Prezesowi URE. Pewna grupa przedsiębiorstw energetycznych została jednak zwolniona z tego obowiązku. Dotyczy to w szczególności małych wytwórców ciepła w źródłach mocy poniżej 5 MW oraz dystrybutorów ciepła jeżeli moc zamówiona przez odbiorców nie przekracza 5 MW (art. 32 ust. 1 pkt 1 i 3 prawa energetycznego). Nie oznacza to jednak, że przedsiębiorcy ci mogą całkowicie dowolnie kształtować swoje taryfy. W przypadku bowiem narzucenia odbiorcom zawyżonych lub nieuzasadnionych cen i opłat, kompetencje wobec przedsiębiorstw energetycznych zwolnionych z obowiązku zatwierdzania taryf zachował Prezes Urzędu.

Przesądził to jednoznacznie Sąd Antymonopolowy w wyroku z 22 grudnia 1999 r.<sup>24</sup>, w którym wyraził pogląd, iż taryfa każdego przedsiębiorstwa energetycznego powinna być oparta na uzasadnionych kosztach działalności w rozumieniu art. 45 ust. 1 pkt 1 prawa energetycznego. Wymóg ten dotyczy także przedsiębiorstwa energetycznego, które nie podlega obowiązkowi posiadania koncesji i tym samym nie ciąży na nim obowiązek uzyskania zatwierdzenia taryfy przez Prezesa URE. Przeciwnie takiemu przedsiębiorcy może być prowadzone postępowanie z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy antymonopolowej, jeżeli posiadając pozycję dominującą na rynku przedsiębiorstwo energetyczne stosuje zawyżone ceny lub narzuca odbiorcom energii inne uciążliwe warunki umowy. Postępowanie, w którym zapadł ww. wyrok prowadzone było przeciwko spółdzielni mieszkaniowej, która narzucała odbiorcy włączenie do umowy o dostarczanie energii ciepłej zapisu, w świetle którego w przypadku remontu kapitalnego lub modernizacji kotłowni odbiorca zostanie obciążony jej kosztami proporcjonalnie do zapotrzebowania mocy ciepłej.

Innym przykładem narzucania odbiorcom nieuzasadnionych opłat jest praktyka przedsiębiorstwa energetycznego stwierdzona decyzją Prezesa Urzędu z 9 sierpnia 2002 r.<sup>25</sup>, polegająca na obciążaniu odbiorców opłatami za upomnienia wzywające do zapłaty zaległych należności. Opłata ta ustalona została poza taryfą przedsiębiorstwa energetycznego w drodze uchwały zarządu tego przedsiębiorstwa. W wyroku z 28 listopada 2003 r.<sup>26</sup>, którym odwołanie od ww. decyzji zostało oddalone, SOKiK powołał się na ogólną zasadę wynikającą z przepisów prawa energetycznego, w świetle której odbiorcy winni być zobowiązani do zapłaty cen i opłat przewidzianych w taryfie zatwierdzonej przez Prezesa URE. Zdaniem SOKiK, „w przypadku pobierania przez zakłady energetyczne opłat pozacennikowych uzasadnionym jest domniemanie, że tą drogą przedsiębiorca chce generować dodatkowy przychód na pokrycie kosztów, które nie zostały uwzględnione w kalkulacji cen taryfowych”.

<sup>24</sup> Sygn. akt XVII Ama 39/99.

<sup>25</sup> RKT 39/2002.

<sup>26</sup> Sygn. akt XVII Ama 105/02.

#### 4. Uciążliwe warunki umów sprzedaży energii i świadczenia usług przesyłowych

Szereg orzeczeń dotyczyło praktyk polegających na narzucaniu uciążliwych umów w postaci wyłączenia czy też ograniczenia odpowiedzialności przedsiębiorstwa energetycznego. I tak, w wyroku Sądu Antymonopolowego z 11 marca 2002 r.<sup>27</sup>, za uciążliwy warunek umowy sprzedaży energii elektrycznej uznano narzucenie odbiorcy przez przedsiębiorstwo energetyczne postanowień, w świetle których w wypadku przekroczenia dopuszczalnego czasu trwania przerwy jednorazowej i łącznego czasu trwania przerw awaryjnych liczonych dla poszczególnych wyłączeń, a także za niedotrzymanie standardów jakościowych przysługuje odbiorcy upust i bonifikata w wysokości i na warunkach określonych w obowiązującej taryfie, bez prawa domagania się odszkodowania. Sąd zgodził się z argumentacją Prezesa Urzędu<sup>28</sup>, że przedsiębiorca „postawił się w uprzywilejowanej pozycji wobec słabszego kontraktowo odbiorcy albowiem zdarzenie uzasadniające udzielenie odbiorcy upustu lub bonifikaty może spowodować powstanie po jego stronie szkody, której naprawienia może żądać na podstawie przepisów kodeksu cywilnego. Tymczasem w umowie sprzedaży przedsiębiorstwo wyłączyło taką odpowiedzialność”.

Natomiast w wyroku z 5 listopada 2003 r.<sup>29</sup> SOKiK za praktykę ograniczającą konkurencję uznał narzucenie odbiorcy postanowień ogólnych warunków umowy sprzedaży energii elektrycznej i świadczenia usług przesyłowych zapisu, wedle którego odbiorca nie będzie sobie rościł pretensji z tytułu prowadzenia prac eksploatacyjnych lub usuwania awarii. W ocenie SOKiK, sformułowanie to jednoznacznie wskazuje, że odbiorca nie ma prawa dochodzić roszczeń z tytułu szkód, jakie mogą w związku z tym powstać, niezależnie od przyczyny. Wprawdzie, jak argumentował SOKiK, dopuszczalne jest ograniczenie odpowiedzialności za ściśle określone szkody, ale ograniczenie takie musi być precyzyjnie sformułowane. Generalne jednak wyłączenie odpowiedzialności, stanowi praktykę naruszającą art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy uokik.

Z kolei w wyroku z 20 grudnia 1995 r.<sup>30</sup>, Sąd Antymonopolowy zakwestionował, traktując to jako przejaw uciążliwych warunków umowy sprzedaży energii elektrycznej, narzucanie przez przedsiębiorstwo energetyczne postanowienia zobowiązującego odbiorcę do zapłaty zaliczek na poczet przyszłego zużycia energii elektrycznej.

W okolicznościach faktycznych tej sprawy odbiorca zmuszony był do uiszczania z góry tzw. rachunków częściowych w wysokości 90 % prognozowanego zużycia energii w następnym okresie rozliczeniowym pod groźbą wstrzymania dostaw, co było równoznaczne z koniecznością kredytowania przedsiębiorstwa energetycznego. W uzasadnieniu swojego stanowiska Sąd Antymonopolowy stwierdził, iż podmiot o pozycji monopolistycznej nie może, co do samej zasady, narzucać odbiorcy uczestnictwa w umowie o treści zbliżonej do umowy pożyczki. Sąd zauważył ponadto, iż „wynikająca z art. 490 k.c. możliwość pobierania przedpłat odnosi się tylko do sytuacji, gdy jedna ze stron obowiązana jest spełnić świadczenie wzajemne wcześniej, a spełnienie świadczenia przez drugą stronę jest wątpliwe ze względu na jej stan majątkowy. Wtedy strona zobowiązana do wcześniejszego spełnienia świadczenia może powstrzymać się z jego spełnieniem dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia wzajemnego lub nie da zabezpieczenia. Czyli przesłankę wykonania tego uprawnienia stanowi zły stan majątkowy drugiej strony, uzasadniający wątpliwość co do jej wypłacalności”.

Dopuszczalność pobierania przedpłat jedynie w warunkach określonych w art. 490 k.c. była równoznaczna z zakwestionowaniem systemu zaliczkowego jako takiego. Tymczasem sys-

<sup>27</sup> Sygn. akt XVII Ama 52/2001.

<sup>28</sup> RKT 5/2001 z 27.02.2000 r.

<sup>29</sup> Sygn. akt XVII Ama 1/2003.

<sup>30</sup> Sygn. akt XVII Amr 52/95, w: *Wokanda*, 1997/3 s. 56.

tem ten był szeroko stosowany w rozliczeniach z tzw. odbiorcami przemysłowymi, co po części uzasadnione było faktem, iż przedsiębiorstwa energetyczne same zmuszone były w ten sposób rozliczać się z przedsiębiorstwem zajmującym się przesyłem energii elektrycznej od wytwórcy. Ponadto przedsiębiorstwa energetyczne broniły się przed zarzutem stosowania praktyk nie bez racji twierdząc, iż dostarczając energię elektryczną i domagając się zapłaty z dołu również kredytują w ten sposób odbiorcę. Z tych m.in. powodów w późniejszych orzeczeniach Sąd Antymonopolowy odstąpił od tego rygorystycznego podejścia do kwestii systemu zaliczkowego. Przykładowo w wyroku z 26 marca 1997 r.<sup>31</sup> Sąd Antymonopolowy, dostrzegając odmienną naturę świadczeń stron umowy sprzedaży energii elektrycznej (świadczenie ciągłe dostawcy, świadczenie jednorazowe odbiorcy) stwierdził, iż „w oderwaniu od konkretnej umowy (...) nie można na gruncie ustawy antymonopolowej generalnie przesądzić, czy zaliczkowanie dostaw jest praktyką monopolistyczną. Decyduje tutaj całościowa ocena konkretnej sytuacji, uwzględniająca w szczególności okres objęty przedpłatą, wielkość zaliczki i terminy płatności”.

## **5. Narzucanie wynagrodzenia ryczałtowego za konserwację urządzeń oświetlenia ulicznego i drogowego**

Wyrok Sądu Antymonopolowego z 7 grudnia 1994 r.<sup>32</sup>, którego krótkie omówienie znajduje się w tym miejscu, to jedno ze starszych orzeczeń pojawiających się w niniejszym referacie. Niemniej jednak zasługuje on na uwagę z tego względu, iż pomimo licznych zmian regulacji dotyczących działalności przedsiębiorstw energetycznych, tezy zawarte w nim zachowały nadal swoją aktualność. Rzecz dotyczy oświetlenia dróg, ulic i placów, którego ciężar finansowy obciąża gminy, jeżeli są ich zarządcami. Koszty oświetlenia to nie tylko koszty związane z przesyłem i zużyciem energii elektrycznej, ale też koszty konserwacji urządzeń i wymiany źródeł światła<sup>33</sup>. Koszty te obciążają gminę niezależnie od tego, kto jest właścicielem urządzeń oświetlenia, a tym są zazwyczaj przedsiębiorstwa energetyczne, a nie gminy.

Od tego, kto jest właścicielem urządzeń zależy jednak sposób finansowania oświetlenia. Gdy właścicielem urządzeń jest gmina, może zawrzeć z przedsiębiorstwem energetycznym umowę o dostawę energii elektrycznej, zaś z wybranym przez siebie (w drodze przetargu) podmiotem umowę o konserwację urządzeń. Jeżeli natomiast urządzenia należą do przedsiębiorstwa energetycznego, co jak powiedziano wcześniej jest regułą, oświetlanie ulic powinno odbywać się na podstawie umowy o wykonanie usługi oświetleniowej, której cena zawiera koszt energii elektrycznej oraz opłatę za konserwację urządzeń i wymianę źródeł światła.

W omawianym wyroku Sąd Antymonopolowy zajął stanowisko, że wynagrodzenie z tytułu eksploatacji sieci i urządzeń oświetlenia ulic winno być co do zasady ustalone w formie kosztorysowej. Natomiast narzucenie wynagrodzenia ryczałtowego (określone w tym przypadku kwotowo za każdy punkt świetlny) uznać należy za uciążliwy warunek umowy. Przede wszystkim Sąd zauważył, że „ryczałt stwarza możliwość wliczenia przez przedsiębiorstwo energetyczne w koszty prowadzonej działalności nakładów, które mogą nie wystąpić bądź wystąpić w rozmiarze mniejszym, a gmina pozbawiona jest możliwości kontroli kosztów ponoszonych przez przedsiębiorstwo energetyczne”. Te dwie okoliczności wystarczają, aby system ten uznać za uciążliwy dla odbiorcy. System ryczałtowy, z drugiej strony, „stwarza przynajmniej możliwość uzyskiwania przez przedsiębiorstwo energetyczne nieuzasadnionych korzy-

<sup>31</sup> Sygn. akt XVII Ama 83/96, w: *Wokanda*, 1999/12 s. 54.

<sup>32</sup> Sygn. akt XVII Amr 52/94.

<sup>33</sup> Art. 3 pkt 22 prawa energetycznego, definiując pojęcie „finansowania oświetlenia” wspomina ponadto o kosztach budowy punktów świetlnych.

ści, tj. uzyskiwania należności ponad wartość własnego świadczenia wzajemnego”. Prezes Urzędu w decyzji z 18 listopada 2002 r.<sup>34</sup> w pełni podzielił to stanowisko Sądu, zwłaszcza, że ryczałt obowiązujący w stosunkach pomiędzy przedsiębiorstwem energetycznym a gminą, wnioskodawcą w postępowaniu antymonopolowym, określony został jako stały procent wartości zużytej energii elektrycznej na potrzeby oświetlenia dróg i ulic, co stanowiło dla gminy dodatkową uciążliwość wiążącą się z automatycznym wzrostem kosztów ponoszonych na konserwację w przypadku wzrostu cen energii elektrycznej oraz wzrostu jej zużycia, podczas gdy pomiędzy tymi wartościami nie ma bezpośredniego związku. Niemniej jednak wniosek gminy, w tym konkretnym przypadku nie został uwzględniony, a przyczyną był brak udowodnienia przesłanki narzucenia, niezbędnej do postawienia zarzutu stosowania praktyki z art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy uokik. W toku postępowania okazało się bowiem, iż gmina zawierając umowę z przedsiębiorstwem energetycznym miała możliwość wyboru spośród trzech alternatywnych sposobów ustalania wynagrodzenia.

## 6. Praktyki związane ze zmianami prawa energetycznego

Wyrokiem z dnia 30 czerwca 2003 r.<sup>35</sup> SOKiK za praktykę ograniczającą konkurencję uznał nadużywanie przez przedsiębiorstwo energetyczne pozycji dominującej na rynku zaopatrzenia w energię elektryczną, polegające na odstąpieniu od rozliczania opłat za przyłączenie do sieci z umów o przyłączenie do sieci zawartych z odbiorcami energii elektrycznej w okresie od 1 lipca 2000 r. do 28 lutego 2001 r. pobranych w wysokości wyższej niż opłaty ustalone według stawek opłat za przyłączenie do sieci zawartych w taryfie z dnia 1 marca 2001 r.

Wyrok ten warto nieco przybliżyć z tego względu, iż dotyczy on praktyk, których pośrednią przyczyną były zmiany prawa energetycznego. Podkreślić trzeba, że zmiany te (obejmujące zarówno ustawę – Prawo energetyczne, jak i niektóre rozporządzenia wykonawcze) nie zawsze szły w parze z jednoznacznym określeniem kwestii intertemporalnych i zapewnieniem odpowiedniego *vacatio legis*. Choć niewątpliwie utrudniało to przedsiębiorstwom energetycznym dostosowanie się do nowych uregulowań, niemniej jednak nie mogło usprawiedliwiać działań, których skutkiem było naruszanie interesów odbiorców.

Wyrok i poprzedzająca go decyzja Prezesa Urzędu<sup>36</sup> związane były z ustawą z dnia 26 maja 2000 r. o zmianie ustawy Prawo energetyczne<sup>37</sup>, którą zasadniczo zmieniono zasady kalkulacji stawek opłat za przyłączenie do sieci. Zgodnie z art. 7 ust. 5 prawa energetycznego w brzmieniu nadanym tą ustawą, stawki opłat za przyłączenie do sieci (przewidzianych w gminnych założeniach do planu zaopatrzenia w ciepło, energię elektryczną i paliwa gazowe) kalkuluje się na podstawie jednej czwartej średniorocznych nakładów inwestycyjnych na budowę odcinków sieci służących do przyłączenia podmiotów ubiegających się o przyłączenie, określonych w planie rozwoju, o którym mowa w art. 16 tej ustawy. Do tej pory natomiast, podstawą ustalania opłat taryfowych za przyłączenie były koszty przedsiębiorstwa energetycznego wynikające z nakładów na budowę przyłączy oraz na budowę lub rozbudowę sieci niezbędnej do realizacji przyłączenia<sup>38</sup>. Celem tych zmian było obniżenie wysokości opłat za przyłączenie poprzez ograniczenie podstawy ich kalkulacji oraz zapobieżenie po-

<sup>34</sup> RPZ 23/2002.

<sup>35</sup> Sygn. akt XVII Ama 66/02.

<sup>36</sup> RPZ 11/2002 z 21.05.2002 r.

<sup>37</sup> Dz. U. z 2000 r., Nr 48, poz. 555.

<sup>38</sup> Zgodnie z § 13 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 21 października 1998 r. w sprawie szczegółowych warunków przyłączenia podmiotów do sieci elektroenergetycznych, pokrywania kosztów przyłączenia, obrotu energią elektryczną, świadczenia usług przesyłowych, ruchu sieciowego i eksploatacji sieci oraz standardów jakościowych obsługi odbiorców: Dz. U. z 1998 r., Nr 135, poz. 881.

dwójnemu finansowaniu rozwoju sieci przez odbiorców w opłatach za przyłączenie i stawkach opłat przesyłowych, o czym stanowi nowo wprowadzony ust. 6 art. 7 prawa energetycznego<sup>39</sup>. Zgodnie z art. 5 ustawy zmieniającej prawo energetyczne, obowiązujące taryfy, sporządzone na podstawie dotychczas obowiązujących przepisów, zachowują ważność po 1 lipca 2000 r. w zakresie, w jakim nie są sprzeczne z przepisami ustawy zmieniającej i przepisami wykonawczymi wydanymi na podstawie upoważnień, w brzmieniu nadanym tą ustawą. Wprawdzie w umowach zawieranych po wejściu w życie noweli do prawa energetycznego znalazło się zastrzeżenie, iż opłata przyłączeniowa ma charakter wstępny (obliczano ją przy zastosowaniu stawek ujętych w dotychczasowej taryfie) i po wejściu w życie przepisów wykonawczych oraz zgodnej z nimi nowej taryfy będzie do niej dostosowana, jednak po zatwierdzeniu nowej taryfy zarząd przedsiębiorstwa energetycznego podjął decyzję o uznaniu wstępnych opłat za ostateczne. O uznaniu wstępnych opłat za ostateczne powiadomiono indywidualnie wszystkich zainteresowanych odbiorców. Tłumacząc swoją decyzję przedsiębiorstwo energetyczne powołało się na przepisy prawa energetycznego, zgodnie z którymi przedsiębiorstwo może pobierać tylko opłaty zgodne z taryfą. Przeliczanie opłat w stosunku do umów już zrealizowanych oznaczałoby, jego zdaniem, stosowanie opłat innych niż w obowiązującej, zarówno w dniu zawarcia jak i realizacji umowy taryfie. Przedsiębiorstwo podkreśliło również, iż nie miało wpływu na datę zatwierdzenia nowej taryfy i wprowadzenie w życie zasady 1/4 nakładów. W tym zakresie dołożyło należytej staranności składając pierwszy wniosek o zmianę taryfy już w lipcu i ponawiając go (względnie uzupełniając) kolejnymi pismami. SOKiK zgodził się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu, iż w stosunku do umów zawieranych po wejściu w życie noweli do prawa energetycznego i utracie ważności przez dotychczasową taryfę, do rozliczania opłat za przyłączenia do sieci przedsiębiorstwo energetyczne powinno stosować warunki taryfy uwzględniającej zmiany dokonane ustawą zmieniającą, tj. taryfy, która zaczęła obowiązywać od dnia 1 marca 2001 r. Z tego względu postępowanie przedsiębiorstwa energetycznego, polegające na zamieszczaniu w umowach zawieranych po wejściu w życie noweli do prawa energetycznego zastrzeżeń dotyczących opłaty wstępnej należy uznać za słuszne i zmierzające do prawidłowego rozliczenia tych opłat w przyszłości. Natomiast późniejsze jednostronne uznanie przez przedsiębiorstwo opłat wstępnych za ostateczne na podstawie art. 7 ust. 4 prawa energetycznego nosiło cechy narzucenia uciążliwych warunków umownych tym odbiorcom, którzy na podstawie nowej taryfy obowiązującej od dnia 1 marca 2001 r. uprawnieni byli do zwrotu części poniesionych opłat wstępnych. W omawianym wyroku SOKiK odniósł się również do jeszcze jednej kwestii związanej pośrednio ze zmianami przepisów prawa energetycznego, a mianowicie warunków uzasadniających obciążenie przyłączanego do sieci odbiorcy opłatą ustaloną na podstawie rzeczywistych kosztów przyłączenia, w miejsce opłaty ustalonej w taryfie. W stanie prawnym obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 26 maja 2000 r. o zmianie ustawy Prawo energetyczne, przedsiębiorstwa energetyczne obowiązane były pobrać opłatę za przyłączenie w wysokości ryczałtowej w przypadku przyłączenia do sieci przewidzianej w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, natomiast w świetle zmienionego przepisu art. 7 ust. 4 prawa energetycznego, ustalenie opłaty taryfowej uzależnione jest od tego, czy sieć przewidziana jest w założeniach do planu zaopatrzenia w ciepło, energię elektryczną i paliwa gazowe uchwalanych przez radę gminy, stosownie do art. 19 ustawy. Rzecz w tym, że wiele gmin w chwili wejścia w życie tych zmian takich dokumentów nie posiadała, co groziło odbiorcom

<sup>39</sup> Zgodnie z tym przepisem, koszty wynikające z nakładów, o których mowa w ust. 5, w zakresie, w jakim zostały pokryte opłatami za przyłączenie do sieci, nie stanowią podstawy do ustalania w taryfie stawek opłat za przesyłanie i dystrybucję paliw gazowych, energii elektrycznej lub ciepła.

koniecznością ponoszenia wyższych kosztów przyłączenia. Akcentując interes odbiorcy przyłączonego do sieci, w orzecznictwie Sądu Antymonopolowego zwrócono uwagę, iż brak gminnych planów nie powinien niekorzystnie wpływać na jego sytuację prawną. W wyrokach z 10 stycznia 2001 r. (sygn. akt XVII Ame 51-58/00) Sąd wyraził pogląd, że zaniechania gminy w zakresie uchwalania tych dokumentów mogą być podstawą ewentualnych roszczeń przedsiębiorstw energetycznych wobec gmin z tytułu poniesionych szkód, powstałych w wyniku zastosowania taryfowych opłat za przyłączenie. Tak więc, gdy gmina nie uchwaliła założeń do planu zaopatrzenia, przedsiębiorstwo energetyczne w celu ustalenia podstawy opłaty za przyłączenie (aby ostatecznie rozstrzygnąć, czy zastosować opłatę taryfową, czy kształtowaną umownie) powinno kierować się ustaleniami własnych planów rozwoju. Jeżeli plan ten nie przewiduje budowy lub rozbudowy sieci w danym terenie, to, przed określeniem podstawy opłaty za przyłączenie, przedsiębiorstwo energetyczne winno zbadać przeznaczenie danego obszaru w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego gminy. Pogląd ten podzielił SOKiK w wyroku z 30 czerwca 2003 r.<sup>40</sup>

Praktyk związanych ze zmianami prawa energetycznego dotyczył również wyrok SOKiK z 11 sierpnia 2004 r.<sup>41</sup>, wydany w sprawie odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nr RKT 13/2003 z 9 maja 2003 r. W decyzji tej zarzucono przedsiębiorstwu energetycznemu brak realizacji obowiązku ustalenia kosztów wspólnych budowy lub rozbudowy sieci dla tych podmiotów i obliczenia nowych opłat za przyłączenie, a w przypadku powstania nadwyżki w poniesionej przez pierwszy podmiot opłacie za przyłączenie – zwrócenia tej nadwyżki pierwszemu podmiotowi, jeżeli w ciągu pięciu lat po wybudowaniu przyłącza zostaną do niego przyłączone nowe podmioty<sup>42</sup>. Obowiązek ten brał się stąd, że w okresie obowiązywania tego rozporządzenia opłata za przyłączenie składała się z dwóch odmiennie kalkulowanych części, tj. opłaty za rozbudowę sieci niezbędną do realizacji przyłączenia, co do zasady, ustalonej w wysokości ryczałtowej, a więc równej dla wszystkich oraz opłaty za budowę elementów przyłącza, ustalonej i liczonej za każdy metr przyłącza, a więc zależnej od faktycznej jego długości. Przyłączenie kolejnego odbiorcy do przyłącza wybudowanego przez pierwszego odbiorcę powodowało, iż na odcinku od miejsca przyłączenia pierwszego odbiorcy do miejsca przyłączenia kolejnego przyłącze stawało się siecią. W konsekwencji skróceniu ulegał odcinek przyłącza pierwszego odbiorcy, a tym samym zmniejszała się opłata, jaką winien ponieść w części ustalonej za budowę elementów przyłącza. Materiały dostarczone przez przedsiębiorstwo energetyczne w wykonaniu innej, prawomocnej decyzji Prezesa Urzędu<sup>43</sup> wskazywały, że osób, którym przysługuje zwrot nadwyżki opłaty za przyłączenie zidentyfikowano w obszarze działania tego przedsiębiorstwa prawie 200, zaś w niektórych wypadkach nadpłaty przekraczały kwotę 12.000 zł.

Zasadniczy problem, jaki wiązał się z rozstrzygnięciem tej sprawy polegał na tym, że przepis stanowiący źródło obowiązków przedsiębiorstw energetycznych trwającego pięć lat od chwili przyłączenia pierwszego odbiorcy, obowiązywał niecałe dwa lata, zaś nowe rozporządzenie<sup>44</sup> regulację tę całkowicie pomijało. Żadne przepisy przejściowe dotyczące omawianego

<sup>40</sup> Odmiennie kwestię tę ocenił Sąd Najwyższy w wyroku z 10 lipca 2003 r., sygn. akt I KKN 474/01, w którym stwierdził, iż zarówno cel, jak i treść przepisu art. 7 ust. 4 prawa energetycznego nie mogą usprawiedliwiać poglądu zmierzającego do zastępowania omawianych założeń innymi dokumentami o charakterze planistycznym (inwestycyjnym) niezależnie od treści takich dokumentów (np. planem zagospodarowania przestrzennego).

<sup>41</sup> Sygn. akt XVII Ama 57/03.

<sup>42</sup> Obowiązek ten został określony w rozporządzeniu powołanym w przypisie 37.

<sup>43</sup> RPZ 17/2004 z 31.08.2004 r. wydana na podstawie art. 11 a ustawy uokik.

<sup>44</sup> Rozporządzenie Ministra Gospodarki z 25 września 2000 r. w sprawie szczegółowych warunków przyłączenia podmiotów do sieci elektroenergetycznych, obrotu energią elektryczną, świadczenia usług przesyłowych, ruchu sieciowego i eksploatacji sieci oraz standardów jakościowych obsługi odbiorców (Dz. U. z 2000 r., Nr 85, poz. 957).

obowiązku nie zostały przewidziane, co zostało odczytane przez niektóre przedsiębiorstwa energetyczne jako jego uchylenie. Niemniej Prezes Urzędu stanął na stanowisku, iż momentem decydującym o powstaniu ww. obowiązku jest okoliczność „wybudowania przyłącza” pod rządami rozporządzenia z 1998 r. i, uwzględniając formułowaną przez Trybunał Konstytucyjny zasadę ochrony praw nabytych, trwa on pięć lat od tej chwili.

Argumentacji Prezesa Urzędu nie podzielił SOKiK, który wyżej wymienionym wyrokiem zmienił decyzję i umorzył postępowanie antymonopolowe. W świetle stanowiska SOKiK, powoływanie się przez Prezesa Urzędu na stanowisko Trybunału Konstytucyjnego było chybione, gdyż dotyczy ono konkretnych rozstrzygnięć co do zgodności normy prawnej lub całego aktu prawnego z Konstytucją i brak podstaw, aby zastępować nim nieistniejącą normę prawną.

## 7. Inne praktyki eksploatacyjne

W art. 3 pkt 17 prawa energetycznego zdefiniowano taryfę przedsiębiorstwa energetycznego. W świetle tego przepisu, taryfa to zbiór cen i stawek opłat oraz warunków ich stosowania, opracowany przez przedsiębiorstwo energetyczne i wprowadzany jako obowiązujący dla określonych w nim odbiorców w trybie określonym ustawą. W praktyce taryfy przedsiębiorstw energetycznych często wykraczają poza minimalną treść określoną w przepisach prawa energetycznego i zawierają postanowienia właściwe dla umów cywilnoprawnych. Pozwala im to w tym zakresie przypisać cechy wzorców umownych w rozumieniu art. 384 § 1 k.c. ale jednocześnie rodzi pytanie, czy w przypadku nie doręczenia taryfy, jej postanowienia określające prawa i obowiązki umowy sprzedaży paliw i energii wiążą odbiorców, skoro przepisy kodeksu cywilnego dla związania konsumenta treścią wzorca umownego wymagają jego doręczenia.

Na te kwestię zwrócił uwagę Prezes Urzędu w decyzji z 28 listopada 2002 r.<sup>45</sup>, w której postępowanie przedsiębiorstwa energetycznego polegające na nie doręczaniu taryfy zakwalifikował jako nadużywanie pozycji dominującej i naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy uokik. Stanowisko Prezesa Urzędu w całości podzielił SOKiK w wyroku z 24 marca 2004 r.<sup>46</sup> W uzasadnieniu tego wyroku SOKiK wskazał, iż umowy zawierane przez przedsiębiorstwa energetyczne nie należą do umów powszechnie zawieranych w drobnych, bieżących sprawach życia codziennego stąd przedsiębiorstwo ma obowiązek doręczyć konsumentowi wszystkie postanowienia wzorca umowy przy jej zawieraniu. Tę obowiązkowi przedsiębiorstwo nie dopełniło, skoro w odniesieniu do części klauzul umownych jedynie powołało się na treść swojej taryfy zawierającej również postanowienia niezbędne do odczytania treści wzorca i odtworzenia mającej obowiązywać obie strony normy. W obrocie z konsumentami takie postępowanie słusznie uznane zostało za nielegalne i niespełniające kryterium jasności i zrozumiałości wzorca umownego. Orzecznictwo SOKiK nie jest niestety w tej materii jednolite albowiem w innym wyroku z 5 listopada 2003 r.<sup>47</sup> SOKiK nie uznał zachowania przedsiębiorstwa energetycznego za bezprawne. Zdaniem SOKiK, „odesłanie odbiorców do zapisów taryfy jest uzasadnione i nie stwarza dla konsumentów uciążliwości, zaś twierdzenie pozwanego, że konsumenci mają utrudniony dostęp do Taryfy jest bezzasadne. Taryfa podlega publikacji zgodnie z art. 47 ust. 3 ustawy Prawo energetyczne we właściwych miejscowo Wojewódzkich Dziennikach Urzędowych oraz w Biuletynie Urzędu Regulacji Energetyki. Oznacza to, że ustawodawca przez fakt publikacji zagwarantował jej dostępność”. SOKiK podniósł jednocześnie, iż skoro Prezes URE czuwa nad prawidłowością ocen i stawek zawartych w taryfie, zapisów do-

<sup>45</sup> RLU 22/2002.

<sup>46</sup> Sygn. akt XVII Ama 29/03.

<sup>47</sup> Sygn. akt XVII Ama 1/03.

tyczących standardów jakościowych obsługi odbiorców, a także prawidłowością wysokości należności związanych z nielegalnym poborem energii elektrycznej, taryfa nie może być uznana za niezgodną z prawem.

## 8. Praktyki antykonkurencyjne

Z chwilą wejścia w życie rozporządzenia określającego szczegółowe warunki przyłączania do sieci elektroenergetycznych zrodził się problem związany z wyborem wykonawcy przyłącza. Część przedsiębiorstw energetycznych, powołując się na art. 7 ust. 4 prawa energetycznego, uznała bowiem, iż przysługuje im wyłączne prawo wyboru wykonawcy i w ślad za tym dokonała stosownych zmian we wzorach umów o przyłączenie, które do tej pory pozostawiały podmiotom starającym się o przyłączenie do sieci swobodę w tym zakresie. Skutkiem tego było istotne ograniczenie możliwości działania niezależnym od przedsiębiorstw energetycznych, a posiadającym stosowne uprawnienia zakładom instalacyjnym, głównie rzemieślnikom. Przedsiębiorstwa energetyczne bowiem wykonywały przyłącza bądź to we własnym zakresie, bądź to poprzez wyłonionych w przetargach wykonawców, najczęściej podmioty zależne, pozostawiając innym zakładom instalacyjnym możliwość wykonywania jedynie instalacji wewnętrznych. Takie rozwiązanie było również niekorzystne dla odbiorców przyłączanych do sieci albowiem w wielu wypadkach okazywało się, że opłata za przyłączenie ustalona według taryf zatwierdzonych przez Prezesa URE jest znacznie wyższa niż wynagrodzenie, które odbiorcy zapłaciliby wybranemu przez siebie wykonawcy.

Wskutek skarg zarówno odbiorców jak i zakładów rzemieślniczych, problem podmiotu uprawnionego do wyboru wykonawcy przyłącza stał się przedmiotem zainteresowania Prezesa Urzędu

W kilku decyzjach wydanych w latach 1999 – 2000<sup>48</sup> r. Urząd uznał zastrzeżenie w projektach umów o przyłączenie do sieci prawa wyłączności budowy przyłączy lub wyłączności na wybór wykonawcy w sytuacji, gdy sieci te przewidziane są w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego za nadużycie pozycji dominującej. W zachowaniu takim Prezes Urzędu dopatrzył się praktyk polegających na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji poprzez uniemożliwianie uprawnionym wykonawcom oferowania swoich usług i w konsekwencji nawiązania konkurencji z przedsiębiorstwami energetycznymi lub podmiotami od nich zależnymi.

Wprawdzie Sąd Antymonopolowy zmienił decyzje Prezesa Urzędu niemniej jednak argumentację Prezesa podzielił Sąd Najwyższy, który w trzech wyrokach z dnia 15 maja 2003 r.<sup>49</sup> uznał, iż przedsiębiorstwa energetyczne błędnie interpretowały art. 7 ust. 4 prawa energetycznego albowiem „przewidziane w tym przepisie obowiązki przedsiębiorstwa energetycznego w zakresie budowy i finansowania przyłączy odbiorców (energii elektrycznej) mają wprawdzie charakter publicznoprawny, ale nie wyłączają prawnej swobody odbiorcy energii elektrycznej (inwestora) wyboru ostatecznego wykonawcy takich przyłączy”. Zdaniem Sądu Najwyższego, „przepis art. 7 ust. 4 prawa energetycznego powinien być interpretowany przy uwzględnieniu podstawowych celów sformułowanych w art. 1 ust. 2 tej ustawy, do których należą m.in.: „tworzenie warunków (...) rozwoju konkurencji, przeciwdziałania negatywnym skutkom naturalnych monopolii (...)”. Cele te pozostają aktualne także w sferze rynku dokonywania przyłączy do sieci elektrycznej, ponieważ w ustawie nie zawarto odpowiednich wyłączeń w wyniku użycia odpowiednich, konwencjonalnych zwrotów ustawowych (np.

<sup>48</sup> Decyzje nr RPZ 36/1999 z 10.12.1999 r. i RPZ 34/99 z 30.11.1999 r. oraz RKT 2/2000 z 28.01.2000 r. i RWA /1999 z 30.12.1999 r.

<sup>49</sup> Sygn. akt I CKN 311,313 i 329/01.

„z zastrzeżeń wyjątków określonych w ustawie” lub podobnych). Brzmienie art. 1 ust. 2 prawa energetycznego nie uległo zmianie w tym zakresie w związku z kolejnymi modyfikacjami ustawy. Brak zatem monopolu prawnego przedsiębiorstw energetycznych w zakresie dokonywania przyłączy do sieci elektrycznej oznacza, że odbiorcy energii elektrycznej (inwestorzy) mogą powierzać wykonanie takich przyłączy wybranym przez siebie wykonawcom, nie wyłączając samego przedsiębiorstwa energetycznego”.

Przykładem praktyk antykonkurencyjnych przedsiębiorstw energetycznych jest również praktyka zakładu gazowniczego stwierdzona decyzją Urzędu Antymonopolowego<sup>50</sup>, polegająca na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku sprzedaży rur polietylenowych, poprzez narzucanie inwestorom budującym sieci gazowe obowiązku budowy tych sieci wyłącznie z rur i kształtek polietylenowych zakupionych za jego pośrednictwem.

Wprowadzenie takiego obowiązku zakład tłumaczył różnorodnością rodzajów rur polietylenowych dostępnych na rynku, nie zawsze spełniających wymogi obowiązujące przy budowie sieci gazowych, podczas gdy rury dostarczane za jego pośrednictwem posiadają wymagane pod tym względem atesty. Wyłączność pośrednictwa uzasadniał również tym, że po wybudowaniu sieci przejmie funkcję ich właściciela i użytkownika, zaś w odwołaniu od decyzji Urzędu powołał się na przepisy o jakości wyrobów, usług, robót i obiektów budowlanych, które określają kompetencje kierowników przedsiębiorców w zakresie zapewnienia skutecznej kontroli produkcji, świadczenia usług i wykonywania robót i obiektów budowlanych. Rozpatrujący odwołanie Sąd Antymonopolowy nie uznał tych argumentów. W wyroku z 27 października 1992 r.<sup>51</sup> stwierdził, iż „określone tymi przepisami kompetencje mają charakter wewnętrzny, ograniczony do podległego personelu pracowniczego i nie mogą tym samym stanowić podstawy prawnej dla jednostronnego kształtowania praw i obowiązków innych podmiotów w stosunkach cywilnoprawnych.” Sąd całkowicie podzielił stanowisko Urzędu Antymonopolowego, iż zachowanie zakładu gazowniczego w następstwie nadużycia pozycji dominującej na lokalnym rynku gazu przewodowego umacniało w nieuzasadniony sposób, kosztem innych sprzedawców, w tym także wykonawców robót gazowniczych, swój udział w rynku sprzedaży rur polietylenowych.

<sup>50</sup> Decyzja nr UA/DŁ/500-13/92 z 29.05.1992 r.

<sup>51</sup> Sygn. akt XVII Amr 20/92, w: *Wokanda*, 1993/4 s. 42.

Maciej Mataczyński

## **Nadużywanie pozycji dominującej na rynku szerokopasmowego dostępu do internetu w świetle orzecznictwa Komisji Europejskiej**

### **I. Wprowadzenie**

Przedmiotem tego referatu jest zagadnienie nadużywania pozycji dominującej na rynku szerokopasmowego dostępu do internetu w świetle orzecznictwa Komisji Europejskiej. Usługa szerokopasmowego dostępu do internetu polega na oferowaniu dostępu do internetu, który pozwala na podejmowanie różnych czynności m.in. odwiedzanie różnych stron internetowych, korzystanie z poczty elektronicznej, ściąganie różnych plików, otwieranie i utrzymywanie własnych stron internetowych, komunikowanie się z innymi użytkownikami i inne. Istnieje wiele technik dostępu szerokopasmowego dla abonentów indywidualnych. Najbardziej rozpowszechnioną techniką jest ADSL (*Assymetric Digital Subscriber Line*). Oferowany przez większość operatorów ADSL pozwala zaoferować usługi z wykorzystaniem leżących już w ziemi kabli miedzianych. Alternatywną techniką są modemy kablowe wykorzystywane w usługach świadczonych przez telewizje kablowe. Nie dysponują one jednak tak dużym pokryciem jak sieci telefoniczne. Poza tym większość operatorów telewizji kablowych nie stać na kosztowną rozbudowę infrastruktury dotychczas przystosowanej jedynie do jednokierunkowej transmisji kanałów telewizyjnych<sup>1</sup>. Istnieje jeszcze szereg innych technik, np. dostęp światłowodowy z wykorzystaniem Ethernetu wymagający położenia sieci światłowodowej; stacjonarny dostęp radiowy, dwukierunkowy dostęp satelitarny lub dostęp z wykorzystaniem sieci energetycznej<sup>2</sup>. Wspomniane techniki nie odgrywają jednak tak znaczącej roli rynkowej jak wspomniane wcześniej<sup>3</sup>.

Kluczowym elementem definiującym dostęp szerokopasmowy jest szybkość przesyłu danych. Nie ma jednego kryterium szybkości przesyłu danych pozwalającego na odróżnienie szerokopasmowego, czyli „szybkiego” dostępu do internetu od dostępu „wolnego”. Twierdzi się, że by dostęp zasługiwał na miano szerokopasmowego, to szybkość połączenia powinna być na tyle duża, aby można było wygodnie korzystać z bardziej zaawansowanych usług niż te osiągalne przez dostęp wąskopasmowy. Przykładem takiej usługi jest transmisja wideo, o której nie ma sensu mówić przy połączeniach poniżej 512 kb/s (w kierunku do abonenta)<sup>4</sup>. Takie też jest stanowisko Komisji Europejskiej (dalej „Komisja” lub „KE”)<sup>5</sup>.

Komisja, działając jako organ powołany do zapewnienia przestrzegania przepisów antymonopolowych prawa Unii Europejskiej, prowadziła dwa postępowania o nadużywanie pozy-

<sup>1</sup> G. Grabowski, *Dostęp szerokopasmowy – prognozy rozwoju rynku*, w: *Prawo i Ekonomia w Telekomunikacji*, 3/2003, s. 44-45.

<sup>2</sup> Dostęp ten określa się mianem PLC (*Power Line Communications*). W ostatnich miesiącach spółki IBM i Google rozpoczęły w Stanach Zjednoczonych rozbudowywanie sieci w technologii PLC. Zob. T. Gryniewicz, *Popytną z prądem?*, *Gazeta Wyborcza* z 30-31.07.2005 r.

<sup>3</sup> G. Grabowski, *Dostęp szerokopasmowy – prognozy rozwoju rynku*, w: *Prawo i Ekonomia w Telekomunikacji*, 3/2003, s. 44.

<sup>4</sup> Ibidem, s. 44.

<sup>5</sup> Decyzja KE z 14.10.2003 r. w sprawie Deutsche Telekom, Dz. U. WE L 263/9 z 2003 r., pkt 78.

cji dominującej na rynku szerokopasmowego dostępu do internetu: przeciwko Deutsche Telekom<sup>6</sup> oraz Wanadoo Interactive<sup>7</sup>. Oba postępowania zostały wszczęte w rezultacie prowadzonego od czerwca 1999 r. badania sektorowego (*sector inquiry*) dotyczącego kwestii uwolnienia lokalnej pętli abonenckiej (*local loop access*)<sup>8</sup>. Celem badania miało być zebranie dowodów na sprzeczne z konkurencją działania podmiotów dominujących na rynku w odniesieniu do lokalnej pętli abonenckiej, w szczególności w zakresie barier wejścia i cen drapieżnych.

## **2. Posiadanie pozycji dominującej w prawie wspólnotowym – zagadnienia ogólne**

Przedmiotem referatu jest kwestia nadużywania pozycji dominującej. Pojawia się w związku z tym pytanie, w jaki sposób wyznaczyć pozycję dominującą danego przedsiębiorstwa. W prawie wspólnotowym dla określenia pozycji dominującej wymagane jest wyznaczenie rynku właściwego i zbadanie udziału danego przedsiębiorstwa w rynku z uwzględnieniem struktury rynku i ewentualnych barier wejścia.

### **2.1. Wyznaczenie rynku właściwego**

Jak wspomniano, wyznaczenie rynku właściwego jest koniecznym warunkiem przypisania danemu przedsiębiorcy pozycji dominującej. W świetle orzecznictwa i literatury prawa europejskiego rynek właściwy składa się z dwóch elementów: rynku produktowego oraz rynku geograficznego.

Rynkiem produktowym jest rynek towarów lub usług, które z punktu widzenia konsumenta traktowane są jak substytuty ze względu na ich cechy charakterystyczne, cenę lub sposób użycia. Jeżeli konsumenci zachowują się w taki sposób, iż produkty uznają za substytuty, stanowią one jeden rynek. Jeżeli produkty nie są traktowane przez konsumentów jako zamienniki (substytucyjne), wówczas wchodzi w skład odrębnych rynków<sup>9</sup>. Określając rynek produktu Europejski Trybunał Sprawiedliwości (zwany dalej „Trybunałem” lub „ETS”) kładzie nacisk na wzajemną substytuowalność (zamiennność) produktów i uwzględnia ekonomiczne pojęcie krzyżowej elastyczności popytu, służące do pomiaru wpływu zmiany ceny jednego produktu na popyt na inny produkt<sup>10</sup>.

Rynek geograficzny jest to określony i wyodrębniony obszar terytorium Wspólnego Rynku, na którym warunki konkurencji między przedsiębiorstwami oferującymi podobne produkty są w dostatecznym stopniu zbliżone do siebie i różnią się w istotnym stopniu od warunków konkurencji na sąsiednich obszarach. Im mniejszy rynek geograficzny, tym łatwiej udowodnić posiadanie pozycji dominującej. Przy wyznaczaniu rynku geograficznego bierze się pod uwagę takie kryteria, jak: dostępność produktu w określonych państwach lub ich regionach, koszty transportu, przepisy prawa, bariery językowe lub infrastrukturę dystrybucji. Rynkiem relevantnym może być rynek światowy (np. rynek platyny, miedzi), Wspólny Rynek lub jego część, rynek jednego państwa członkowskiego lub jego część, a nawet terytorium gminy<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Decyzja KE z 14.10.2003 r. w sprawie Deutsche Telekom, Dz. U. WE L 263/9 z 2003 r. – cyt. dalej jako „Decyzja Deutsche Telekom”.

<sup>7</sup> Decyzja KE z 16.07.2003 r. w sprawie Wanadoo Interactive, Dz. U. WE z 2003 r. – cyt. dalej jako „Decyzja Wanadoo”.

<sup>8</sup> Decyzja KE z 27.07.1999 r., C(99)2435.

<sup>9</sup> D. Miąsik [w:] *Prawo europejskie*. Zarys wykładu pod redakcją R. Skubisza i E. Skrzydło-Tefelskiej, Lublin 2003, s. 362 – cyt. dalej jako „D. Miąsik, *Prawo europejskie*”.

<sup>10</sup> Sprawa 27/76 United Brands Company v. Komisja [1978] ECR 207.

<sup>11</sup> D. Miąsik, *Prawo europejskie*, s. 362.

## 2.2. Udział w rynku i struktura rynku

Artykuł 82 TWE nie określa, jaki poziom siły rynkowej wskazuje na dominację rynkową. Kwestię tę pozostawiono orzecznictwu ETS – aktualnie Sądowi Pierwszej Instancji (dalej „SPI”), który jest sądem właściwym do rozpatrywania w pierwszej instancji skarg na decyzje Komisji w sprawach konkurencji. ETS określając pozycję dominującą stwierdził, że odnosi się ona do siły przedsiębiorstwa, która pozwala mu na uniknięcie konkurencji na relevantnym rynku poprzez możliwość zachowania w znacznym stopniu niezależnego od innych konkurentów, klientów a w końcu także od konsumentów<sup>12</sup>. Pozycja dominująca nie wymaga, by na rynku pozostał jeden podmiot. Nie musi dojść do eliminacji konkurencji i powstania monopolu. Pojęcie dominacji rynkowej jest pojęciem szerszym od monopolu i dopuszcza istnienie na rynku pewnego poziomu konkurencji. W przypadku przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą, presja ze strony rywali jest zbyt słaba, by pozycja rynkowa i dochodowość przedsiębiorstwa uległy pogorszeniu, jeżeli nie zareaguje ono na działania konkurentów w sposób zgodny z mechanizmem konkurencji. W sprawie 62/86 Akzo Chemie BV Trybunał uznał, że 50-procentowy udział w rynku można określić jako bardzo duży i wskazujący na pozycję dominującą<sup>13</sup>. W przypadku niższych udziałów w rynku pod uwagę bierze się dodatkowe elementy.

Przy określaniu pozycji dominującej bardzo istotne znaczenie odgrywa struktura rynku, a więc odniesienie pozycji rynkowej przedsiębiorstwa do pozycji rynkowej jego konkurentów. Im mniejsza liczba konkurentów, tym większe prawdopodobieństwo posiadania pozycji dominującej nawet w przypadku kontrolowania mniejszej części rynku<sup>14</sup>.

## 2.3. Bariery wejścia

Bariery wejścia są to wszystkie czynniki, które wpływają na podjęcie decyzji o wejściu na rynek przez potencjalnych konkurentów przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą. Jeżeli bariery są niewielkie, przedsiębiorstwo kontrolujące znaczną część rynku nie może zachowywać się w antykonkurencyjny sposób. Wyróżnia się liczne typy barier: prawne i administracyjne (zezwożenia i koncesje), prawa własności przemysłowej, nakłady na wejście na rynek (*know-how*, reklama, badania i rozwój), koszty dystrybucji czy wreszcie bariera posiadania rozbudowanej infrastruktury<sup>15</sup>. Im większe bariery wejścia, tym łatwiej przedsiębiorstwu dominującemu zachowywać się w antykonkurencyjny sposób.

## 2.4. Istotna część Wspólnego Rynku

Artykuł 82 TWE zakazuje nadużywania pozycji dominującej tylko na rynku właściwym, który stanowi istotną część Wspólnego Rynku. Istotna część nie jest jednak mierzona według kryteriów geograficznych. Należy uwzględnić wielkość produkcji lub sprzedaży na danym rynku produktowym i porównać ją z wartością sprzedaży na całym Wspólnym Rynku<sup>16</sup>. Udział we wspólnotowym rynku paliw wynoszący zaledwie 4,6% wystarczył do stwierdzenia, że rynek holenderski stanowi istotną część Wspólnego Rynku<sup>17</sup>. Za istotną część Wspólnego Rynku uznaje się terytorium państwa, a nawet jego część (południowo-wschodnia Anglia w sprawie Hugin<sup>18</sup>). Za istotną część Wspólnego Rynku uznano teren

<sup>12</sup> Sprawa C-27/76 United Brands Company v. Komisja [1978] ECR 207, par. 65.

<sup>13</sup> Sprawa 62/86 Akzo Chemie BV v. Komisja [1991] ECR, s. I-3359, par. 60.

<sup>14</sup> D. Miąsik, *Prawo europejskie*, s. 364. <sup>15</sup> D. Miąsik, *Prawo europejskie*, s. 364.

<sup>16</sup> D. Miąsik, *Prawo europejskie*, s. 364.

<sup>17</sup> Sprawa 77/77 Benzie en Petroleum Handelsmaatschappij BV v. Komisja [1978] ECR 1513.

<sup>18</sup> Sprawa 22/78 Hugin [1979] ECR 1869.

portu Holyhead, ponieważ stanowi on jedno z ważniejszych połączeń między Irlandią i Wielką Brytanią<sup>19</sup> – linie promowe pływające z tego portu cieszyły się największą popularnością wśród klientów<sup>20</sup>.

### 3. Nadużywanie pozycji dominującej w prawie wspólnotowym – zagadnienia ogólne

Zakaz nadużywania pozycji dominującej wynika z przepisów Traktatu o Utworzeniu Wspólnoty Europejskiej. Zgodnie z treścią art. 82 TWE niezgodne ze wspólnym rynkiem i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub więcej przedsiębiorstw pozycji dominującej na wspólnym rynku lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi. Nadużywanie takie może polegać w szczególności na:

- a) narzucaniu w sposób bezpośredni lub pośredni niesłusznych cen zakupu lub sprzedaży albo innych niesłusznych warunków transakcji,
- b) ograniczaniu produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów,
- c) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji,
- d) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów.

#### 3.1. Ceny drapieżcze (*predatory pricing*)

Wśród różnych form nadużywania pozycji dominującej najistotniejszą rolę odgrywają praktyki cenowe. Jednym z przykładów takich praktyk są tzw. ceny drapieżcze (*predatory pricing*). Są to ceny ustalone poniżej poziomu kosztów zmiennych (*average variable costs*) lub ceny poniżej poziomu kosztów całkowitych (*average total costs*), jeśli towarzyszy im intencja wypchnięcia konkurenta z rynku (sprawa C-62/86 Akzo Chemie B.V. v. Komisja<sup>21</sup>). Celem stosowania takich cen jest eliminacja konkurencji na rynku. Na antykonkurencyjny cel takiego zachowania wskazują takie okoliczności, jak jego długość, skala, poziom odniesionych strat.

#### 3.2. Ceny dyskryminujące (*selective pricing, margin squeeze*)

Nadużycie pozycji dominującej może polegać również na stosowaniu różnych cen w podobnych transakcjach bez obiektywnego uzasadnienia. Przedsiębiorstwo nie dopuszcza się dyskryminacji cenowej, jeśli wykaże, że różnice w cenach są obiektywnie uzasadnione wielkością zamówień, wysokością podatków, kosztami transportu i dystrybucji, kosztami pracy, intensywnością konkurencji lub preferencjami konsumentów<sup>22</sup>. Przykładem stosowania cen selektywnych jest sprawa Irish Sugar<sup>23</sup>. Niższa cena cukru na rynku brytyjskim zachęcała klientów Irish Sugar z hrabstw znajdujących się w pobliżu Irlandii Północnej do zaopatrywania się w cukier w Wielkiej Brytanii. W odpowiedzi Irish Sugar obniżył cenę cukru, ale tylko dla klientów z północno-zachodniej części kraju. Przedsiębiorstwo nie zdecydowało się na zmianę cen w innych regionach Irlandii, subsydując niskie ceny wysokimi cenami dla innych konsumentów. Sąd Pierwszej Instancji uznał to działanie za niezgodne z prawem wspólnotowym<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Decyzja KE w sprawie Sea Containers v. Stena Sealink Dz. U. WE L 15/8 z 1994 r.

<sup>20</sup> Orzecznictwo cytuję za D. Miąsik, *Prawo europejskie*, s. 363.

<sup>21</sup> Sprawa C-62/86 Akzo Chemie B.V. v. Komisja [1991] ECR, s. I-3359, par. 71 i 72.

<sup>22</sup> D. Miąsik, *Prawo europejskie*, s. 366.<sup>23</sup> Sprawa T-228/97 Irish Sugar plc v. Komisja Europejska [1999] ECR, s. II-2969.

<sup>24</sup> Omówienie za D. Miąsik, *Prawo europejskie*, s. 366.

Zarzut nadużywania pozycji dominującej przez stosowanie cen dyskryminujących był również przedmiotem decyzji Komisji Europejskiej w sprawie 88/518 Napier Brown – British Sugar<sup>25</sup>. Sprawa dotyczyła antykonkurencyjnych zachowań podejmowanych przez spółkę posiadającą pozycję dominującą zarówno na rynku sprzedaży surowca (cukru), jak i na rynku sprzedaży produktu przerobionego pochodzącego z tego surowca (cukru w sprzedaży detalicznej). Spółka dominująca sprzedawała surowiec swoim konkurentom na rynku sprzedaży produktu przerobionego. Pobierała od nich jednak taką cenę za surowiec, która – w stosunku do ceny pobieranej przez tę spółkę za produkt przerobiony pochodzący z tego surowca – nie mogła pokrywać kosztów oferowania produktu przerobionego. Innymi słowy cukier oferowany przez British Sugar w sprzedaży detalicznej był jedynie nieznacznie droższy niż oferowany konkurentom w sprzedaży hurtowej. Różnica w żadnym wypadku nie pokrywała cen oferowania produktu przerobionego, np. opakowania, transportu itd. Komisja w decyzji tej stwierdziła, że utrzymywanie marginesu cenowego (*margin squeeze*) pomiędzy ceną surowca, a ceną, którą pobiera za produkt przerobiony – w tym przypadku utrzymywanie przez British Sugar różnicy pomiędzy hurtową ceną cukru a ceną cukru w sprzedaży detalicznej nieodzwierciedlającą poniesionych przez British Sugar kosztów przepakowania cukru – skutkuje ograniczeniem konkurencji na rynku produktu pochodnego i stanowi nadużycie pozycji dominującej.

#### **4. Posiadanie pozycji dominującej na rynku szerokopasmowego dostępu do internetu w świetle orzecznictwa Komisji Europejskiej**

##### **4.1. Wyznaczenie rynku właściwego**

W prowadzonym przez Komisję postępowaniu dotyczącym nadużywania przez Wanadoo pozycji dominującej w odniesieniu do szerokopasmowego dostępu do internetu we Francji, Komisja wyodrębniła jako osobny rynek szerokopasmowego dostępu do Internetu dla konsumentów (*the market for high-speed Internet access for residential customers*)<sup>26</sup>. Wanadoo Interactive w postępowaniu argumentowało, że rynkiem właściwym jest rynek dostępu do internetu w ogóle<sup>27</sup>. Przeprowadzona przez Komisję analiza wzajemnej substytuowalności „wolnego” i „szybkiego” dostępu do internetu pokazała, że istnieje znaczna grupa odbiorców, która w przypadku wzrostu cen „wolnego” (lub – co wywołuje identyczny efekt – spadku cen „szybkiego”) dostępu do internetu przenosi się do „szybkiego” dostępu. Istnieje również zjawisko przeciwnie. Jednakże proporcje tych zmian są nieporównywalne. Innymi słowy marginalna grupa abonentów przenosi się z „szybkiego” do „wolnego” dostępu, zaś ogromna grupa abonentów przenosi się z „wolnego” do „szybkiego”. Świadczy to o zmianie rynku, nie zaś o substytuowalności jednego produktu przez drugi. Według Komisji dla przyjęcia substytuowalności usług migracje w obie strony powinny być identyczne lub bardzo zbliżone<sup>28</sup>. Analogiczne ustalenia poczyniła Komisja w postępowaniu dotyczącym nadużywania przez Deutsche Telekom pozycji dominującej w odniesieniu do szerokopasmowego dostępu do Internetu<sup>29</sup>. Ponadto Komisja Europejska w sprawie Deutsche Telekom wyodrębniła rynek hurtowego dostępu do lokalnej sieci abonenckiej<sup>30</sup>. W związku z wejściem w życie przepisów prawa tele-

<sup>25</sup> Decyzja KE w sprawie 88/518 Napier Brown – British Sugar; Dz. U. WE L 284 z 1988 r., s. 41; par. 66.

<sup>26</sup> Decyzja Wanadoo, pkt 203.

<sup>27</sup> Decyzja Wanadoo, pkt 173.

<sup>28</sup> Decyzja Wanadoo, pkt 195; analogicznie Decyzja Deutsche Telekom, pkt 77.

<sup>29</sup> Decyzja Deutsche Telekom, pkt 91.

<sup>30</sup> Decyzja Deutsche Telekom, pkt 61.

komunikacyjnego nakładających na *incumbenta*<sup>31</sup> obowiązek udostępnienia sieci, lokalna sieć abonencka jest płatnie udostępniana konkurentom przez *incumbenta*. Na będącym przedmiotem postępowania w omawianej sprawie niemieckim rynku telekomunikacyjnym żaden z konkurentów *incumbenta* nie zdołał stworzyć lokalnej sieci abonenckiej podobnej do tej, jaką dysponuje *incumbent*. Udało im się ustanowić lokalne sieci jedynie na wyodrębnionych geograficznie obszarach, głównie miastach i miasteczkach. Zdaniem Komisji Europejskiej, z punktu widzenia konkurentów poszukujących dostępu do rynku niemieckiego, gęstość sieci Deutsche Telekom wraz z technologicznymi możliwościami, jakie ona oferuje, stwarzają hurtowy dostęp do tej sieci jedyną możliwą z ekonomicznego punktu widzenia formą działania na tym rynku<sup>32</sup>.

Zdaniem Komisji Europejskiej w chwili wydawania decyzji (rok 2003) nie było żadnej ekonomicznie uzasadnionej alternatywy dla lokalnej sieci abonenckiej należącej do Deutsche Telekom, w związku z czym należy uznać, że spółka ta posiada 100% udział w rynku hurtowego dostępu do usług szerokopasmowego i wąskopasmowego dostępu do internetu<sup>33</sup>. Komisja dokonała analizy wszelkich alternatywnych w stosunku do dostępu do lokalnej sieci abonenckiej form dostępu do abonenta (usługi świadczone przez telewizję kablowe, dostęp światłowodowy z wykorzystaniem Ethernetu wymagający położenia sieci światłowodowej, stacjonarny dostęp radiowy, dwukierunkowy dostęp satelitarny lub dostęp z wykorzystaniem sieci energetycznej), ale ostatecznie doszła do wniosku, że alternatywne formy dostępu nie stanowią obecnie realnej i uzasadnionej ekonomicznie alternatywy dla leżących już w ziemi kabli miedzianych<sup>34</sup>.

W cytowanych wyżej postępowaniach przeciwko Deutsche Telekom i Wanadoo Interactive Komisja ustaliła, że operatorzy usług internetowych działają na rynkach narodowych – w odniesieniu do rynków narodowych ustalają prognozy i cele rozwoju. Ceny ustalane są w odniesieniu do rynków narodowych. Operatorzy usług internetowych adresują swoją ofertę do ludności zamieszkałej na terytorium poszczególnych państw członkowskich i podlegają regulacji prawa wewnętrznego. W związku z powyższym Komisja stwierdziła, że właściwym rynkiem geograficznym jest odpowiednio rynek niemiecki i francuski<sup>35</sup>.

## 4.2. Udział w rynku i struktura rynku

W cytowanych wyżej postępowaniach przeciwko Deutsche Telekom i Wanadoo Interactive Komisja ustaliła, że udział Deutsche Telekom w rynku szerokopasmowego dostępu do internetu dla konsumentów wynosił 90%, nawet przy uwzględnieniu usług dostarczanych technologią inną niż ADSL<sup>36</sup>.

Komisja ustaliła, że udział Wanadoo Interactive w rynku usług szerokopasmowego dostępu do internetu dla konsumentów we Francji w latach 2001-2002 wynosił pomiędzy 70 a 80%. Jeśli zaś ograniczy się obszar zainteresowania tylko do usług szerokopasmowego dostępu do internetu oferowanych w technologii ADSL, to udział Wanadoo Interactive wynosił na koniec 2001 roku pomiędzy 90 a 100%, później spadł do wielkości pomiędzy 80 a 90%<sup>37</sup>. Jeśli przyjąć jedynie dostęp ADSL, to Wanadoo Interactive miało w pierwszym okresie 90-100% ryn-

<sup>31</sup> W tekście posługuję się terminem *incumbent*. Termin pochodzi z języka angielskiego i w tym kontekście oznacza 'operatora zasiedziałego', czyli pierwotnego – najczęściej narodowego – operatora na danym rynku telekomunikacyjnym (np. Telekomunikacja Polska w Polsce, Deutsche Telekom w Niemczech czy France Télécom we Francji).

<sup>32</sup> Decyzja Deutsche Telekom, pkt 65.

<sup>33</sup> Decyzja Deutsche Telekom, pkt 97.

<sup>34</sup> Decyzja Deutsche Telekom, pkt 90.

<sup>35</sup> Decyzja Deutsche Telekom, pkt 92; Decyzja Wanadoo, pkt 206.

<sup>36</sup> Decyzja Deutsche Telekom, pkt 100.

<sup>37</sup> Decyzja Wanadoo, pkt 374.

ku, a później 80-90%<sup>38</sup>. Umocnienie absolutnej dominacji Wanadoo Interactive odbywało się przy postępującej fragmentyzacji konkurencji. O ile w 2001 roku największy konkurent miał 15% udziału w rynku, o tyle po sierpniu 2002 roku żaden z konkurentów nie miał więcej niż 10% udziałów w rynku. Poza największym konkurentem, którego udział wynosił 8%, reszta operatorów ADSL miała udziały nieprzekraczające 2,5%.

Jak wspomniano wyżej, udział Deutsche Telekom w wyodrębnionym rynku hurtowego dostępu do lokalnej sieci abonenckiej (a co za tym idzie hurtowego dostępu do usług szerokopasmowego i wąskopasmowego dostępu do internetu) wynosił 100%.

### 4.3. Bariery wejścia

Wśród barier wejścia na rynek szerokopasmowego dostępu do internetu, na które zwróciła uwagę Komisja, najistotniejszą rolę odgrywają: synergia płynąca z pionowej integracji, czynniki zniechęcające abonentów do zmiany operatora, koszty związane z marketingiem usługi oraz koszty dostępu do abonenta przy wykorzystaniu infrastruktury alternatywnej.

*Synergia płynąca z pionowej integracji.* Okolicznością o szczególnym znaczeniu, na którą zwróciła uwagę Komisja w sprawie Wanadoo Interactive, było powiązanie tej spółki z France Télécom. Zdaniem Komisji przynależność spółki Wanadoo Interactive do grupy France Télécom daje jej techniczną i handlową przewagę oraz potencjalne zaplecze finansowe, które odgrywają kluczową rolę w zdobywaniu rozwijającego się rynku nowej usługi<sup>39</sup>.

W swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że skutki wertykalnej integracji przedsiębiorstwa mogą być uznane za wskaźnik pozycji dominującej<sup>40</sup>.

Jeśli chodzi o wsparcie techniczne: Wanadoo Interactive ma dostęp do wszystkich technologii stosowanych przez France Télécom, w szczególności dostęp do najnowszych rezultatów badań i procesów modernizacyjnych prowadzonych przez France Télécom. W swojej decyzji Komisja wskazała jak ogromne znaczenie miało to w pierwszym okresie wprowadzania usługi na rynek. W ocenie Komisji wsparcie techniczne ze strony France Télécom dla spółki Wanadoo Interactive stanowiło strategiczną barierę wejścia na rynek i wskaźnik pozycji dominującej<sup>41</sup>.

Jeśli chodzi o przewagę handlową, to przejawiała się ona w możliwości korzystania z ogromnej sieci dystrybucyjnej France Télécom rozsianej w całej Francji. Obecność nazwy Wanadoo w tej sieci oraz wyłączność, jaką firma ta cieszyła się w zakresie oferowania usług ADSL dało Wanadoo znaczącą przewagę w stosunku do konkurencji. Ponadto Wanadoo korzystała z *know-how*, jaki posiadała France Télécom w zakresie marketingu usług telekomunikacyjnych we Francji, zarówno w odniesieniu do konsumentów, jak i klientów biznesowych. Wreszcie, kampanie reklamowe France Télécom poświęcone szerokopasmowemu dostępowi do internetu pośrednio stanowiły kampanie reklamowe Wanadoo, który był operatorem w zakresie dostępu. W sprawie *Nederlandsche Banden Industrie Michelin* Trybunał Sprawiedliwości uznał dysponowanie przez spółkę lub grupę spółek sieciami dystrybucyjnymi dającymi bezpośredni dostęp do konsumentów za wskaźnik pozycji dominującej<sup>42</sup>. Zdaniem Komisji jest to szczególnie istotne w fazie szybkiego wzrostu rynku. Koszt i czas rozbudowania własnej sieci dystrybucyjnej lub agencyjnej stanowi przeszkodę do wejścia na rynek.

<sup>38</sup> Decyzja Wanadoo, pkt 214.

<sup>39</sup> Decyzja Wanadoo, pkt 224. Analogiczna sytuacja miała miejsce w sprawie Deutsche Telekom. W tym ostatnim przypadku nie doszło jednak nawet do formalnego utworzenia odrębnego podmiotu prawnego świadczącego usługę dostępu do internetu. Podobnie jest w Polsce, gdzie usługa *neotrada tp* oferowana jest jako jedna z usług świadczonych przez Telekomunikację Polską S.A.

<sup>40</sup> Sprawa C-27/76 *United Brands Company v. Komisja* [1978] ECR 207, par. 70 i 71.

<sup>41</sup> Decyzja Wanadoo, pkt 237.

<sup>42</sup> Sprawa 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Komisja* [1983] ECR, s. 3461, par. 55, 56 i 58.

Jeśli chodzi o przewagę płynącą z potencjalnego zaplecza finansowego, to Komisja wskazała choćby takie zdarzenia jak rozciąganie kredytu kupieckiego przez France Télécom dla Wanadoo, przy niezwykle rygorystycznym ściąganiu należności od konkurentów.

Posumowując Komisja uznała, że posiadanie przez Wanadoo znacznych udziałów w rynku oraz inne, omówione wyżej, elementy w tym przede wszystkim skutki synergii z France Télécom wskazują na posiadanie przez Wanadoo pozycji dominującej na francuskim rynku usług szerokopasmowego dostępu do internetu dla konsumentów<sup>43</sup>.

*Czynniki zniechęcające abonentów do zmiany operatora.* Jedną z najważniejszych barier wejścia na rynek nowych operatorów usług szerokopasmowego dostępu do internetu jest suma czynników zniechęcających dotychczasowych abonentów do zmiany operatora.

Po pierwsze, istotną rolę odgrywa fakt, iż umowy z operatorem zawierane są najczęściej na z góry określony czas (np. 12 lub 24-miesiące), zaś ich rozwiązanie przed terminem pociąga za sobą kary finansowe. Równocześnie zawieranie umów na czas nieokreślony, możliwych do rozwiązania w każdym przypadku jest nieopłacalne ze względu na znacznie wyższą opłatę w stosunku do opłaty za czas z góry określony.

Po drugie, przyjmując, że pierwsza przeszkoda została pokonana i abonent uwolnił się ze swojego zobowiązania – możliwe są dwie sytuacje. W pierwszym przypadku abonent przenosi się od operatora usług szerokopasmowego dostępu do internetu w technologii ADSL do operatora kablowego: wówczas musi ponieść koszt zmiany modemu. W drugim przypadku, gdy abonent zmienia jedynie operatora usług szerokopasmowego dostępu do internetu w ramach technologii ADSL: jeśli przenosi się do niezależnego operatora dysponującego własną infrastrukturą, ponosi ryzyko kilkudniowej przerwy w dostawie usług; jeśli zaś przenosi się do operatora oferującego dostęp nabywany hurtowo do incumbenta, wówczas ponosi dodatkową opłatę za przyłączenie<sup>44</sup>.

*Koszty związane z marketingiem usług.* Kolejną barierą wejścia na rynek nowych operatorów usług szerokopasmowego dostępu do internetu są koszty usług związanych z marketingiem, jakie musi ponieść podmiot wchodzący na rynek w celu zdobycia liczącej się jego części. Wczesne wejście na tworzący się rynek daje podmiotowi wchodzącemu ogromną przewagę nad przyszłymi konkurentami przez to, że powoduje utrwalenie obecności marki w oczach konsumentów. Należy również podkreślić, że już sama wcześniejsza obecność podmiotu na rynku dostępu do internetu w ogóle (wąskopasmowego) stwarza dla niego ogromną przewagę marketingową polegającą na rozpoznawalności marki. Wchodzący później konkurenci zmuszeni są do dokonania inwestycji nie tylko w technologię umożliwiającą świadczenie omawianych usług, ale również do poniesienia ogromnych nakładów marketingowych w celu wypromowania swojej oferty. W przeciwnym razie wchodzącym później konkurentom pozostaje jedynie oferta skierowana do odbiorców niszowych. Ta przewaga incumbenta polegająca na wysokiej rozpoznawalności marki i wypływająca z tego konieczność poniesienia przez wchodzących konkurentów ogromnych kosztów na promocję stanowi znaczącą barierę dla wejścia<sup>45</sup>.

*Koszty dostępu do abonenta przy wykorzystaniu infrastruktury alternatywnej w stosunku do tej, którą dysponuje incumbent.* Następną barierą wejścia na rynek nowych operatorów usług szerokopasmowego dostępu do internetu są koszty dostępu do abonenta przy wykorzystaniu infrastruktury alternatywnej w stosunku do tej, którą dysponuje incumbent. Alternatywą dla wykorzystywania infrastruktury incumbenta jest zbudowanie własnej sieci telekomunikacyj-

<sup>43</sup> Decyzja Wanadoo, pkt 223-246.

<sup>44</sup> Decyzja Wanadoo, pkt 340-345.

<sup>45</sup> Ibidem, pkt 346-358.

nej. Wymaga to położenia kilkudziesięciu tysięcy kilometrów kabli, co samo stanowi koszt kilkuset milionów złotych. Uzyskanie dostępu do ostatecznego odbiorcy uwarunkowane jest jednak możliwością korzystania z lokalnej sieci abonenckiej, co związane jest z wysokimi kosztami stałymi. Koszt i czas potrzebny do stworzenia sieci ADSL porównywalnej do posiadanej przez incumbentą sprawiają, że skorzystanie z takiej możliwości jest dla wchodzącego na rynek konkurenta ekonomicznie nieopłacalne – co stanowi znaczącą barierę wejścia<sup>46</sup>.

## **5. Nadużywanie pozycji dominującej na rynku szerokopasmowego dostępu do internetu w świetle orzecznictwa Komisji Europejskiej**

### **5.1. Ceny drapieżcze (*predatory pricing*)**

We wspomnianym wyżej postępowaniu dotyczącym nadużywania przez Wanadoo pozycji dominującej w odniesieniu do szerokopasmowego dostępu do Internetu we Francji, Komisja zarzuciła tej spółce nadużycie pozycji dominującej właśnie przez narzucanie drapieżczych cen. Zdaniem Komisji, ceny pobierane przez Wanadoo w okresie marzec 2001-sierpień 2001 były poniżej kosztów zmiennych (*variable costs*), zaś w następnych okresach były na poziomie kosztów zmiennych ale poniżej kosztów całkowitych (*total costs*). Wanadoo poniosło w tych okresach znaczące straty, lecz udział spółki w rynku wzrósł z 46% do 72%. Należy zwrócić uwagę, że w tym okresie sam rynek wzrósł pięciokrotnie (z 200 tys. do ponad 1 mln abonentów)! W ocenie Komisji nadużycie miało na celu przejęcie lwiej części dynamicznie rosnącego rynku kosztem konkurentów. Pomimo, że od października 2002 r. Wanadoo zaprzestało tych praktyk, Komisja postanowiła kontynuować postępowanie i wydać decyzję, że względu na szczególną szkodliwość zachowania Wanadoo (przejęcie strategicznych rynków, jakimi są rynki szerokopasmowego dostępu do internetu) i po to, by takie działania nie powtarzały się w przyszłości.

W postępowaniu tym kluczową rolę odegrała analiza kosztów świadczenia usługi szerokopasmowego dostępu do internetu. Dzięki temu, że Wanadoo stanowiła osobny od France Télécom podmiot prawny, urzędnicy Komisji mogli bezpośrednio wykazywać stosunek przychodów tej firmy do kosztów jej działalności. Dzięki temu łatwiej było udowodnić, że ceny pobierane przez Wanadoo były poniżej kosztów zmiennych lub w późniejszym okresie całkowitych. Ze sprawozdań finansowych spółki jasno wynikało bowiem, że Wanadoo poniosło w tych okresach znaczące straty.

Ponadto, niezwykle istotne znaczenie dla tego postępowania miało odnalezienie podczas przeszukania siedziby Wanadoo dokumentów (m.in. protokołów posiedzeń zarządu), z których jasno wynikało, że wysocy przedstawiciele spółki mają wyraźny cel w postaci przejęcia rynku szerokopasmowego dostępu do internetu oraz świadomość niezgodności z prawem przyjętych metod działania<sup>47</sup>.

### **5.2. Ceny dyskryminujące (*selective pricing*)**

Jak wspomniano wyżej, nadużycie pozycji dominującej może polegać również na stosowaniu różnych cen w podobnych transakcjach bez obiektywnego uzasadnienia. W postępowaniu dotyczącym nadużywania przez Deutsche Telekom pozycji dominującej, Komisja uznała, że Deutsche Telekom pobierał od wchodzących na rynek konkurentów wyższe ceny za hurtowy dostęp do lokalnej pętli abonenckiej, niż od abonentów Deutsche Telekom za połączenia detaliczne, w tym usługę szerokopasmowego dostępu do internetu. Komisja uznała,

<sup>46</sup> Decyzja Deutsche Telekom, pkt 101.

<sup>47</sup> Decyzja Wanadoo, pkt 110-144.

że Deutsche Telekom subsydiował swoją działalność detaliczną z przychodów z hurtowej sprzedaży dostępu<sup>48</sup>.

Deutsche Telekom bronił się przed zarzutem stosowania cen dyskryminujących twierdząc, że – ze względu na podział kompetencji pomiędzy Komisją Europejską a niemieckim regulatorem rynku telekomunikacyjnego – Komisja Europejska nie ma kompetencji do tego, by prowadzić postępowanie dotyczące stawek, które były przedmiotem opartej na przepisach prawa decyzji regulatora krajowego. W ocenie Deutsche Telekom wszystkie stawki będące przedmiotem postępowania Komisji zostały nałożone na tę spółkę przez regulatora krajowego, nie pozostawiając jej sfery swobodnych decyzji handlowych, które mogłyby być przedmiotem postępowania antymonopolowego. Jeśli więc Komisja dostrzega naruszenie prawa wspólnotowego, powinna wobec tego wszcząć postępowanie przeciwko państwu członkowskiemu w trybie skargi na niewywiązywanie się państwa członkowskiego z zobowiązań traktatowych na podstawie art. 226 Traktatu<sup>49</sup>.

Komisja Europejska odrzuciła ten zarzut wskazując, że w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz Sądu Pierwszej Instancji wspólnotowe reguły konkurencji znajdują zastosowanie we wszystkich przypadkach, gdy regulacja sektorowa nie pozbawia przedsiębiorstw działających w regulowanym sektorze podejmowania autonomicznych działań zmierzających do zapobieżenia, ograniczenia lub wyłączenia konkurencji<sup>50</sup>. Ponadto Komisja Europejska przypominała, że zgodnie z zasadami zawartymi w Notatce Komisji dotyczącej zastosowania reguł konkurencji do umów dostępowych w sektorze telekomunikacyjnym: „w sektorze telekomunikacyjnym dyrektywy Open Network Provision (ONP) mają na celu ustanowienie reżimu regulacyjnego dla umów dostępowych. Biorąc pod uwagę szczegółowy charakter reguł ONP i fakt, że mogą one iść dalej w regulacji niż art. 82 Traktatu, przedsiębiorstwa działające w sektorze telekomunikacyjnym muszą mieć świadomość, że przestrzeganie wspólnotowych reguł konkurencji nie uwalnia ich od obowiązku przestrzegania regulacji nałożonej przez dyrektywę ONP i *vice versa*. Artykuły 81 i 82 Traktatu stosuje się bez żadnych ograniczeń do umów lub praktyk, które były przedmiotem zatwierdzenia lub zezwolenia przez krajowy organ regulacyjny”<sup>51</sup>. We wspomnianym postępowaniu Komisja przeprowadziła dowód, że Deutsche Telekom miał na tyle daleko idącą swobodę ustalania stawek za dostęp hurtowy i detaliczny, że mógł uniknąć zarzutu stosowania cen dyskryminujących<sup>52</sup>.

W sprawie Deutsche Telekom, ze względu na jedność podmiotową *incumbenta* i świadczącego usługę dostępu do internetu, urzędnicy Komisji nie mieli możliwości dokonania wszechstronnej analizy kosztów działania spółki zależnej analogicznych do tych, jakie mieli w sprawie Wanadoo. W związku z tym postępowanie to musiało oprzeć się na powszechnie dostępnych danych dotyczących cen świadczonych usług. W tym zakresie Komisja odwołała się do przytaczanej wyżej sprawy Napier Brown – British Sugar. W tym kontekście za kluczową dla stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej poprzez pobieranie cen dyskryminujących Komisja przyjęła relację pomiędzy ceną hurtową a ceną detaliczną w kontekście kosztów ofero-

<sup>48</sup> Decyzja Deutsche Telekom, pkt 179.

<sup>49</sup> Ibidem, pkt 53.

<sup>50</sup> Ibidem, pkt 54. Komisja na uzasadnienie swojego stanowiska cytowała m.in. połączone sprawy C-359/95 i C-379/95 *P Commission and France v Ladbroke Racing* [1997] ECR, s. I-6225, par. 34; sprawa T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR, s. II-296, par. 130; sprawa T-513/93 *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali* [2000] ECR, s. II-1807, par. 59 i nast.

<sup>51</sup> Zob. Notatka Komisji dotycząca zastosowania reguł konkurencji do umów dostępowych w sektorze telekomunikacyjnym Dz. U. WE C 265 z 1998 r., s. 2; par. 22.

<sup>52</sup> Decyzja Deutsche Telekom, pkt 163 i nast.

wania usługi detalicznej. Urzędnicy Komisji musieli w postępowaniu odpowiedzieć na pytanie, czy w rezultacie analizy tej relacji ujawnia się dyskryminacja cenowa odbiorców hurtowych bądź detalicznych poprzez utrzymywanie niedozwolonego marginesu cenowego (*marginal squeeze*). Nadużycie pozycji dominującej wygląda następująco: *incumbent* pobiera od swoich konkurentów na poziomie detalicznym wysokie ceny za hurtowy dostęp do swojej sieci pozwalający na udzielanie dostępu do internetu na poziomie detalicznym. Cena jest pobierana na podstawie taryfy zatwierdzonej przez krajowego regulatora. W sprzedaży detalicznej zaś *incumbent* lub jego podmiot zależny pobiera niskie ceny za detaliczny dostęp do internetu od konsumentów. Jeśli cena hurtowa jest wyższa lub równa cenie detalicznej, to mamy niewątpliwie do czynienia z dyskryminacją cenową odbiorców hurtowych. Jeśli zaś cena hurtowa jest mniejsza niż cena detaliczna, to trzeba zbadać koszty oferowania usługi detalicznej<sup>53</sup>. Jeśli suma ceny hurtowej i kosztów oferowania usługi detalicznej jest wyższa niż cena detaliczna, to również mamy do czynienia z dyskryminacją cenową odbiorców hurtowych. W ten sposób przez pobieranie zbyt wysokich cen za hurtowy dostęp do swojej sieci *incumbent* finansuje pobieranie niskich cen za detaliczny dostęp do internetu, a przez pobieranie niskich cen za detaliczny dostęp do internetu wypycha z rynku konkurencję niemającą takich możliwości. W razie wątpliwości zaś *incumbent* obciąża krajowego regulatora (choć ten nie ustala taryfy tylko ją zatwierdza, a *incumbent* ma sporo przestrzeni swobodnego manewru w ustalaniu taryfy)<sup>54</sup>.

Należy przy tym jednak pamiętać, że hurtowy dostęp do sieci telekomunikacyjnej (*wholesale access*) pozwala na świadczenie różnych usług telekomunikacyjnych – od telefonii głosowej do szerokopasmowego dostępu do internetu przy pomocy technologii ADSL. Ceny detaliczne tych usług „finalnych” bardzo się różnią. Komisja w sprawie Deutsche Telekom przyjęła uśrednioną wartość wszystkich usług detalicznych. Ale zdaniem Komisji, nawet gdyby brać pod uwagę w detalu tylko usługę najbardziej wartościową – czyli ADSL, to i tak w przedstawionym stanie faktycznym miałoby miejsce utrzymywanie niedozwolonego marginesu cenowego. Jednak, jak należało się spodziewać, główną linią obrony Deutsche Telekom jest zarzut błędnych wyliczeń ze strony Komisji.

### 5.3. Wpływ na handel między państwami członkowskimi

Ostatnią kwestią, jaka pozostała Komisji do wykazania było wskazanie, że zarzucane nadużycia mają istotny wpływ na handel między państwami członkowskimi. Zdaniem Komisji ograniczenie konkurencji na rynku państwa członkowskiego utrudnia lub wręcz czyni niemożliwym wejście na ten rynek przez konkurentów z innych państw członkowskich bez ponoszenia ogromnych strat. Ponadto, ograniczenie konkurencji na rynku szerokopasmowego dostępu do internetu skutkuje również ograniczeniem konkurencji na rynkach pokrewnych, związanych z reklamą w internecie i handlem elektronicznym. Takie ograniczenie ma wpływ na handel między państwami członkowskimi<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Przykład wyliczenia kosztów oferowania usługi detalicznej zob. Decyzja Deutsche Telekom, punkt 155-159. Komisja wskazała tam, że w celu oferowania usługi szerokopasmowego dostępu do internetu niezbędne są dodatkowe urządzenia techniczne na obu końcach kabla miedzianego (np. modem u użytkownika końcowego), szereg specyficznych urządzeń służących do koordynacji sieci u operatora (angielskie terminy: *digital subscriber line access multiplexer* oraz *broadband access server*). Ponadto należy uwzględnić koszty zdobycia i obsługi klienta takie jak koszty marketingu, obsługi klienta i fakturowania.

<sup>54</sup> Decyzja Deutsche Telekom, pkt 53 i 54 oraz 104 i nast. i 163 i nast. Zob. też: Decyzja Wanadoo, pkt 286 i nast., 302.

<sup>55</sup> Decyzja Wanadoo, punkt 392, cytująca np. sprawę C-35/99 Arduino [2002] ECR I-1529, par. 33; zob. też: Decyzja Deutsche Telekom, pkt 184 i 185.

## 6. Podsumowanie

Przedstawione wyżej decyzje Komisji Europejskiej w sprawie nadużywania pozycji dominującej na rynku szerokopasmowego dostępu do internetu stanowią jedynie fragment działań Komisji mających na celu liberalizację rynków telekomunikacyjnych<sup>56</sup>. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że rynek ten wyróżnia się jednak na tle innych działań Komisji w odniesieniu do sektora telekomunikacyjnego. Otóż tradycyjnie w telekomunikacji mamy do czynienia z zastanym monopolem narodowych operatorów, który jest niejako „kruszony” przez kolejne działania regulacyjne. Tymczasem szerokopasmowy dostęp do internetu jest rynkiem całkowicie nowym, który pojawił się w czasie, gdy działania regulacyjne przeciw zastanym monopolistom były już niezwykle rozwinięte. Zarazem to właśnie na tym nowym rynku *incumbenci* odbudowują monopolistyczną pozycję, która została już zachwiana na innych rynkach telekomunikacyjnych przede wszystkim telefonii stacjonarnej. Dane w tym zakresie są jednoznaczne: na ogólnie dobre wyniki finansowe *incumbentów* w ostatnich kilku kwartałach składają się dwa trendy: spadek dochodów z telefonii stacjonarnej i znaczny wzrost dochodów z usług szerokopasmowego dostępu do internetu i telefonii komórkowej<sup>57</sup>.

Wydaje się, że najpoważniejszym problemem, przed jakim stanie Sąd Pierwszej Instancji dokonując oceny prawidłowości decyzji Komisji, będą kwestie rachunkowości. Kluczowe dla ustalenia, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej poprzez stosowanie zakazanych praktyk cenowych, jest wyliczenie kosztów świadczenia poszczególnych usług przez odpowiednio Wanadoo czy Deutsche Telekom. Jednocześnie to właśnie zagadnienia rachunkowości są piętą achillesową wspólnotowej regulacji telekomunikacyjnej<sup>58</sup>. Ujmując ten problem jak najprościej: w większości państw europejskich *incumbenci* telekomunikacyjni mają ogromną swobodę dokonywania kwalifikacji poszczególnych elementów swoich działań z punktu widzenia zasad rachunkowości, tak że praktycznie żaden organ zewnętrzny (krajowy regulator rynku telekomunikacyjnego, krajowy lub wspólnotowy organ antymonopolowy) nie jest w stanie zakwestionować dokonanych przez nich wyliczeń<sup>59</sup>. Ta swoboda zaś prowadzi do możliwości jednostronnego narzucania uciążliwych warunków transakcji innym podmiotom, w szczególności konkurującym z *incumbentem* alternatywnym operatorom telekomunikacyjnym<sup>60</sup>. Jednocześnie działania te są zgodne z prawem, w związku z czym niemożliwe jest postawienie *incumbentowi* konkretnego zarzutu. A dla dominującego operatora stwarza to znaczące pole do obrony własnych decyzji rynkowych.

Kończąc należy podkreślić, że w związku z wydaniem przez Komisję niekorzystnych decyzji zarówno Deutsche Telekom, jak i Wanadoo Interactive odwołały się do Sądu Pierwszej In-

<sup>56</sup> Kompleksowy przegląd tych działań zob. L. Garzaniti, F. Liberatore, *Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector. Part 1*, European Competition Law Review 2004, issue 3, s. 169-176; L. Garzaniti, F. Liberatore, *Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector. Part 2*, European Competition Law Review 2004, issue 4, s. 234-241.

<sup>57</sup> Przykładowo przychody Telekomunikacji Polskiej S.A. z usług ADSL wyniosły w pierwszym półroczu 2005 r. 450 mln zł, czyli dwa razy więcej niż w roku ubiegłym. Zob. Ł. Dec, *Internet i komórki bronią wyników*, w: *Rzeczpospolita* z 28.07.2005 r., s. C3.

<sup>58</sup> Zob. A. Tarrant, *Accounting Separation: The Hole in the Heart of the EU Telecommunications Regime*, w: *European Competition Law Review* 2003, issue 7, s. 273-279.

<sup>59</sup> Komisja Europejska wszczęła w trybie art. 226 TWE postępowania przeciwko ośmiu państwom członkowskim, zarzucając im brak skutecznej implementacji unijnych dyrektyw telekomunikacyjnych w zakresie rachunkowości. Zob. A. Tarrant, *Accounting...*, s. 275.

<sup>60</sup> „In the absence of separate accounts, it is extremely difficult to determine what should be the correct cost of a wholesale item. This makes enforcing competition law in telecommunications more difficult. Dominant operators tend to plead that they cannot supply figures on their costs to the authorities because they do not exist”. Zob. A. Tarrant, *Accounting...*, s. 277.

stancji<sup>61</sup> (sprawa T-271/03 Deutsche Telekom v. Commission; sprawa T-340/03 Wanadoo Interactive v. Commission). Wanadoo w odwołaniu od decyzji zakwestionowała m.in. dokonanie przez KE oznaczenia rynku oraz – o czym wspomniałem wyżej – dokonane przez Komisję wyliczenia kosztów. Podobne zarzuty podniosło Deutsche Telekom. W żadnej z dwóch spraw nie zapadł jeszcze wyrok SPI. Społeczność internetowa i rynki telekomunikacyjne oczekują orzeczeń z ogromnym zainteresowaniem.

---

<sup>61</sup> Jeśli chodzi o Wanadoo zob. informacja w Dz. U. WE C 289/34 z 29.11.2003 r.; jeśli chodzi o Deutsche Telekom zob. informacja w Dz. U. WE C 264/29 z 1.11. 2003 r.

Grzegorz Materna

## **Pojęcie „przedsiębiorca” a relacje między wspólnotowym i krajowym prawem ochrony konkurencji<sup>1</sup>**

### **I. Wprowadzenie**

Od 1 maja 2004 r. na terenie Polski obowiązują bezpośrednio dwa systemy prawa konkurencji: krajowy<sup>2</sup> i wspólnotowy<sup>3</sup>. Na tym tle mogą w praktyce powstawać wątpliwości co do niezbędnego zakresu uwzględniania przy wykładni przepisów krajowych orzecznictwa Komisji Europejskiej (Komisja) i Trybunału Sprawiedliwości (TS). W niniejszym referacie podejmuję się analizy tej problematyki na przykładzie wykładni pojęcia „przedsiębiorca”<sup>4</sup>. Ponieważ funkcją prawa konkurencji jest wyznaczanie osobom prowadzącym działalność gospodarczą publicznoprawnych ram swobody aktywności rynkowej, pojęcie to ma podstawowe znaczenie dla stosowania prawa konkurencji. Określa bowiem podmiotowy zakres jego zastosowania.

### **II. Pojęcie „przedsiębiorca” w prawie polskim i wspólnotowym**

Wybór terminu „przedsiębiorca” jako pretekstu dla omówienia relacji między wspólnotowym i krajowym prawem konkurencji jest nieprzypadkowy. W polskiej praktyce pojęcie to jest wprowadzone na ogół interpretowane zgodnie ze znaczeniem nadanym mu w orzecznictwie TS. Na tle jego wykładni może jednak dochodzić do rozbieżności między prawem polskim i wspólnotowym, choćby ze względu na odmienną technikę unormowania pojęcia „przedsiębiorca” w art. 81 i 82 TWE i w ustawie antymonopolowej. W prawie wspólnotowym pojęcie to, ukształtowane w drodze rozszerzającej wykładni funkcjonalnej art. 81 i 82 TWE, obejmuje każdą autonomiczną jednostkę organizacyjną prowadzącą samodzielnie działalność gospodarczą, nieskierowaną na zaspokajanie swoich codziennych potrzeb, bez względu na formę prawną i sposób finansowania<sup>5</sup>. Ta pojemna definicja jest podatna na twórczą interpretację sądową. Natomiast w art. 4 pkt 1 polskiej ustawy antymonopolowej przyjęto formalistycz-

<sup>1</sup> Niniejszy referat stanowi rozwinięcie tez zawartych w artykule pt.: *Publiczne instytucje ubezpieczenia zdrowotnego w świetle prawa antymonopolowego*, w: *Państwo i Prawo*, nr 6/2005, s. 65-80.

<sup>2</sup> Ustawa z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080) (ustawa antymonopolowa).

<sup>3</sup> Podstawowe znaczenie we wspólnotowym prawie konkurencji mają art. 81-86 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE).

<sup>4</sup> Wspólnotowe prawo konkurencji posługuje się terminem „przedsiębiorstwo” (*undertaking*). Natomiast w polskim przyjęto termin „przedsiębiorca”. Ponieważ oba te pojęcia należy rozumieć tożsamo, w niniejszym referacie posługiwać się będę wyłącznie terminem „przedsiębiorca” w odniesieniu zarówno do prawa polskiego, jak i wspólnotowego.

<sup>5</sup> R. Whish, *Competition Law, Fifth Edition*, Butterworths 2003, s. 80-92, wyrok TS z 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 Höfner i Elser przeciwko Macrotron.

ną definicję odwołującą się do ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>6</sup>, wbrew temu, że w każdej z tych ustaw definicja przedsiębiorcy spełnia odmienne funkcje: ustawa o swobodzie działalności gospodarczej<sup>7</sup> nakłada na osoby prowadzące działalność gospodarczą m.in. określone obowiązki ewidencyjne. Istotne jest więc, by ściśle określała krąg osób im podlegających. Prawo antymonopolowe z kolei zostało powołane dla oceny działalności faktycznych uczestników rynku, w celu kształtowania warunków równomiernego rozwoju konkurencji we wszystkich sektorach gospodarki<sup>8</sup>. Wymaga zatem, w mojej opinii, funkcjonalnego interpretowania pojęcia „przedsiębiorca”.

W efekcie, w literaturze przedmiotu pojawiały się wątpliwości co do zasadności poddania ocenie w świetle prawa konkurencji działań podejmowanych przez organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi, działające w formie niezarobkowych stowarzyszeń<sup>9</sup>. Zachowanie tego rodzaju organizacji organy wspólnotowe poddawały jednak wielokrotnie ocenie w świetle art. 81 i 82 TWE<sup>10</sup>. Również w krajowym orzecznictwie uznano ostatecznie, że organizacje zbiorowego zarządzania należy traktować jak przedsiębiorców<sup>11</sup>.

Pojawiła się także rozbieżność co do kwalifikacji jako przedsiębiorców publicznych instytucji organizujących powszechny system opieki zdrowotnej. Krajowe organy ochrony konkurencji nie miały wątpliwości co do prawidłowości traktowania jak przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy antymonopolowej Kas Chorych<sup>12</sup> oraz Narodowego Funduszu Zdrowia<sup>13</sup>, który obecnie organizuje powszechny system opieki zdrowotnej. Natomiast w świetle wyroków TS instytucje takie mogą być uznane za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 81 i 82 TWE pod warunkiem, że uczestnictwo w nich nie jest obowiązkowe, nie wykonują wyłącznie funkcji społecznych, dysponują uprawnieniem do samodzielnego ustalania warunków i zakresu świadczeń udzielanych beneficjentom oraz umów zawieranych z kontrahentami, a ich działalność (w szczególności zasady udzielania świadczeń) jedynie w ograniczonym zakresie oparta jest o zasadę solidarności społecznej<sup>14</sup>. Takich cech nie posiada NFZ, w związku z czym wydaje się, że jego działania nie mogłyby zostać poddane ocenie w aspekcie zgodności z art. 81 i 82 TWE<sup>15</sup>.

<sup>6</sup> W świetle art. 4 pkt 1 ustawy antymonopolowej, na potrzeby zastosowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję, przez przedsiębiorcę należy rozumieć przedsiębiorców w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także (a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej, (b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu.

<sup>7</sup> Ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2004 r., Nr 173, poz. 1807).

<sup>8</sup> G. Materna, *Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i ich członkowie w świetle definicji przedsiębiorcy z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, w: *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, nr 4/2004, s. 30.

<sup>9</sup> M. Szaciński, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym a prawo autorskie*, w: *Przegląd Sądowy*, Nr 9/1996, M. Szaciński, *Swoboda umów w prawie autorskim majątkowym*, w: *Palestra*, Nr 5-6/1999.

<sup>10</sup> Wyrok TS z 27 marca 1974 r. w sprawie C-127/73 BRT przeciwko SABAM i FONIOR, decyzja Komisji z 8 października 2002 r. w sprawie COMP/C2/38.014 IFPI „Simulcasting”, Dz. U. UE L 107 z 30.04.2003 r., s. 58.

<sup>11</sup> Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) z 13 listopada 2003 r.; XVII Ama 128/02.

<sup>12</sup> Kasy Chorych, działające na podstawie ustawy z 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz. U. z 1997 r., Nr 28, poz. 153 ze zm.), uznano za przedsiębiorców m.in. w wyroku SOKiK z 5 lutego 2003 r.; XVII Ama 18/02.

<sup>13</sup> NFZ, działający na podstawie ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2004 r., Nr 210, poz. 2135), uznano za przedsiębiorcę m.in. w decyzjach Prezesa UOKiK z 13 czerwca 2003 r. nr RWA-5/2003, z 23 czerwca 2003 r. nr RBG-6/2003 i z 8 sierpnia 2003 r. nr RGD.13/2003.

<sup>14</sup> M.in. wyroki TS z 17 lutego 1993 r. w połączonych sprawach C-159/91 i C-160/91 Poucet i Pistre i z 16 marca 2004 r. w połączonych sprawach C-264/01, C-306/01, C-354/01 i 355/01 AOK-Bundesverband i inni.

<sup>15</sup> Szerzej: G. Materna, *Publiczne instytucje ubezpieczenia zdrowotnego...*, s. 65-80.

### III. Relacje między krajowym i wspólnotowym prawem konkurencji

Analizując relacje między krajowym i wspólnotowym prawem konkurencji należy odrębnie potraktować okres przedakcesyjny, tj. okres stowarzyszenia Polski ze Wspólnotami Europejskimi, oraz okres po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej. Przed 1 maja 2004 r. relacje konkurencyjne pomiędzy przedsiębiorcami podlegały w Polsce ocenie Prezesa UOKiK wyłącznie w oparciu o przepisy krajowe, podczas gdy obecnie podlegają bezpośredniej ocenie nie tylko w aspekcie zakazów określonych w ustawie antymonopolowej, ale również z punktu widzenia art. 81 i 82 TWE – w sprawach mogących wywierać wpływ na handel między państwami członkowskimi UE<sup>16</sup>. Zasady stosowania art. 81 i 82 TWE, w tym podziału kompetencji między Komisją oraz krajowymi organami ochrony konkurencji określa Rozporządzenie Rady (WE) z 16 grudnia 2002 r. nr 1/2003.<sup>17</sup>

### IV. Okres stowarzyszenia Polski ze Wspólnotami Europejskimi

Choć przed przystąpieniem do Unii Europejskiej prawo wspólnotowe nie obowiązywało na terenie Polski, polscy przedsiębiorcy musieli brać pod uwagę możliwość zakazania im przez Komisję zachowań sprzecznych z art. 81 i 82 TWE – jeżeli oddziaływały na rynek Wspólnoty Europejskiej<sup>18</sup>. Europejskie reguły konkurencji kształtowały też relacje między przedsiębiorcami w sposób pośredni, wskutek ich przejścia do prawa krajowego w drodze nowelizacji obowiązujących przepisów prawa i w drodze jego proeuropejskiej wykładni. Prawną tego podstawą był sporządzony 16 grudnia 1991 r. Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską z jednej strony a Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi z drugiej<sup>19</sup>. Układ Europejski określił zasady kształtowania relacji gospodarczych między jego stronami, a także zasady konkurencji w stosunkach handlowych między Polską i państwami członkowskimi Wspólnot Europejskich. W art. 63 Układu uznano za niezgodne z jego realizacją wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, decyzje zrzeszeń przedsiębiorstw, oraz uzgodnione praktyki między przedsiębiorstwami, których celem lub skutkiem jest zapobieganie, ograniczanie lub zniekształcanie konkurencji, a także nadużywanie przez jedno lub kilka przedsiębiorstw dominującej pozycji na terytoriach Polski lub Wspólnoty jako całości, lub na znacznej ich części.

W Układzie Europejskim przewidziano również obowiązek zbliżania istniejącego i przyszłego ustawodawstwa Polski do ustawodawstwa wspólnotowego, uznając to za „istotny warunek wstępny integracji gospodarczej Polski ze Wspólnotami”. Polska zobowiązała się podjąć „najlepsze starania w celu zapewnienia zgodności jej przyszłego ustawodawstwa z ustawodawstwem Wspólnot” (art. 68 Układu). To generalne zobowiązanie zostało uszczegółowione w art. 69 Układu, w którym przesądzono, że „zbliżanie przepisów prawnych obejmie w szczególności (...) zasady konkurencji”.

W doktrynie przyjęto, że obowiązek harmonizacji prawa konkurencji z prawem wspólnotowym oznacza przejście przez prawo krajowe zakresu i sposobu ochrony konkurencji<sup>20</sup>. Nie

<sup>16</sup> Kryteria oceny, czy sprawa może mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi zawiera dokument Komisji: *Guidelines on the effect on trade concept contained in Article 81 and 82 of the Treaty*; Dz. U. UE C-101 z 27.04.2004 r., s. 81-96.

<sup>17</sup> Rozporządzenie Rady (WE) z 16 grudnia 2002 r. nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (dalej: Rozporządzenie Rady); Dz. U. UE L 1 z 4.01.2003 r., s. 1-25.

<sup>18</sup> 16 września 1998 r. Komisja wydała decyzję przeciwko szesnastu armatorom zrzeszonym w *Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA)*, wśród których znalazł się również polski przedsiębiorca, Polskie Linie Oceaniczne.

<sup>19</sup> Dz. U. z 1994 r., Nr 11, poz. 38.

<sup>20</sup> T. Pajor, *Komentarz do Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską z jednej strony a Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi z drugiej strony sporządzonego w Brukseli 16 grudnia 1991 r.*, red. C. Banasiński, J. A. Wojciechowski, Warszawa 1994, s. 195-198; I. Wiszniewska, *Dostosowanie polskiego prawa antymonopolowego do prawa europejskiego*, w: *Studia Prawnicze*, Nr 1-4/1996, s. 142.

oznacza to obowiązek ścisłego odwzorowywania w prawie krajowym szczegółowych rozwiązań europejskich<sup>21</sup>, a jedynie takie uformowanie prawa krajowego, by nie sprzeciwiało się celom integracji i gwarantowało niezbędne minimum ochrony konkurencji, odpowiadające standardom europejskim. Oznacza to brak podstaw do ograniczania autonomii państwa w zakresie sposobu uregulowania kwestii szczegółowych, jak np. reguła rozsądku<sup>22</sup>, a także odmiennego potraktowania określonych kategorii porozumień między przedsiębiorcami, poprzez zalegalizowanie porozumień uznawanych w prawie wspólnotowym za sprzeczne z wymogami wspólnego rynku, czy też swobodny wybór charakteru nakładanych na przedsiębiorców sankcji za naruszenie reguł konkurencji poprzez nadanie im charakter sankcji administracyjnych lub karnych.

W praktyce harmonizacja polskiego prawa konkurencji z prawem wspólnotowym odbywała się na kilku płaszczyznach: przez odpowiednią zmianę przepisów prawa, w drodze proeuropejskiej wykładni krajowego prawa konkurencji i poprzez opracowanie w UOKiK, wzorem Komisji, zbioru urzędowych wyjaśnień, mających na celu określenie postanowień umownych, które nie są sprzeczne z prawem konkurencji<sup>23</sup>.

Wymagany poziom harmonizacji krajowego prawa konkurencji z prawem wspólnotowym został w Polsce zapewniony, gdy jego normy skierowano przeciwko tym samym kategoriom zachowań przedsiębiorców, co w prawie wspólnotowym (porozumieniom ograniczającym konkurencję, nadużywaniu pozycji dominującej na rynku właściwym i nadmiernej koncentracji)<sup>24</sup>, zapewniono skuteczne i praworządne egzekwowanie norm prawa konkurencji przez niezależny krajowy organ ds. konkurencji oraz weryfikację decyzji antymonopolowych przez niezawisły sąd<sup>25</sup>, a ponadto – po powstaniu odpowiedniego dorobku orzecznictwa Prezesa UOKiK, SOKiK i SN. W jego świetle, co słusznie zauważa T. Skoczny, nie powinno być żadnych przeszkód, żeby normatywne przesłanki zakazów praktyk ograniczających konkurencję, tj. rozumienie m.in. „porozumień, decyzji i uzgodnień”, „eliminacji, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym”, sposobów wyznaczania „rynku właściwego”, „pozycji dominującej” oraz stwierdzania jej „nadużywania” miało być interpretowane inaczej niż ich odpowiedniki w art. 81 i 82 TWE<sup>26</sup>.

Proces integracji ukształtował także rozumienie terminu „przedsiębiorca”. Osiągnięcie celu harmonizacji nie byłoby możliwe bez ujednolicenia sposobu rozumienia tego pojęcia, o którego znaczeniu przesądza fakt, iż określa ono podmiotowy zakres obowiązywania reguł prawa konkurencji. Ewentualne przyjęcie w polskim prawie definicji przedsiębiorcy odbiegające od wykładni wspólnotowej mogłoby prowadzić do sytuacji, w której przepisy krajowe przyznawałyby podmiotowo węższą ochronę niż przepisy wspólnotowe. Musiałoby to zostać uznane za sprzeczne

<sup>21</sup> I. Wiszniewska, *Dostosowanie polskiego prawa...*, s. 142 i nast.; E. Wojtaszek, *Reguła rozsądku w prawie konkurencji Polski i Wspólnoty Europejskiej*, w: *Polska w Unii Europejskiej. Perspektywy, warunki, szanse i zagrożenia*, red. C. Mik, Toruń 1997, s. 181 i nast.

<sup>22</sup> E. Wojtaszek, *Reguła rozsądku w prawie konkurencji...*, s. 182.

<sup>23</sup> Wyjaśnienia te nie były prawnie wiążące; miały jednak stanowić uznaną przez organ antymonopolowy proeuropejską wykładnię ustawy.

<sup>24</sup> E. Wojtaszek, *Reguła rozsądku w prawie konkurencji...*, s. 182.

<sup>25</sup> W oparciu o wskazane przesłanki uznano ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów za odpowiadającą obowiązowi zbliżenia krajowego ustawodawstwa antymonopolowego do ustawodawstwa wspólnotowego: R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, w: *Kwartalnik Prawa Publicznego*, Nr 3/2001, s. 219.

<sup>26</sup> T. Skoczny, *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 konsumentów z 2004 r.)*, w: *Kwartalnik Prawa Publicznego*, nr 2/2004, s. 153 i nast.

<sup>27</sup> K. Strzyczkowski, *Nowe prawo konkurencji. Uwagi o projekcie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, Nr 9/2000, s. 3.

z celami Układu Europejskiego. Nie gwarantowałyby bowiem niezbędnego minimum ochrony konkurencji, odpowiadającego standardom europejskim. Na niebezpieczeństwo takiej sytuacji w trakcie prac nad ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów zwracali uwagę przedstawiciele doktryny<sup>27</sup>. Wyrażane były wówczas wątpliwości, czy przyjęta w projektowanej ustawie ka-  
zuistyczna definicja przedsiębiorcy, bezpośrednio odwołująca się do prawa działalności gospo-  
darczej koresponduje z funkcjonalną definicją wypracowaną we wspólnotowym prawie konku-  
rencji. Sygnalizowano, iż przyjęcie formalistycznej definicji odwołującej się do prawa działalności  
gospodarczej może prowadzić do sytuacji, w której przepisy krajowe przyznają przedsiębiorcom  
inny zakres ochrony niż przepisy prawa wspólnotowego<sup>28</sup>. Powyższe wątpliwości nie miały prze-  
łożenia na kształt przepisów projektowanej ustawy antymonopolowej, znalazły jednak odzew  
w orzecznictwie Prezesa UOKiK i Sądu Najwyższego. Prezes UOKiK w duchu prawa wspólnoto-  
wego traktował jak przedsiębiorców organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub  
prawami pokrewnymi, pomimo iż te działające w formie stowarzyszeń instytucje nie prowadzą  
działalności gospodarczej sensu *stricto*<sup>29</sup>. Z kolei Sąd Najwyższy wprost stwierdził w wyroku z 29  
maja 2001 r.<sup>30</sup>, iż wszelkie wątpliwości co do zakresu pojęcia „przedsiębiorca” w krajowym pra-  
wie konkurencji powinny być rozstrzygane w oparciu o wykładnię funkcjonalną, tak by uzyskać  
rezultat zgodny z prawem Unii Europejskiej. Zdaniem SN, „ta zgodność dotyczy odwołania się  
nie tylko do samej litery prawa, ale również do tamtejszej praktyki sądowej”.

## V. Okres po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej

Od momentu przystąpienia Polski do Unii Europejskiej obowiązują równolegle dwa systemy  
ochrony konkurencji: krajowy – oparty na przepisach ustawy antymonopolowej i przepisów  
wykonawczych do tej ustawy oraz wspólnotowy – oparty na TWE (podstawowe znaczenie ma-  
ją zakazy praktyk ograniczających konkurencję zawarte w art. 81 i 82 TWE) oraz normach za-  
wartych w prawie pochodnym. Ochrona konkurencji w oparciu o prawo wspólnotowe może  
być przy tym realizowana bezpośrednio zarówno przez Prezesa UOKiK, jak i przez Komisję.  
Powinność krajowych organów ds. konkurencji i sądów do stosowania prawa wspólnotowego  
kształtuje się jednak odmiennie w sprawach krajowych i w sprawach mogących mieć wpływ  
na handel między państwami członkowskimi UE. Wobec tego konieczne jest odrębne omó-  
wienie każdej z tych sytuacji.

## VI. Sprawy o wymiarze wspólnotowym

Przystąpienie Polski i dziewięciu innych państw do Unii Europejskiej w dniu 1 maja 2004 r.  
zbiegło się w czasie z reformą wspólnotowej procedury antymonopolowej. W rozszerzonej  
Unii Europejskiej wspólnotowe prawo konkurencji jest stosowane bezpośrednio zarówno  
przez organy Wspólnoty (Komisja), jak i przez organy ds. konkurencji państw członkow-  
skich. Chcąc zapobiec rozbieżnemu stosowaniu art. 81 i 82 TWE przez organy ds. konku-  
rencji poszczególnych państw UE, przyjęto powoływane wyżej Rozporządzenie Rady. Rozpo-  
rządzenie określa zasady gwarantujące skuteczne i jednolite stosowanie wspólnotowego pra-  
wa konkurencji. Zreformowaną procedurę antymonopolową charakteryzuje znaczna decen-

<sup>28</sup> Por. m.in. K. Strzyczkowski, *Nowe prawo konkurencji...*, s. 3 oraz niepublikowana opinia Komitetu Integracji Eu-  
ropejskiej o zgodności z prawem europejskim projektu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.

<sup>29</sup> Decyzje Prezesa UOKiK z 17 września 2002 r. nr DDI-77/2002, z 22 września 2002 r. nr DDI-82/2002 i z 16 lip-  
ca 2004 r. nr RWA-21/2004.

<sup>30</sup> I CKN 1217/98.

<sup>31</sup> Por. także wyroki TS z 5 lutego 1963 r. w sprawie C 26/62 *van Gend en Loos*, z 13 lutego 1968 r. w sprawie  
C-14/68 *Walt Wilhelm i inni przeciwko Bundeskartellamt* oraz z 9 marca 1978 r. w sprawie C-106/77 *Simmenthal*.

tralizacja procesów podejmowania decyzji w sprawach ochrony konkurencji na rzecz organów krajowych (w tym: Prezesa UOKiK).

Wspólnotowe prawo konkurencji ukierunkowane jest na ochronę swobody handlu między państwami członkowskimi UE i skoncentrowane na ochronie jednolitego rynku przed antykonkurencyjnymi praktykami przedsiębiorców, które powodują ograniczenia w obrocie między tymi krajami. Dlatego art. 81 i 82 TWE mają zastosowanie jedynie do takich praktyk przedsiębiorców, które wywierają wpływ na handel między państwami członkowskimi UE. By zapewnić skuteczne funkcjonowanie mechanizmów współpracy między państwami członkowskimi w dziedzinie ochrony konkurencji na wspólnym rynku, w sprawach praktyk przedsiębiorców skutkujących ograniczeniami w obrocie między krajami UE krajowe organy ds. konkurencji stosują bezpośrednio art. 81 i 82 TWE równolegle z przepisami krajowymi. Zgodnie z art. 3 ust. 1 Rozporządzenia Rady, w sprawach, w których organy te stosują krajowe prawo konkurencji do porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi UE, są zobowiązane również stosować art. 81 TWE. W przypadkach, gdy organy ochrony konkurencji państw członkowskich stosują krajowe prawo konkurencji do praktyk zakazanych art. 82 TWE, są również zobowiązane dokonać oceny zachowania przedsiębiorcy z punktu widzenia zgodności z art. 82 TWE. Zastosowanie krajowego prawa konkurencji, tak jak przepisów z innych dziedzin prawa, uwzględniać musi fundamentalną zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym w sytuacji, jeżeli ich równoległe zastosowanie prowadziłoby do rozbieżnych rozstrzygnięć. Zgodnie z orzeczeniem TS w sprawie C-6/64 Flaminio Costa przeciwko ENEL, wprowadzenie do systemu prawnego każdego państwa członkowskiego przepisów wydawanych przez Wspólnotę uniemożliwia państwom członkowskim przyznanie pierwszeństwa przepisom krajowym sprzecznym z prawem wspólnotowym<sup>31</sup>. W celu zapewnienia spójnego i jednolitego stosowania reguł konkurencji w państwach WE, do czasu przyjęcia Rozporządzenia Rady kluczowe znaczenie miało orzeczenie w sprawie C-14/68 *Walt Wilhelm*, w którym TS stwierdził m.in., że zastosowanie przez państwo członkowskie prawa krajowego w sprawie o wymiarze wspólnotowym nie może naruszać jednolitego zastosowania prawa wspólnotowego. Równoległe zastosowanie krajowych przepisów można dopuścić tylko w przypadku, gdy nie wyklucza to jednolitego zastosowania na wspólnym rynku wspólnotowych przepisów o ochronie konkurencji oraz skuteczności środków podjętych w celu ich implementacji. Tym samym zastosowanie przez państwo członkowskie – w sprawie pozostającej również w kompetencji organów wspólnotowych – prawa krajowego nie może skutkować legalizacją działań zabronionych mocą TWE<sup>32</sup>.

W celu stworzenia jednakowych warunków dla porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych na rynku wewnętrznym, w Rozporządzeniu Rady znalazło się zastrzeżenie, że zastosowanie krajowego prawa konkurencji nie może prowadzić do zakazania porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi UE, lecz nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE lub spełniają przesłanki art. 81 ust. 3 TWE, lub które objęte są tzw. rozporządzeniami wyłączeniowymi, precyzującymi, jakie grupy porozumień między przedsiębiorcami będą uznane za zgodne z prawem<sup>33</sup>. Efekt zastosowania prawa krajowe-

<sup>32</sup> Wyrok TS z 13 lutego 1968 r. w sprawie C-14/68 *Walt Wilhelm i inni przeciwko Bundeskartellamt*.

<sup>33</sup> M.in. Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999 z 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 TWE do określonych kategorii porozumień wertykalnych, Dz. U. WE L 336 z 29.12.1999 r., s. 21; Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2658/2000 z 29 listopada 2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do kategorii porozumień specjalizacyjnych, Dz. U. WE L 304 z 5.12.2000 r., s. 3.

<sup>34</sup> Pkt 8 preambuły Rozporządzenia Rady.

<sup>35</sup> Pkt 9 preambuły Rozporządzenia Rady.

go musi być zbieżny z tym, który powstałby wskutek zastosowania art. 81 TWE. W przypadku porozumień ograniczających konkurencję, to prawo wspólnotowe wyznacza tym samym najwyższy standard ochrony konkurencji.

Odmienne rozwiązanie zastosowano odnośnie praktyk polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku. Zgodnie z art. 3 ust. 2 in fine Rozporządzenia Rady, nie ogranicza ono możliwości przyjmowania i stosowania przez państwa członkowskie na swoim terytorium bardziej restrykcyjnych krajowych przepisów prawnych, które zakazują lub przewidują sankcje za jednostronne praktyki stosowane przez przedsiębiorstwa. Sankcjonuje to możliwość zakazania przez krajowe organy ochrony konkurencji, w oparciu o przepisy krajowe, indywidualnych zachowań, których stosowania dozwala art. 82 TWE. W świetle uzasadnienia zawartego w preambule do Rozporządzenia Rady, bardziej rygorystyczne krajowe przepisy prawne mogą zawierać przepisy zakazujące lub nakładające sankcje za zachowania antykonkurencyjne stosowane wobec przedsiębiorstw uzależnionych ekonomicznie<sup>34</sup>. Rozporządzenie Rady nie wyklucza wprowadzenia w życie na terytorium państw członkowskich krajowego ustawodawstwa chroniącego inne uzasadnione interesy, pod warunkiem że takie ustawodawstwo jest zgodne z ogólnymi zasadami i innymi przepisami prawa wspólnotowego. W takim zakresie w jakim ustawodawstwo krajowe służy głównie realizacji celu odmiennego niż ochrona konkurencji, organy ochrony konkurencji i sądy państw członkowskich mogą stosować takie ustawodawstwo na własnym terytorium<sup>35</sup>.

Odnosząc się do kwestii dopuszczalności – w sprawach, w których prawo wspólnotowe i krajowe jest stosowane równolegle – odmiennej niż w prawie wspólnotowym interpretacji pojęcia „przedsiębiorca” przy zastosowaniu prawa polskiego, naturalnym wydaje się rozpoczęcie rozważań od analizy Rozporządzenia Rady, a w szczególności jego art. 3, który określa relacje między prawem krajowym i wspólnotowym. Analiza taka nie daje jednak jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność zakreślenia przez krajowe organy ds. konkurencji odmiennego podmiotowego zakresu zastosowania prawa antymonopolowego niż w prawie wspólnotowym. Wątpliwości nie powinno wprowadzić budzić, że brak jest podstaw do odmiennej niż wynikająca z art. 81 i 82 TWE interpretacji pojęcia „przedsiębiorca” w odniesieniu do porozumień ograniczających konkurencję. Z pierwszego zdania art. 3 ust. 2 Rozporządzenia Rady wynika obowiązek jednolitego stosowania przepisów krajowych i wspólnotowych, tak aby zastosowanie krajowego zakazu antykonkurencyjnych porozumień doprowadziło do efektu zbieżnego z powstałym w wyniku zastosowania art. 81 TWE. Nie ulega wątpliwości, że do takiej zbieżności nie doprowadziłoby zarówno zakwalifikowanie w prawie krajowym jako przedsiębiorcę takiego podmiotu, wobec którego nie stosuje się art. 81 TWE, jak i w przypadku przyjęcia wykładni pojęcia „przedsiębiorca” węższej niż TS.

Inaczej jednak jest w przypadku praktyk indywidualnych, których dotyczy ostatnie zdanie art. 3 ust. 2 Rozporządzenia Rady. Dopuszcza ono stosowanie przez krajowe organy ds. konkurencji bardziej rygorystycznych przepisów krajowych w sprawach nadużywania pozycji dominującej. Z przepisów nie wynika jednoznacznie, czy uprawnienie to odnosi się jedynie do bardziej restrykcyjnego traktowania jednostronnych zachowań (poprzez uznawanie za ograniczające konkurencję działań zalegalizowanych w prawie UE), czy również do stosowania na podstawie przepisów krajowych szerszej niż w art. 82 TWE wykładni pojęcia „przedsiębiorca”. Pomimo tej niejednoznaczności art. 3 ust. 2 Rozporządzenia Rady, opowiadam się przeciwko przyjęciu, by jego końcowe zdanie mogło, poza stosowaniem do praktyk indywidualnych

<sup>36</sup> Cytat za: red. A. Wróbel, *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Zakamycze 2005, s. 109.

<sup>37</sup> W. Postulski, *Sądy państw członkowskich jako sądy wspólnotowe*, w: *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*,

przepisów krajowych bardziej rygorystycznych niż w prawie wspólnotowym, stanowić również podstawę do przyjęcia w prawie krajowym innej (bardziej rygorystycznej) niż w orzecznictwie TS wykładni pojęcia „przedsiębiorca”. Przystanie na takie rozstrzygnięcie tylko w sprawach praktyk indywidualnych (bo, jak wyjaśniałem wcześniej brak jest analogicznej możliwości w odniesieniu do praktyk kolektywnych) prowadziłoby do rozbieżnego traktowania pojęcia „przedsiębiorca” w wyniku zastosowania przepisów jednego aktu prawnego, tj. Rozporządzenia Rady. Takie rozwiązanie budzi wątpliwości nie tylko w aspekcie zgodności z zasadami legislacji, ale również w aspekcie ograniczenia pewności prawnej przedsiębiorców. Prowadziłoby bowiem do zróżnicowanego traktowania podmiotów podobnych w oparciu o kryterium które nie powinno być istotne, bo w zależności od tego, czy zachowanie przedsiębiorcy ma charakter indywidualny lub kolektywny. Dana osoba mogłaby być uznana – w oparciu o przepisy krajowe – za przedsiębiorcę przy zarzucie nadużywania pozycji dominującej, natomiast wykluczone byłoby postawienie jej zarzutu udziału w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Takie rozstrzygnięcie niewątpliwie utrudniałoby precyzyjną ocenę podlegania zakazom prawa konkurencji, istotnie podważając w ten sposób zasadę pewności obrotu i zaufania przedsiębiorców do prawa wspólnotowego.

Dopuszczenie takiej rozbieżności sprzeciwia się zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego. W świetle fundamentalnego orzeczenia TS w sprawie C-6/64 Flaminio Costa przeciwko ENEL, wprowadzenie do systemu prawnego każdego państwa członkowskiego przepisów wydawanych przez Wspólnotę, a mówiąc ogólnie litery i ducha traktatu, uniemożliwia państwu członkowskiemu przyznanie pierwszeństwa jednostronnym lub późniejszym przepisom przed systemem prawnym przyjętym przez nie na zasadzie wzajemności<sup>36</sup>. Zapewnieniu spójności porządku prawnego w państwie członkowskim UE sprzeciwiałaby się zatem odmienna od TS interpretacja w prawie krajowym traktatowego pojęcia „przedsiębiorca”. Pierwszeństwo prawa wspólnotowego wymaga proeuropejskiej wykładni przepisów, prowadzącej do nadania pojęciom używanym w prawie krajowym znaczenia wspólnotowego<sup>37</sup>, w sposób możliwie najdalej idący<sup>38</sup>.

Należy się również odwołać do podstawowej zasady prawa europejskiego, tj. do sformułowanej w art. 10 TWE zasady lojalności (solidarności). Dla państw członkowskich UE zasada ta oznacza obowiązek wspierania organów Wspólnoty przy wykonywaniu jej zadań, poprzez podejmowanie wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych zapewniających wykonanie zobowiązań wynikających z TWE lub z działań instytucji Wspólnoty. Dla realizacji tej zasady państwa członkowskie powinny powstrzymać się od podejmowania wszelkich takich środków, które mogłyby zagrozić urzeczywistnieniu celów TWE. Zasada lojalności obliuguje państwa członkowskie do stosowania prawa wspólnotowego w prawie krajowym i do uznania prymatu prawa wspólnotowego nad krajowym, jak również do niestanowienia prawa krajowego sprzecznego z przepisami wspólnotowymi i eliminacji z prawa krajowego przepisów sprzecznych z prawem wspólnotowym<sup>39</sup>. Dotyczy to w równym stopniu przepisów

red. A. Wróbel, Zakamycze 2005, s. 440.

<sup>38</sup> Wyroki TS z 10 kwietnia 1984 r. w sprawie C-14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann; z 8 października 1987 r. w sprawie C-80/86 Postępowanie karne przeciwko Kolpinghuis Nijmegen BV, z 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA.

<sup>39</sup> A. Wyrzumska, *Państwa członkowskie a Unia Europejska*, w: *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Wydanie drugie uzupełnione*, red. J. Barcz, Warszawa 2003, s. 308; S. Hambura, M. Muszyński, *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z komentarzem*, Bielsko-Biała 2002, s. 205-207.

<sup>40</sup> Wyroki TS z 16 listopada 1977 r. w sprawie C-13/77 SA G.B.-INNO-B.M. przeciwko ATAB i z 20 kwietnia 1986 r. w połączonych sprawach C-209-213/84 Ministere Public przeciwko Lucas Asjes i inni.

ograniczając efektywność art. 81 i 82 TWE<sup>40</sup>. W świetle orzecznictwa TS, mogłoby stanowić naruszenie art. 10 TWE przyjmowanie i stosowanie w prawie krajowym pojęć o podstawowym znaczeniu dla realizacji ochrony konkurencji na rynku wspólnym w sposób sprzeczny z wykładnią europejską, dokonaną przez Komisję i TS. Takie działanie mogłoby, moim zdaniem, sprzeciwiać się realizacji zadań Wspólnoty, które mają być realizowane w szczególności poprzez stworzenie systemu zapewniającego niezakłóconą konkurencję na rynku wewnętrznym oraz zbliżanie ustawodawstw krajowych w stopniu koniecznym do funkcjonowania wspólnego rynku<sup>41</sup>.

W mojej opinii jedynie interpretowanie pojęcia „przedsiębiorca” w krajowym prawie konkurencji w zgodzie z jego wykładnią dokonaną przez TS gwarantuje realizację celów, których osiągnięcie legło u podstaw reformy wspólnotowego prawa konkurencji. Zakładanym skutkiem reformy miała być bowiem dekoncentracja stosowania reguł konkurencji, a jednocześnie ograniczenie, po przeniesieniu na organy krajowe środka ciężkości w orzekaniu w sprawach antymonopolowych, możliwości niejednolitego stosowania prawa konkurencji i jego faktycznej renacjonalizacji<sup>42</sup>. W tym celu projekt Rozporządzenia Rady przewidywał pierwotnie nawet wyłączenie, w sprawach o wymiarze ponadgranicznym, stosowania krajowych zakazów praktyk ograniczających konkurencję na rzecz stosowania wyłącznie art. 81 i 82 TWE<sup>43</sup>. W toku dalszych prac pomysł ten został wprawdzie zarzucony. Obrazuje to jednak wyraźnie kierunek, w jakim według projektodawców Rozporządzenia Rady powinno zmierzać europejskie prawo konkurencji, a którego praktycznym skutkiem miała być marginalizacja krajowych systemów prawa konkurencji. Pomimo ostatecznego uznania powyższego rozwiązania za przedwczesne, na państwach członkowskich spoczywa powinność zbliżenia prawa krajowego do wspólnotowych reguł konkurencji, także w drodze jego proeuropejskiej wykładni w zgodzie z ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego. W moim przekonaniu jest to możliwe jedynie przy zaadaptowaniu przez organy krajowe i unijne jednolitej siatki pojęciowej. Interpretacja podstawowych pojęć prawa konkurencji w porządkach krajowych nie może prowadzić do uzyskania odmiennych rezultatów. Ewentualne uznanie uprawnienia krajowych organów ochrony konkurencji do stosowania szerszej niż w prawie wspólnotowym wykładni pojęcia „przedsiębiorca” umożliwiałoby zakazywanie, w oparciu o krajowe przepisy o ochronie konkurencji działań, które we wspólnotowym prawie konkurencji uznane zostały za niemające znaczenia dla ochrony konkurencji.

Przeciwko możliwości stosowania rozbieżnej wykładni pojęcia „przedsiębiorca” w prawie wspólnotowym i krajowym sprzeciwiają się także zasady wykładni językowej. Wprawdzie do tego sposobu wykładni prawa nie przywiązuje się w prawie wspólnotowym tyle uwagi co w prawie polskim, niemniej jednak warto przeanalizować skutki jej zastosowania w rozpatrywanym tutaj przypadku. W świetle art. 3 ust. 2 Rozporządzenia Rady, państwa członkowskie mogą przyjmować i stosować „bardziej restrykcyjne niż w art. 82 TWE przepisy prawne, które zabraniają lub przewidują sankcje za jednostronne praktyki”. Językowa analiza tego przepisu prowadzi do wniosku, że mowa w nim wyłącznie o możliwości bardziej rygorystyczne-

<sup>41</sup> Art. 3 ust. 1 lit. g i h TWE.

<sup>42</sup> Obawy takie były wyrażane w trakcie prac nad Rozporządzeniem Rady. Por.: E. Derkacz, *Reforma stosowania wspólnotowych zasad konkurencji w świetle Rozporządzenia nr 1/2003*, w: *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji*, red. E. Piontek, Kraków 2005, s. 54.

<sup>43</sup> M. Krasnodebska-Tomkiel, *Przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję – art. 81 i 82 TWE a krajowe prawo antymonopolowe*, w: *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 7/2005, s. 27.

<sup>44</sup> Wyrok TS z 10 lipca 1980 r. w połączonych sprawach C-253/78 i 1-3/79 *Procureur de la Republique i inni przeciwko Bruno Giry i Guerlain SA i inni*.

go sankcjonowania jednostronnych zachowań, tzn. uznawania za ograniczające konkurencję działań zalegalizowanych w prawie UE. Rozstrzygać można jednak o abuzywności zachowań jedynie tych podmiotów, które traktowane są jak przedsiębiorca w rozumieniu art. 81 i 82 TWE. Prawdopodobnie takiego odczytania Rozporządzenia Rady zdaje się potwierdzać pkt 8 jego preambuły, precyzujący intencje jego autorów zezwolenia państwom członkowskim na zakazywanie przedsiębiorcom nieposiadającym pozycji dominującej zachowań określonych przykładowo w ww. punkcie preambuły Rozporządzenia Rady. W uzasadnieniu brak jest natomiast jakiegokolwiek sugestii, że może też chodzić o zakazywanie zachowań określonych w art. 82 TWE podmiotom niebędącym przedsiębiorcami w rozumieniu tego przepisu.

## VII. Sprawy o wymiarze krajowym

W dziedzinie prawa konkurencji integracja europejska doprowadziła do znacznego ograniczenia dowolności kształtowania krajowego orzecznictwa antymonopolowego w sprawach, w których równoległe zastosowanie mają przepisy wspólnotowe. Wydaje się, że przynajmniej częściowo ten „europejski gorset” jest lżejszy w sprawach o wymiarze krajowym, niemających wpływu na handel między państwami członkowskimi. Wskazywać by na to mógł choćby brak wspólnotowej regulacji analogicznej do Rozporządzenia Rady. Sugeruje to również ta okoliczność, że TS rzadko wypowiadał w swoim dotychczasowym orzecznictwie się co do wpływu prawa wspólnotowego na zastosowanie prawa krajowego w sprawach niezawierających elementów transgranicznych. Linie orzecznictwą wyznaczyły w tym zakresie wyroki TS w sprawie *Walt Wilhelm i inni* i w tzw. „sprawach perfum” (*Perfumes cases*)<sup>44</sup>. W sprawie *Walt Wilhelm i inni* TS dopuścił istnienie różnic między krajowymi i wspólnotowymi szczegółowymi przepisami prawa ochrony konkurencji, jeżeli są one stosowane do wszystkich adresatów obiektywnie i bez względu na pochodzenie. Drugi z wyroków dotyczył zawartego między przedsiębiorcami jednego z państw członkowskich porozumienia dystrybucji wyrobów perfumeryjnych. Komisja uznała, że to porozumienie nie podlegało ocenie w aspekcie naruszenia traktatowych zakazów ograniczania konkurencji na wspólnym rynku. TS stwierdził, że wspólnotowa i krajowa regulacja antymonopolowa rozpatruje zachowania przedsiębiorców z odmiennych punktów widzenia. Podczas bowiem gdy art. 81 i 82 TWE dotyczą ograniczeń w handlu między państwami członkowskimi, prawo krajowe chroni konkurencję na terenie kraju. TS wyraził zarazem pogląd, że w sprawach niemających wpływu na handel między państwami członkowskimi prawo wspólnotowe nie zakazuje stosowania bardziej rygorystycznych przepisów krajowych, nawet jeżeli w efekcie mogą one prowadzić do zakazania zachowań, na których stosowanie prawo wspólnotowe zezwala. W praktyce zatem poszczególne państwa członkowskie mogą w odmienny sposób oceniać identyczne zachowania rynkowe. Stanowisko TS dotyczy jednak wyłącznie możliwości dokonania w oparciu o krajowe prawo konkurencji odmiennej niż w prawie wspólnotowym oceny określonych zachowań. W moim przekonaniu nie odnosi się jednak w żadnej mierze do podstawowych zasad i interpretacji podstawowych pojęć z zakresu prawa konkurencji, które do krajowych ustawodawstw państw europejskich zostały przejęte wprost z prawa wspólnotowego. Choć ograniczenia konkurencji nie mające wpływu na handel między państwami członkowskimi pozostają w sferze krajowych systemów prawa konkurencji, nie oznacza to dowolności krajowego ustawodawcy w określaniu zakresu pojęciowego podstawowych instytucji prawa konkurencji, a dla stosujących te przepisy organów administracji i sądów – dowolności w ich interpretacji. Niezależnie od wymiaru (krajowego czy

<sup>45</sup> S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej a prawo państw członkowskich*, w: *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, wyd. II uzupełnione, red. J. Barcz, Warszawa 2003, s. 262.

wspólnotowego) praktyki, do której przepisy krajowe są stosowane, podstawowe pojęcia z zakresu prawa konkurencji (także pojęcie „przedsiębiorca”) powinny być interpretowane w duchu wykładni wspólnotowej – w myśl zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego.

Dopuszczenie w sprawach o wyłącznie krajowym wymiarze szerszej (lub węższej) niż w prawie UE interpretacji tak podstawowego pojęcia z zakresu prawa konkurencji jak „przedsiębiorca”, budziłoby również wątpliwości w aspekcie zgodności art. 10 TWE, który sprzeciwia się interpretacji prawa krajowego państw członkowskich UE w oderwaniu od reguł wypracowanych w prawie wspólnotowym; zwłaszcza gdy rozwiązania zaadoptowane w prawie krajowym zostały wprost przejęte z prawa wspólnotowego. Proeuropejska wykładnia pojęć przejętych do prawa krajowego z prawa wspólnotowego powinna obejmować wszystkie krajowe akty prawne, niezależnie od tego, czy zostały wydane w związku z wykonywaniem prawa wspólnotowego<sup>45</sup>. Obowiązek ten dotyczy przepisów prawa krajowego stosowanych w sprawach o czysto krajowym wymiarze<sup>46</sup>. Tak podstawowe dla prawa ochrony konkurencji terminy jak „porozumienie”, „praktyki uzgodnione”, czy również „przedsiębiorca” są bowiem pojęciami autonomicznymi prawa wspólnotowego, których interpretacji dokonały sądy wspólnotowe.

Prawidłowość przedstawionego rozumowania potwierdza m.in. praktyka organów antymonopolowych Wielkiej Brytanii<sup>47</sup>, które w prawie krajowym stosują wspólnotową interpretację terminu „przedsiębiorca”<sup>48</sup>. W wyroku w sprawie *Bettercare Group Ltd* Trybunał Apelacyjny (*Competition Appeal Tribunal*) stwierdził, że wszelkie wątpliwości odnośnie zasad konkurencji w prawie krajowym powinny być rozstrzygane w sposób możliwie najbardziej zgodny z prawem wspólnotowym<sup>49</sup>. Trybunał podkreślił, że obowiązek ten odnieść należy m.in. do sposobu rozumienia pojęcia „przedsiębiorca”<sup>50</sup>. Dokonując następnie analizy charakteru skarżonego podmiotu, Trybunał oparł swoje rozważania na wnikliwej analizie obszernie powoływanego orzecznictwa TS.

Stosowanie dla rozstrzygania kwestii wewnętrznych odmiennej niż traktatowa wykładni podstawowych pojęć, w przypadku gdy zostały one przejęte z prawa wspólnotowego, sprzeciwiałoby się też obowiązкови wspierania integracji polegającej na tworzeniu wspólnego rynku (art. 2 TWE). Zwrócił na to uwagę TS w wyroku w sprawie *C-28/95 Leur-Bloem*<sup>51</sup>. TS uznał się w tym orzeczeniu uprawnionym do interpretowania prawa wspólnotowego w drodze orzeczenia wstępnego także wówczas, gdy sprawa, w której zwrócono się o dokonanie takiej interpretacji, ma czysto krajowy wymiar, ale regulowana jest przez przepisy krajowe powstałe w wyniku przyjęcia reguł prawa wspólnotowego. TS uznał, że jeśli państwo członkowskie zdecydowało się w krajowym prawie zastosować rozwiązania analogiczne jak w prawie wspólnotowym – np. po to, by uniknąć dyskryminacji swoich obywateli wobec obcokrajowców albo ograniczenia konkurencji – jest w interesie Wspólnoty, by w celu uniknięcia różnic w interpretacji jednolicie interpretować postanowienia lub pojęcia zaadoptowane z prawa wspólnotowego, niezależ-

<sup>46</sup> Wyrok TS z 4 lutego 1988 r. w sprawie *C-157/86 Mary Murphy i inni przeciwko An Bord Telecom Eireann*; S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej*..., s. 262.

<sup>47</sup> R. Whish, *Competition Law*..., s. 351-356.

<sup>48</sup> M. Furse, *Competition Law of the UK and EC. Third Edition*, Oxford 2002, s. 19-20.

<sup>49</sup> Trybunał powołał się na art. 60.2.b brytyjskiej ustawy antymonopolowej (*Competition Act*) z 1998 r.: „At any time when the court determines a question arising under this Part, it must act (so far as is compatible with the provisions of this Part and whether or not it would otherwise be required to do so) with a view to securing that there is no inconsistency between the principles laid down by the Treaty and the European Court, and any relevant decision of that Court, as applicable at that time in determining any corresponding question arising in Community law”.

<sup>50</sup> Wyrok z 1 października 2002 r. w sprawie 1006/2/1/01 *Bettercare Group Limited* przeciwko *Director General of Fair Trading*, par. 30-33.

<sup>51</sup> Wyrok TS z 17 lipca 1997 r. w sprawie *C-28/95 Leur-Bloem*.

<sup>52</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13 kwietnia 1999 r., K 36/98.

<sup>53</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 27 kwietnia 1997 r., U 11/97; J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej*

nie od okoliczności, w których są stosowane. W tym świetle faktycznie sprzeczne ze wspólnym rynkiem byłoby odmienne niż w art. 81 i 82 TWE definiowanie przez krajowe organy ds. konkurencji podmiotowego zakresu zastosowania krajowego prawa konkurencji, nawet jeśli jest ono stosowane dla rozstrzygania kwestii czysto wewnętrznych.

Argumenty przemawiające za proeuropejską wykładnią pojęcia „przedsiębiorca” z art. 4 pkt 1 ustawy antymonopolowej w sprawach krajowych mają swe źródło nie tylko w prawie wspólnotowym, ale również w prawie konstytucyjnym. Ewentualna wykładnia w sprawach krajowych pojęcia „przedsiębiorca”, zdefiniowanego w ustawie antymonopolowej, w sposób odmienny niż w prawie wspólnotowym mogłoby oznaczać przystanie na rozbieżną interpretację tego samego przepisu prawa krajowego w odmiennych stanach faktycznych. Takie działanie nie tylko budziłoby wątpliwości co do zgodności z zasadami legislacji, ale – co równie istotne – mogłoby narazić organ krajowy stosujący dany przepis na zarzut naruszenia konstytucyjnej zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Zasada ta wynika bezpośrednio z zasady demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji RP)<sup>52</sup> i obejmuje nie tylko literę prawa, ale również sposób, w jaki jest interpretowane<sup>53</sup>.

Taka praktyka mogłaby również budzić wątpliwości z punktu widzenia zgodności z wynikającą z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP zasadą równości wobec prawa. Prowadziłoby to do nieuzasadnionego zróżnicowanego traktowania podmiotów podobnych w zależności od terytorialnego zasięgu ich oddziaływania. Ocenie co do zgodności z prawem konkurencji poddane byłyby bowiem jedynie praktyki podmiotów uznawanych za przedsiębiorcę wyłącznie w prawie krajowym, które działają wyłącznie na rynkach lokalnych. Natomiast podmioty podobne, lecz oddziałujące na rynek wspólnotowy, byłyby wyłączone spod takiej oceny.

## VIII. Zakończenie

Rozporządzenie Rady, akt podstawowy dla określenia relacji między wspólnotowym i krajowym prawem konkurencji, nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o niezbędność prawną wspólnotowej wykładni terminu „przedsiębiorca”. Przedstawione w niniejszym referacie okoliczności wskazują jednak w moim przekonaniu na konieczność stosowania takiej wykładni zarówno w odniesieniu do spraw o wymiarze europejskim, do których mają zastosowanie art. 81 i 82 TWE, jak i w sprawach krajowych.

*Poglądy wyrażone w niniejszym referacie są poglądami autora i niekoniecznie są zbieżne ze stanowiskiem UOKiK.*

---

*Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Zakamycze 2000, s. 51.*

Bartosz Kleban

## **Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi a prawo konkurencji (wybrane zagadnienia prawne)**

### **I. Uwagi wstępne**

Upowszechnienie się zbiorowego zarządu prawami autorskimi stwarza niespotykane do tej pory niebezpieczeństwo dla rozwoju i ochrony konkurencji w sferze wykonywania praw autorskich. Zagrożenie to wynika z szeregu czynników, przede wszystkim – z praktyki działania organizacji zbiorowego zarządzania (OZZ<sup>1</sup>), które nierzadko uzależniają możliwość powierzenia przez twórcę utworów w zarząd od uzyskania wyłączności zarządzania prawami autorskimi, ale także – z umów o wzajemnej reprezentacji zawieranych przez tytułowe stowarzyszenia, które przyczyniają się do obniżenia konkurencji między samymi organizacjami. Przed ustawodawcą stoi zatem niełatwy problem takiego ukształtowania przepisów prawa, by z jednej strony zapewnić należyty rozwój i ochronę konkurencji, z drugiej zaś – nie ograniczać, korzystnych dla twórcy, efektów funkcjonowania zbiorowego zarządu prawami autorskimi, w postaci np. dysponowania przez organizację tzw. repertuarem światowym<sup>2</sup>, który znacznie podnosi atrakcyjność stowarzyszenia dla potencjalnych użytkowników, zapewniając autorowi wyższe zyski z eksploatacji dzieła.

Problematyka relacji pomiędzy rozwojem zbiorowego zarządzania prawami autorskimi a przepisami o zakazie praktyk ograniczających konkurencję, określonymi w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>3</sup> nie była do tej pory przedmiotem szerszego zainteresowania polskiej literatury prawniczej. Poza wypowiedziami M. Kępińskiego<sup>4</sup>, czy G. Materny<sup>5</sup> brakuje szerszych publikacji na ten temat. Tymczasem większe zainteresowanie z pewnością sprzyjałoby dyskusji, pozwalającej obnażyć wszelkie problemy związane z działaniem organizacji zbiorowego zarządzania w świetle Prawa konkurencji. Dyskusja ta jest szczególnie ważna zwłaszcza teraz – po przystąpieniu Rzeczypospolitej Polskiej do Unii

<sup>1</sup> Skrót OZZ dla oznaczenia organizacji zbiorowego zarządzania po raz pierwszy zastosował M. Kępiński w *System Prawa Prywatnego. Prawo autorskie*, tom 13, red. J. Barta, Warszawa 2003, s. 521 – 555 (Rozdział X. Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi).

<sup>2</sup> Repertuar światowy powstaje wskutek wzajemnego, transgranicznego upoważniania się organizacji do reprezentacji i wykonywania powierzonych w zarząd praw autorskich. Skutkiem takich upoważnień jest wzajemna reprezentacja jednej OZZ na terytorium działania drugiej OZZ.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jednolity - Dz. U. z 2003 r., Nr 86, poz. 804 z późn. zm., zwana dalej także: „Prawem konkurencji”.

<sup>4</sup> M. Kępiński, *System Prawa Prywatnego. Prawo autorskie*, tom 13, red. J. Barta, Warszawa 2003, s. 521 – 555, w szczególności s. 550 – 555 (§ 58. Działalność OZZ w świetle prawa konkurencji).

<sup>5</sup> G. Materna, *Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i ich członkowie w świetle definicji przedsiębiorcy z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, w: PUG 2004/4.

Europejskiej. Okazuje się bowiem, że praktyczne działania niektórych OZZ, a także postanowienia ich statutów, nadal pozostają w jawnej sprzeczności z zasadami wynikającymi z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Celem niniejszego artykułu jest próba odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu obowiązująca obecnie krajowa regulacja prawna zabezpiecza rozwój i ochronę konkurencji na rynku zarządzania prawami autorskimi. Realizacja celu niniejszych rozważań wymaga przybliżenia społeczno-ekonomicznych uwarunkowań wykonywania zbiorowego zarządu, analizy ustawowej definicji tytułowych organizacji w świetle pojęcia przedsiębiorcy w rozumieniu Prawa konkurencji, przedstawienia konsekwencji zastosowania do OZZ przepisów Prawa konkurencji, przybliżenia najważniejszych orzeczeń ETS w zakresie naruszania przez organizacje zasad konkurencji określonych w Traktacie ustanawiającym Europejską Wspólnotę Gospodarczą<sup>6</sup>, a także – zbadania przepisów zapewniających przejrzystość i kontrolę legalności działania tytułowych stowarzyszeń. Podjęta analiza pozwoli również skonstatować, w jaki sposób powinna dokonać się ewolucja przepisów obowiązującego prawa, by zagwarantować należyty rozwój i ochronę konkurencji.

## 2. Społeczno-ekonomiczne uwarunkowania wykonywania zbiorowego zarządu

Nie powinna umknąć uwadze okoliczność, że masowość korzystania z dzieł w formie transmisji radiowych, telewizyjnych, czy kablowych albo internetowych praktycznie unicestwia możliwość sprawowania jakiegokolwiek kontroli nad użytkowaniem ze strony twórcy, tym bardziej, że współczesna eksploatacja utworów przebiega często transgranicznie, a nierzadko transkontynentalnie. Dlatego istnienie systemu zbiorowego zarządu, dla realizacji uprawnień i obowiązków wynikających z Prawa autorskiego<sup>7</sup> jest obecnie w zasadzie<sup>8</sup> niezbędne.

Twórca często nie potrafi samodzielnie prowadzić negocjacji w taki sposób, by osiągnąć maksymalizację wartości ekonomicznych płynących z eksploatacji utworu. Oczywiście, system prawny oferuje w takim przypadku możliwość zawarcia np. umowy agencyjnej, przez którą przyjmujący zlecenie agent zobowiązuje się w zakresie swego przedsiębiorstwa do stałego pośredniczenia, za wynagrodzeniem, przy zawieraniu z klientami umów licencyjnych na rzecz dającego zlecenie autora albo do zawierania ich w jego imieniu<sup>9</sup>. Działający w imieniu autora agent nie będzie jednak korzystał ze specyficznych uprawnień, jakie ustawa przypisuje jedynie organizacjom zbiorowego zarządzania (jak np. domniemanie uprawnienia do zarządzania prawami objętymi zezwoleniem ministra czy domniemanie legitymacji procesowej w tym zakresie). Tym samym, wskutek niemożliwości pozyskania przez agenta równie szerokiego i zróżnicowanego – w porównaniu z tytułowymi organizacjami – repertuaru, trudniej będzie mu przyciągnąć zainteresowanie potencjalnych użytkowników. W dodatku, brak dysponowania odpowiednio wszechstronnym repertuarem narazi agenta na jednostkowość negocjacji, a to z kolei pociągać będzie za sobą znaczne podwyższenie kosztów w porównaniu z rokowaniem, przeprowadzanymi w toku zbiorowego zarządu. Innymi słowy – organizacje kolektywnego zarządu prawami autorskimi co do zasady zyskają nad agentem przewagę w przy-

<sup>6</sup> Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą z dnia 25 marca 1957 r., Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/2, zwany dalej także: „TWE”.

<sup>7</sup> Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r., tekst jednolity - Dz. U. z 2000 r., Nr 80, poz. 904 z późn. zm., zwana dalej także „Prawem autorskim”.

<sup>8</sup> Istnieją bowiem takie rodzaje utworów (np. libretto, dramat, symfonia, balet, film), którymi ze względu na charakter lub sposób rozpowszechniania mogą skutecznie zarządzać sami ich producenci.

<sup>9</sup> Por. art. 758 § 1 Kodeksu cywilnego.

padkach, w których liczy się masowość i szybkość udzielania licencji (np. w odniesieniu do wykonań niedramatycznych dzieł muzycznych). Natomiast nie można pominąć atrakcyjności umowy agencyjnej w obszarach, na których do zbiorowego zarządu dochodzi rzadziej (np. w odniesieniu do powieści, libretto, dramatu, symfonii, baletu czy filmu).

Doceniając potrzebę istnienia regulacji prawnej poświęconej zbiorowemu zarządzaniu prawami autorskimi, jako pożądanej alternatywie dla indywidualnego wykonywania praw, ustawodawca powołał do jego wykonywania podmioty określane jako organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi.

### **3. Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi w świetle pojęcia przedsiębiorcy w rozumieniu Prawa konkurencji**

Zgodnie z zawartą w art. 104 ust. 1 Prawa autorskiego definicją, tytułowe organizacje są „stowarzyszeniami zrzeszającymi twórców, artystów wykonawców, producentów lub organizacje radiowe i telewizyjne”. Ich statutowym zadaniem jest natomiast „zbiorowe zarządzanie i ochrona powierzonych im praw autorskich lub praw pokrewnych oraz wykonywanie uprawnień wynikających z ustawy”<sup>10</sup>. W praktyce stowarzyszenia te będą: występować w imieniu uprawnionego, który oddał swe autorskie prawa majątkowe w zarząd, prowadzić obsługę prawną wykorzystywania utworów (negocjacje i zawieranie umów licencyjnych) oraz pobierać należne z tego tytułu wynagrodzenia, sprawdzać sposób i zakres korzystania z utworu, dokonywać repartycji uzyskanych od użytkowników należności, czyli odpowiednio je rozdysponować pomiędzy wszystkie uprawnione podmioty, a w razie potrzeby – ściągać należne twórcom lub innym podmiotom majątkowych praw autorskich wynagrodzenia na drodze sądowej. W art. 104 ust. 1 Prawo autorskie stanowi, iż opisywane organizacje są stowarzyszeniami. Naturalną konsekwencją tego stwierdzenia będzie oczywiście zastosowanie do nich przepisów ustawy – Prawo o stowarzyszeniach z 1989 r.<sup>11</sup>. Każda z OZZ będzie zatem dobrowolnym, samorządnym, trwałym zrzeszeniem o celach niezarobkowych, posiadającym prawo do wypowiedzania się w sprawach publicznych<sup>12</sup> oraz opierającym swoją działalność na pracy społecznej członków, z możliwością zatrudnienia pracowników do prowadzenia swych spraw<sup>13</sup>. Elementem, który powinien zwrócić tu uwagę jest niewątpliwie niezarobkowy cel funkcjonowania tytułowych organizacji. Często potwierdzają go zresztą odpowiednie postanowienia statutów<sup>14</sup>. Prawo autorskie czyni jednak poważny wyłom w porównaniu do przepisów ustawy – Prawo o stowarzyszeniach, gdy chodzi o przeznaczenie dochodu z prowadzo-

<sup>10</sup> Świadomie przedstawiono tutaj pełną treść ustawowej definicji, obejmującą także prawa pokrewne, mimo iż temat rozważań dotyczy organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. W praktyce występują bowiem organizacje zarządzające jednocześnie prawami autorskimi i pokrewnymi, jak Związek Artystów Scen Polskich ZASP, Stowarzyszenie Niezależnych Autorów Radiowych i Telewizyjnych SNART czy Związek Autorów i Producentów Audio-Wizualnych – Stowarzyszenie Filmowców Polskich SFP – ZAPA. Zgodnie z tematem, treść niniejszych rozważań pomija natomiast organizacje zajmujące się wyłącznie zarządem prawami pokrewnymi, jak Związek Stowarzyszeń Artystów Wykonawców STOART, Związek Producentów Audio-Video ZPAV czy Stowarzyszenie Artystów Wykonawców Utworów Muzycznych i Słowno-Muzycznych SAWP.

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach, tekst jednolity – Dz. U. z 2001 r., Nr 79, poz. 855 z późn. zm.

<sup>12</sup> Zob. art. 2 ust. 1 oraz art. 1 ust. 3 ustawy – Prawo o stowarzyszeniach.

<sup>13</sup> Zob. art. 2 ust. 3 ustawy – Prawo o stowarzyszeniach.

<sup>14</sup> Zob. np. § 1 ust. 3 statutu ZAiKS, § 5 pkt 1 statutu Stowarzyszenia Filmowców Polskich, § 7 pkt 13 statutu Związku Polskich Artystów Plastyków czy § 6 ust. 2 statutu Stowarzyszenia Architektów Polskich (w dwóch ostatnich przypadkach mowa o prowadzeniu działalności gospodarczej, z której dochód może być przeznaczony jedynie na realizację zadań (celów) statutowych).

nej przez organizację działalności. W odróżnieniu od stowarzyszeń organizacje zbiorowego zarządzania mogą bowiem, a nawet – są zobowiązane przeznaczać uzyskane z działalności środki do podziału między swoich członków. Zagwarantowanie tej możliwości jest konieczne, gdy zważyć, że jednym z celów działania OZZ jest pobieranie wynagrodzeń za udzielane zezwolenia na korzystanie z praw autorskich i wpłacanie ich twórcom z uwzględnieniem własnych kosztów organizacji, ale bez realizacji zysków<sup>15</sup>.

Należy zauważyć, że wyżej opisany niezarobkowy cel działania organizacji przez długi okres powodował wątpliwości przy kwalifikowaniu ich za przedsiębiorców w świetle Prawa konkurencji. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i jej poprzednik: ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym<sup>16</sup>, odwołują się bowiem w zakresie definicji przedsiębiorcy do ustaw regulujących działalność gospodarczą: ustawy o działalności gospodarczej<sup>17</sup> oraz ustawy – Prawo działalności gospodarczej<sup>18</sup>.

Powołane regulacje prawne związują natomiast przymiot przedsiębiorcy zasadniczo z wykonywaniem we własnym imieniu zarobkowej działalności wytwórczej, budowlanej, handlowej, usługowej, wykonywanej w sposób zorganizowany i ciągły<sup>19</sup>. Opisany zarobkowy charakter działalności gospodarczej prowadzonej we własnym imieniu, będący warunkiem uznania wykonującego ją podmiotu za przedsiębiorcę, nie przystaje do przedmiotu statutowej działalności organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. Tytułowe stowarzyszenia wykonują bowiem czynności zarządu w interesie i ze skutkiem dla podmiotu powierzającego prawa autorskie, nie realizując przy tym własnego interesu w postaci osiągnięcia zysku.

Przełomowy dla możliwości zakwalifikowania tytułowych organizacji jako przedsiębiorcy na gruncie Prawa konkurencji okazał się dopiero wyrok Sądu Wojewódzkiego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego<sup>20</sup> z dnia 20 grudnia 1995 roku<sup>21</sup>. W orzeczeniu tym Sąd Antymonopolowy uchylił, co prawda, decyzję Urzędu Antymonopolowego<sup>22</sup> wydaną przeciwko jednej z organizacji zbiorowego zarządzania z powodu przekroczenia przez Urząd kompetencji<sup>23</sup>, jednocześnie uznał jednak, że postanowienia zawarte w umowie licencyjnej pomiędzy organizacją a nadawcą radiowym mogą być oceniane w zakresie zgodności z przepisami prawa antymonopolowego.

Podmiotowość tytułowych stowarzyszeń w postępowaniu antymonopolowym potwierdził wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 1 kwietnia 1998 r.<sup>24</sup>. W tym przypadku Sąd zważył,

<sup>15</sup> Tak również M. Kępiński, *System Prawa Prywatnego. Prawo autorskie*, tom 13, red. J. Barta, Warszawa 2003, s. 531.

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, Dz. U. z 1995 r., Nr 80, poz. 405 – tekst jednolity z późn. zm.

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej, Dz. U. z 1988 r., Nr 41, poz. 324 z późn. zm.

<sup>18</sup> Ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej, Dz. U. z 1999 r., Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.

<sup>19</sup> Por. odpowiednio art. 2 ust. 1 ustawy o działalności gospodarczej oraz art. 2 ust. 1 ustawy – Prawo działalności gospodarczej.

<sup>20</sup> Obecnie: Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

<sup>21</sup> Wyrok Sądu Wojewódzkiego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego z dnia 20 grudnia 1995 r., sygn. akt: XVII Amr 49/95, Wokanda 1997/2/47.

<sup>22</sup> Obecnie: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

<sup>23</sup> Urząd Antymonopolowy przekroczył kompetencje nakazując adresatowi decyzji (nadawcy radiowemu) pozytywne działanie, a w szczególności wskazując mu co ma konkretnie zrobić, by w przyszłości nie naruszał prawa, gdy tymczasem w przypadku stwierdzenia praktyki monopolistycznej Urząd mógł jedynie - na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, Dz. U. z 1995 r., Nr 80, poz. 405 z późn. zm. - wydać decyzję nakazującą zaniechanie tejże praktyki (nakaz nieczynienia).

<sup>24</sup> Wyrok Sądu Wojewódzkiego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego z dnia 1 kwietnia 1998 r., sygn. akt: XVII Ama 35/97, w: Wokanda, 1999/4/58.<sup>27</sup> Por. art. 5 ust. 1 pkt 1 Prawa konkurencji.

że organizacja sprawująca zbiorowy zarząd prawami autorskimi nie narzuca uciążliwych warunków umowy w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, jeżeli w umowach licencyjnych z tytułu korzystania z utworów muzycznych domaga się wynagrodzenia w wysokości pobieranej przez inne organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, zrzeszone w międzynarodowej Konfederacji CISAC. Konsekwentnie podmiotowość organizacji w postępowaniu antymonopolowym Sąd uznał również w wyroku z 13 listopada 2000 r.<sup>25</sup>. Przy czym w tym ostatnim przypadku Sąd skoncentrował się jedynie na zbadaniu formalnych warunków wniesienia odwołania od decyzji Urzędu Antymonopolowego uznając, że odwołanie, które wykracza poza przedmiot rozstrzygnięcia zawartego w zaskarżonej decyzji podlega odrzuceniu jako niedopuszczalne.

Uzasadnienia powołanych wyroków nie wyjaśniały jednak, dlaczego organizacje zbiorowego zarządzania zostały uznane za przedsiębiorców dla potrzeb Prawa konkurencji. Wszelkie wątpliwości w tej mierze rozwiała dopiero decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) z dnia 16 lipca 2004 r. w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez Stowarzyszenie Autorów ZAiKS<sup>26</sup>. W pkt. II uzasadnienia powołanej decyzji Prezes UOKiK wyczerpująco wskazał argumenty uzasadniające przyznanie podmiotowości OZZ na gruncie postępowania antymonopolowego. Prezes UOKiK zważył, że zgodnie z literalną wykładnią pojęcia: „przedsiębiorca” z art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów bierną legitymację w postępowaniu antymonopolowym w istocie należałoby ograniczyć wyłącznie do podmiotów ściśle spełniających wymogi formalnej definicji zawartej w tymże przepisie. Jednak przesądzenie w Prawie autorskim, że OZZ nie prowadzą działalności gospodarczej nie decyduje o braku ich antymonopolowej podmiotowości. Zdaniem Prezesa rozstrzygając o podmiotowości OZZ w postępowaniu antymonopolowym należy przede wszystkim wziąć pod uwagę charakter prowadzonej przez nie działalności. Ten ostatni natomiast, ze względu na zakres działań statutowych organizacji – w postaci np. udzielania użytkownikom praw autorskich zezwoleń na korzystanie z utworów będących w repertuarze, sprawowania kontroli nad sposobem eksploatacji praw, a także inkasowania i podziału między uprawnionych środków finansowych uzyskanych od użytkowników – sprawia, że odgrywają one istotną rolę w obrocie prawami autorskimi i pokrewnymi. Fakt świadczenia przez tytułowe organizacje usług na rzecz autorów oraz użytkowników praw autorskich, którym OZZ odpłatnie udostępniają prawa do utworów będących w ich repertuarze, decyduje o tym, że tytułowe organizacje uczestniczą w wymianie handlowej, której przedmiotem są prawa autorskie. W ten sposób działalność OZZ w sposób bezpośredni wpływa na poziom konkurencji na rynkach związanych z masową eksploatacją dób niematerialnych. Dla uzasadnienia podmiotowości OZZ Prezes UOKiK wskazał także powołane już w niniejszych rozważaniach orzecznictwo Sądu Antymonopolowego oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS).

Uznanie podmiotowości OZZ w postępowaniu antymonopolowym jest kluczowe dla zapewnienia ochrony i rozwoju konkurencji w sferze wykonywania praw autorskich. Zastosowanie do tytułowych organizacji przepisów Prawa konkurencji może jednak powodować konflikt pomiędzy ochroną konkurencji a ochroną autorów i realizacją ich uzasadnionych interesów (o czym niżej).

<sup>25</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego z dnia 13 listopada 2000 r., sygn. akt: XVII Ama 11/00, w: LEX nr 56536.

<sup>26</sup> Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 16 lipca 2004 r. w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez Stowarzyszenie Autorów ZAiKS w Warszawie (Nr RWA-21/2004).

#### 4. Konsekwencje zastosowania do organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi przepisów Prawa konkurencji

Przydanie OZZ podmiotowości w postępowaniu antymonopolowym oznacza zastosowanie wobec tytułowych organizacji art. 5 Prawa konkurencji, przewidującego zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, oraz art. 8 tejże ustawy, zakazującego nadużywania pozycji dominującej. O ile zastosowanie do OZZ zakazu nadużywania pozycji dominującej odbywa się na ogół z korzyścią dla twórcy czy użytkownika, którzy chronieni są w ten sposób przed np. narzucaniem nieuczciwych cen lub uciążliwych warunków umowy przez tytułowe stowarzyszenia, o tyle objęcie OZZ kontrolą w zakresie zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję może godzić w samą ideę zbiorowego zarządu prawami autorskimi. Podstawą skutecznego zarządu prawami autorskimi jest bowiem nie tylko umiejętna sprzedaż przez tytułowe organizacje zgromadzonego repertuaru w interesie i ze skutkiem dla podmiotu powierzającego prawa autorskie, ale również dążenie do dysponowania przez OZZ jak najbogatszą mozaiką praw do utworów, która przyciąga potencjalnych użytkowników. Tę ostatnią mogą natomiast zapewnić tzw. umowy o wzajemnej reprezentacji.

Istotą umowy o wzajemnej reprezentacji jest wzajemne reprezentowanie i wykonywanie praw jednej OZZ na terytorium kraju działania drugiej organizacji. Umowę taką zawiera zatem krajowa OZZ ze swoimi zagranicznymi odpowiednikami w celu pozyskania jak najszerszego repertuaru. Przedmiotem umowy jest natomiast zarządzanie autorskimi prawami majątkowymi. Ze względu na opisane cechy, umowa o wzajemnej reprezentacji może osłabiać konkurencję pomiędzy OZZ będącymi jej stronami w tej mierze, w jakiej jej postanowienia dotyczą np. równego traktowania autorów własnych i autorów drugiej organizacji w odniesieniu do warunków licencji, inkasa, repartycji oraz potrąceń kosztów inkasowo-administracyjnych. Równe traktowanie w zakresie warunków licencji w praktyce oznacza bowiem najczęściej wypracowanie wspólnych taryf stosowanych względem użytkowników. Takie działanie natomiast nosi już znamiona porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, polegające na ustalaniu cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów<sup>27</sup> i teoretycznie mogłoby stać się przedmiotem decyzji Prezesa UOKiK o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej zaniechanie jej stosowania.

Z drugiej jednak strony umowy o wzajemnej reprezentacji pozwalają na maksymalne wykorzystanie wartości ekonomicznej powierzonego w zarząd utworu poprzez udostępnienie go użytkownikom objętym zakresem działania kontraktującej, „wzajemnej” organizacji. Korzysta na nich nie tylko sprawiedliwie wynagradzany twórca, który może liczyć na większe niż w przypadku wyłącznie krajowego użytku zainteresowanie utworem, ale i uczciwie traktowany użytkownik, otrzymujący dostęp do szerokiego, urozmaiconego, światowego repertuaru. W ten sposób zostaje zrealizowana jedna z podstawowych idei leżących u podstaw zbiorowego zarządzania prawami autorskimi – maksymalizacja zysku płynącego dla autora z eksploatacji utworu poprzez udostępnienie go możliwie maksymalnej ilości użytkowników.

Zasadniczo umowa o wzajemnej reprezentacji zwalnia też całkowicie twórców korzystających z ochrony jednego z umawiających się stowarzyszeń od wszelkich formalności związanych z podjęciem ochrony ich dzieł przez drugą z umawiających się organizacji, a także – ilekroć zrzeczenie wymagane jest dla ochrony praw – z konieczności ubiegania się o członkostwo drugiej organizacji. Udogodnienia płynące dla twórcy są zatem znaczne; autor zostaje zwol-

<sup>27</sup> Por. art. 5 ust. 1 pkt 1 Prawa konkurencji.

niony z konieczności dokonania żmudnych czynności formalnych, co sprzyja koncentracji na pracy artystycznej. W praktyce opisywane umowy często zastrzegają także, że żadne z umawiających się stowarzyszeń nie może bez zgody drugiego przyjąć w poczet swych członków jakiegokolwiek osoby objętej ochroną drugiej organizacji<sup>28</sup>. Zastrzeżenia te mają na celu uchronić związane umową strony przed stratami mogącymi wyniknąć z przyznania podwójnej ochrony twórcom objętym już wzajemną reprezentacją. W skrajnym przypadku „podwójnie chroniony” autor uzyskiwałby bowiem nieuprawnione korzyści w postaci wypłaty podwójnego wynagrodzenia autorskiego za eksploatację tego samego, czy tych samych utworów (raz od macierzystej, raz od „wzajemnej” organizacji). Typowe dla opisywanych umów<sup>29</sup> są również postanowienia przewidujące, iż żadne ze stowarzyszeń nie porozumiewa się bezpośrednio z członkami czy osobami, które powierzyły prawa innej organizacji. Repartycja następuje zatem za pośrednictwem macierzystego dla uprawnionego stowarzyszenia. Rozwiązanie to sprzyja należytej kontroli przepływu środków pieniężnych na rzecz autora między stronami umowy.

Gdy zatem zważyć na pozytywne efekty umów o wzajemnej reprezentacji w sferze realizacji uzasadnionych interesów twórcy, zasadniczo rozsądne wydaje się wyłączenie tego typu umów od zarzutów naruszenia art. 5 Prawa konkurencji. Zalety opisywanych umów zdecydowanie przeważają bowiem nad ewentualnymi skutkami ograniczenia konkurencji w sferze wykonywania praw autorskich. Nawet w przypadku, gdy umowa o wzajemnej reprezentacji przewiduje wspólną wysokość taryf stosowanych względem użytkowników, to i tak ograniczenie konkurencji poprzez porozumienie co do ceny jest tu uzasadnione ważnym interesem publicznym, wyrażającym się przede wszystkim w konieczności zapewnienia twórcy skutecznej ochrony jego praw. W tym miejscu warto podnieść, że umowy o wzajemnej reprezentacji zawierane są w oparciu o ujednolicone wzorce, wypracowywane najczęściej w toku współpracy z CISAC (Międzynarodową Konfederacją Stowarzyszeń Autorów i Kompozytorów) oraz BIEM (Międzynarodowym Biurem Stowarzyszeń Zarządzających Prawami do Nagrań i Reprodukacji Mechanicznej), co sprzyja rozsądnemu ustaleniu wysokości wspólnej taryfy stosowanej wobec użytkowników. Natomiast w przypadku oparcia umowy o wzajemnej reprezentacji na taryfie krajowej OZZ gwarantem ochrony konkurencji staje się Komisja Prawa Autorskiego (KPA) zatwierdzająca tabele wynagrodzeń autorskich<sup>30</sup>. Procedura zatwierdzania tabel służy tu wyważeniu interesów autorów i użytkowników poprzez np. odmowę zatwierdzenia tabel przewidujących zbyt wysokie opłaty za eksploatację dzieł, uniemożliwiające użytkownikom dostęp do tychże utworów. Kryteria, jakimi powinna posługiwać się KPA zostały wyraźnie określone w art. 110 Prawa autorskiego. Stosownie do tego przepisu wysokość wynagrodzeń dochodzonych w zakresie zbiorowego zarządzania przez OZZ powinna uwzględniać wysokość wpływów osiąganych z korzystania z utworów i artystycznych wykonań, a także charakter i zakres korzystania z tychże utworów i wykonań. Kontrola z punktu widzenia art. 5 Prawa konkurencji jest więc w tym przypadku zbędna.

Warto dodać, że w literaturze prawniczej pojawiła się także sugestia, by umowy o wzajemnej reprezentacji nie oparte na zatwierdzonych przez KPA tabelach wynagrodzeń przedkładać

<sup>28</sup> Źródło danych: internetowa strona Stowarzyszenia Autorów ZAiKS: [www.zaiks.org.pl](http://www.zaiks.org.pl).

<sup>29</sup> Umowy o wzajemnej reprezentacji zawierane są w oparciu o ujednolicone wzorce, wypracowywane najczęściej w toku współpracy między CISAC (Międzynarodową Konfederacją Stowarzyszeń Autorów i Kompozytorów) oraz BIEM (Międzynarodowym Biurem Stowarzyszeń Zarządzających Prawami do Nagrań i Reprodukacji Mechanicznej).

<sup>30</sup> To uprawnienie przyszanje Komisji Praw Autorskich art. 108 ust. 3 Prawa autorskiego.

UOKiK z wnioskiem o wydanie decyzji nie stwierdzającej stosowania praktyk ograniczających konkurencję na zasadzie art. 11 ust. 1 Prawa konkurencji<sup>31</sup>. Prezes UOKiK potwierdzałby w ten sposób, że przedkładana umowa nie narusza zakazów określonych w art. 5. Takie rozwiązanie spowodowałoby eliminację wszelkich wątpliwości dotyczących postanowień umowy w świetle Prawa konkurencji, co dodatkowo podnosiłoby atrakcyjność OZZ związanych taką umową w oczach użytkowników. Decyzja Prezesa UOKiK potwierdzałaby bowiem, że proponowane przez organizację stawki za eksploatację zostały ukształtowane przez mechanizmy rynkowe, nie zaś – narzucone wskutek porozumienia między organizacjami.

Należy zaznaczyć, że zasadnicze odstępstwo od stosowania art. 5 Prawa konkurencji powinno dotyczyć jedynie porozumień pomiędzy samymi OZZ, nie natomiast sytuacji, w której OZZ zawiera porozumienie dotyczące warunków licencji, inkasa, repartycji czy potrąceń kosztów inkasowo-administracyjnych z podmiotami różnymi od tytułowych organizacji, np. z grupą użytkowników. W takim przypadku art. 5 powinien znaleźć bezpośrednie zastosowanie<sup>32</sup>.

Problemy wynikające z zastosowania wobec OZZ art. 8 Prawa konkurencji, przewidującego zakaz nadużywania pozycji dominującej, najlepiej zilustrować natomiast orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Odwołanie do orzecznictwa Trybunału jest uzasadnione, gdy zważyć, że na Prezesie UOKiK spoczywa obowiązek wykładni krajowych przepisów o ochronie konkurencji w zgodzie z prawem Unii Europejskiej<sup>33</sup>.

## **5. Najważniejsze orzeczenia ETS w zakresie naruszania przez organizacje zasad konkurencji określonych w Traktacie ustanawiającym Europejską Wspólnotę Gospodarczą**

### **5.1 Sprawa C 127/73 *Belgische Radio en Televisie v. SV SABAM and NV Fonior* (zaakceptowanie przez ETS pozycji Komisji wobec GEMY)**

W tej zakończony wyrokiem z dnia 27 marca 1974 r. sprawie, przedmiotem badań stały się niektóre z postanowień statutu oraz wzory umów wykorzystywanych w relacjach z twórcami przez belgijską organizację zbiorowego zarządzania SABAM. Pytania zadano Trybunałowi w związku z prowadzonym przed sądami belgijskimi postępowaniem, mającym ustalić ważność umów zawartych w 1963 oraz 1967 r. pomiędzy SABAM a dwoma twórcami, na podstawie których ci ostatni powierzyli organizacji swe prawa w zarząd. Pierwszą z wątpliwości zgłoszonych ETS było pytanie, czy organizacja, która cieszy się *de facto* pozycją monopolisty w kraju członkowskim w odniesieniu do zarządu prawami autorskimi, nadużywa pozycji dominującej w rozumieniu art. 86 (obecnie art. 82) TWE<sup>34</sup> poprzez wymóg pełnego (obejmującego wszystkie dostępne pola eksploatacji) udzielania jej praw przez twórców, bez rozróżniania poszczególnych kategorii tych praw. Drugie pytanie dotyczyło natomiast okoliczności, czy nadużycie pozycji dominującej może się przejawiać poprzez nałożony na autorów warunek powierzenia w zarząd praw zarówno istniejących, jak i przyszłych, połączony z postano-

<sup>31</sup> Tak: M. Kępiński, *System Prawa Prywatnego. Prawo autorskie*, tom 13, red. J. Barta, Warszawa 2003, s. 554.

<sup>32</sup> Ibidem, s. 555.

<sup>33</sup> Obowiązek wykładni krajowych przepisów o ochronie konkurencji w zgodzie z prawem Unii Europejskiej istniał także przed przystąpieniem Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej na zasadzie art. 68 i art. 69 Układu Europejskiego, ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczypospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, podpisanego w Brukseli dnia 16 grudnia 1991 r., Dz. U. z 1994 r., Nr 11, poz. 38.

<sup>34</sup> Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską.

wieniem przewidującym zarządzanie tymi prawami przez okres pięciu lat po ustaniu członkostwa w organizacji (rezygnacji).

Trybunał trafnie zważył, iż nakładanie na członków przez organizację, zajmującą na rynku pozycję dominującą w rozumieniu art. 86 (obecnie art. 82) TWE, zobowiązań, które nie są niezbędne dla realizacji jej celów (w tym wypadku – obowiązku pełnego udzielenia przez twórców przysługujących im praw) i tym samym bezpodstawne ograniczanie członkom swobody wykonywania ich praw autorskich może stanowić nadużycie pozycji dominującej<sup>35</sup>. ETS słusznie uznał również, że – wbrew twierdzeniom SABAM – organizacja ta nie korzysta z ochrony art. 86 ust. 2 (dawnego art. 90) TWE, zapewniającego przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym szczególny status w świetle reguł konkurencji tworzonych przez Traktat.

Powyższym orzeczeniem Trybunał zaakceptował punkt widzenia Komisji EWG, która w decyzji z 2 czerwca 1971 r. uznała szereg postanowień ówczesnego statutu niemieckiej organizacji zbiorowego zarządu GEMA<sup>36</sup> za zagrażające zasadom prawa konkurencji w świetle art. 82 (dawnego art. 86) TWE. Wątpliwości Komisji wzbudziły wówczas – występujące również w praktyce działalności SABAM – postanowienia tworzące obowiązek przeniesienia na GEMA całości praw majątkowych od osób reprezentowanych przez organizację zarówno w Niemczech, jak i zagranicą, bardzo długi okres wypowiedzenia przynależności do organizacji, czy obowiązek powierzenia jej praw do utworów powstałych już w czasie wypowiedzenia członkostwa<sup>37</sup>. Dodatkowe zastrzeżenia budziło przyznanie statutem wypłat premii za wieloletnią przynależność do GEMA oraz zarezerwowanie uczestnictwa w funduszu socjalnym wyłącznie dla członków zrzeszonych od co najmniej 20 lat. Osiągnięty podówczas pomiędzy Komisją a GEMA kompromis zakładał, między innymi, że członkowie nie będą zobowiązani do wyzbywania się wszelkich majątkowych uprawnień autorskich na rzecz GEMA oraz nie będą zobligowani do przeniesienia praw w odniesieniu do krajów, w których organizacja nie działa bezpośrednio. Uzgodniono także skrócenie dotychczas 6-letniego okresu wypowiedzenia do lat 3.

W rezultacie rozstrzygnięć w sprawach GEMA i SABAM (oraz SACEM – o czym niżej), ochrona konkurencji w sferze wykonywania praw autorskich uległa zatem zauważalnej poprawie. W statutach pojawiły się postanowienia gwarantujące przenoszenie majątkowych uprawnień autorskich na rzecz innych organizacji, umożliwiając tym samym przynależność podmiotu uprawnionego z tytułu praw autorskich lub pokrewnych do kilku organizacji naraz. Nie bez znaczenia dla działalności organizacji i podniesienia standardu ochrony pozostała także dyskutowana w sprawie dyskryminacja autorów, wyrażająca się w postanowieniach umownych zakazujących utrzymywania przez członków bezpośrednich kontaktów z użytkownikami (w szczególności – zagranicznymi wydawcami), ograniczaniu prawa bycia członkiem organizacji tylko do obywateli (lub rezydentów<sup>38</sup>) kraju, w którym działa stowarzyszenie, czy uzależnianiu możliwości zajmowania pozycji w organie decyzyjnym (lub nadzorczym) stowarzyszenia od obywatelstwa kraju – siedziby organizacji. Wszystkie powyżej opisane przypadki znalazły się bowiem od tej pory pod czujnym okiem Komisji i Trybunału.

<sup>35</sup> Z treści uzasadnienia wyroku: „It must thus be concluded that the fact that an undertaking entrusted with the exploitation of copyrights and occupying a dominant position within the meaning of article 86 imposes on its members obligations which are not absolutely necessary for the attainment of its object and which thus encroach unfairly upon a member's freedom to exercise his copyright can constitute an abuse”.

<sup>36</sup> Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte.

<sup>37</sup> O powodach wydania decyzji i jej skutkach czytaj więcej: M. Kępiński, *System prawa prywatnego. Prawo autorskie*, tom 13, red. J. Barta, Warszawa 2003, s. 552.

<sup>38</sup> Osób mających miejsce zamieszkania lub stale przebywających na terenie danego kraju.

## 5.2 Sprawa C 7/82 Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) v. Komisja

Kolejne, istotne w świetle tematu niniejszych rozważań, orzeczenie Trybunału zapadło dnia 2 marca 1983 r. W opisywanej sprawie GVL – jedyna wówczas organizacja zbiorowego zarządzania zajmująca się ochroną praw autorskich i praw artystów wykonawców (praw pokrewnych) w Republice Federalnej Niemiec – wystąpiła na podstawie ust. 2 dawnego art. 173 TWE<sup>39</sup> o stwierdzenie, że decyzja Komisji z 29 października 1981 r., odnosząca się do procedury z dawnego art. 86 TWE (obecnie art. 82) jest nieważna<sup>40</sup>. Skarżona decyzja przewidywała bowiem, że dotychczasowa praktyka GVL (wykonywana przed dniem 21 listopada 1980 r.) polegająca na odmowie zawierania umów o zarządzanie prawami autorskimi z zagranicznymi artystami, nie posiadającymi miejsca zamieszkania na terytorium RFN, oraz na nie podejmowaniu zarządu prawami takich artystów w RFN, stanowiła, w zakresie, w jakim artyści posiadali obywatelstwo lub miejsce zamieszkania na terenie innego kraju, nadużycie pozycji dominującej w znaczeniu dawnego art. 86 TWE. W uzasadnieniu skargi GVL powołała się na swą szczególną misję i stąd zażądała przyznania jej szczególnego statusu w świetle dawnego art. 90 ust. 2 (obecnie art. 86 ust. 2) TWE. Argumentami podniesionymi przez GVL w skardze były, między innymi: podległość jej funkcjonowania nadzorowi ze strony niemieckiego Urzędu Patentowego, konieczność uzyskania zezwolenia na zarządzanie prawami, czy obowiązek kontraktowania w odniesieniu do niektórych umów. Trybunał skargę jednak oddalił. Jedną z przyczyn takiego rozstrzygnięcia był niewątpliwie fakt, iż prawo niemieckie nie powierzyło zarządu prawami autorskimi wyłącznie GVL, a stworzyło jedynie – w sposób ogólny – zasady, które należy stosować do przedsiębiorców, ilekroć podejmują lub wykonują kolektywny zarząd prawami autorskimi. Zwiększony zakres nadzoru wobec GVL, i innych ewentualnie powstałych na gruncie prawa niemieckiego organizacji zbiorowego zarządzania, nie usprawiedliwia zatem uznania tych organizacji za przedsiębiorców zobowiązanych do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (o których mówi art. 86 ust. 2 TWE).

W orzeczeniu Trybunał przypomniał również, że funkcjonowanie organizacji zbiorowego zarządzania nie może przybierać takich form, które naruszają zasadę swobodnego przepływu usług, a w szczególności nie może dochodzić do wykorzystywania praw artysty wykonawcy w sposób powodujący dzielenie Wspólnego Rynku. Charakterystyczne, że ETS przyjął bardzo szeroką definicję: „usługi”, obejmując ją zarówno udzielanie przez tytułowe organizacje licencji na rzecz użytkowników praw, jak i świadczenie podmiotom praw autorskich zarządu tymi prawami.

## 5.3 Sprawa C 395/87 Ministere public v. Jean-Louis Tournier

W przedmiotowej sprawie pytania zadano Trybunałowi w związku z procesem karnym toczonym przeciwko Jean-Louis Tournier’owi, dyrektorowi SACEM – opisywanej już francuskiej organizacji zbiorowego zarządzania. Oskarżenie oparto na zarzutach prowadzącego dyskotekę (*operator of a discotheque*) Juan-les-Pins’a, który wystąpił również z roszczeniem odszkodowawczym, powołując okoliczność, iż SACEM wymagała od niego nadmiernych, niesprawiedliwych i nieuprawnionych należności z tytułu wykonań chronionych dzieł muzycznych w jego lokalach dyskotekowych, naruszając w ten sposób odpowiednie przepisy prawa francuskiego.

<sup>39</sup> Obecnie art. 230 TWE.

<sup>40</sup> W świetle dawnego art. 173 ust. 2 (obecnie art. 230) TWE: „Każda osoba fizyczna lub prawna może wnieść, na tych samych warunkach, skargę na decyzje, których jest adresatem oraz na decyzje, które mimo przyjęcia w formie rozporządzenia lub decyzji skierowanej do innej osoby dotyczą jej bezpośrednio i indywidualnie.”

Istotnym zarzutem przedstawionym SACEM był także fakt, że pokrzywdzone dyskoteki korzystały w dużej mierze z muzyki pochodzenia anglo-amerykańskiego, czego nie uwzględniały metody kalkulacji tantiem (taryfy) zastosowane przez tytułową organizację. Taryfy opierały bowiem stałą opłatą w wysokości 8,25% od obrotu niezależnie od rodzaju wykorzystywanych publicznie dzieł. Co więcej, prowadzący dyskotekę musieli płacić wysokie tantiemy, by uzyskać dostęp do całości repertuaru SACEM, nawet wtedy, gdy byli zainteresowani jedynie jego częścią. SACEM wielokrotnie odmawiała bowiem zezwoleń częściowych, dotyczących jedynie fragmentu repertuaru. W dodatku, związane z SACEM umowami o wzajemnej reprezentacji<sup>41</sup> inne organizacje zbiorowego zarządzania również odmawiały dostępu do tej części utworów, która była poszukiwana przez zainteresowanych. Tym samym praktycznie uniemożliwiano prowadzącym dyskotekę uzyskanie poszukiwanego repertuaru za uczciwą cenę.

Wśród pytań zadanych Trybunałowi kluczową rolę odgrywały wątpliwości: czy dochodzi do naruszenia art. 81 ust. 1 (dawniej art. 85) TWE wskutek uzgodnionego postępowania, polegającego na korzystaniu przez organizacje zbiorowego zarządzania z sieci umów o wzajemnej reprezentacji, które zmuszają użytkownika do nabywania praw także zagranicznych autorów od odpowiedniej organizacji krajowej (tu: SACEM) oraz: czy wymuszanie taryf względem dyskotek (partnerów), jeśli taryfy są oczywiście wyższe od tych stosowanych przez organizacje zbiorowego zarządzania w innych państwach Unii, stanowi nadużycie pozycji dominującej? Odpowiadając na powyższe pytania ETS zważył, iż postanowienie art. 81 (dawniej art. 85) TWE należy interpretować w ten sposób, że krajowa organizacja zbiorowego zarządu prawami autorskimi, która posiada dominującą pozycję na istotnej części Wspólnego Rynku, narzuca nieodpowiednie warunki, jeśli opłaty, jakich domaga się od dyskotek, są istotnie wyższe niż pobierane w innych państwach członkowskich, przy czym zróżnicowanie taryfy, jeśli chodzi o ich wysokość, należy wzajemnie porównywać na jednakowej płaszczyźnie (podstawie). Trybunał dodał jednak, że: „Oczywiście uzasadniona byłaby inna ocena, gdyby organizacja zbiorowego zarządzania mogła usprawiedliwić tę różnicę [w wysokości taryf] wskazując na obiektywne i relewantne okoliczności przy wykonywaniu praw w porównywanym i w pozostałych państwach członkowskich”. W odniesieniu do pytania dotyczącego uzgodnionego postępowania organizacji, ETS stwierdził, że postanowienie art. 81 (dawniej art. 85) TWE należy interpretować w ten sposób, że zabrania on jakiegokolwiek uzgodnionego między organizacjami zbiorowego zarządzania postępowania, które ma taki cel lub skutek, iż każda organizacja będzie odmawiać użytkownikom mającym siedzibę w innym państwie członkowskim bezpośredniego dostępu do jej repertuaru. Trybunał dodał, że: „Do kompetencji sądów krajowych należy przy tym ustalenie, czy tego rodzaju porozumienie między organizacjami miało faktycznie miejsce. Sąd krajowy powinien rozstrzygnąć więc, czy przez umowy wzajemne użytkownik utworów został w sposób niedozwolony skrzępowany”.

Przedstawione orzecznictwo znajduje w pełni zastosowanie do funkcjonowania OZZ w Polsce. Doskonałym przykładem uwzględnienia dorobku ETS w zakresie zakazu nadużywania pozycji dominującej przez tytułowe organizacje jest powołana już w niniejszych rozważaniach decyzja Prezesa UOKiK z dnia 16 lipca 2004 r. w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez Stowarzyszenie Autorów ZAiKS. W decyzji tej Prezes UOKiK uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i 2 Prawa konkurencji, nadużywanie przez ZAiKS pozycji dominującej na krajowym rynku zbio-

<sup>41</sup> Istotę umowy o wzajemnej reprezentacji opisano w pkt. 4 (Konsekwencje zastosowania do organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi przepisów Prawa konkurencji).

rowego zarządzania prawami autorskimi do utworów muzycznych poprzez wymuszanie na autorach, oddających utwory pod ochronę, zarówno będących, jak i nie będących członkami tego stowarzyszenia, udzielenia Stowarzyszeniu Autorów ZAiKS wyłącznego upoważnienia do zarządzania prawami do tych utworów w zakresie publicznego wykonania oraz nagrań mechanicznych. Za naruszenie art. 8 ust. 1 i 2 zostało także uznane uzależnianie przez ZAiKS sprawowania zbiorowego zarządu prawami autorskimi na rzecz osób będących członkami tego stowarzyszenia od oddania w zarząd łącznie prawa udzielania zezwoleń na wykonanie publiczne utworów, ich nagrywanie mechaniczne oraz nadania radiowo-telewizyjne.

Omawiana decyzja spowoduje z pewnością szybkie zmiany w treści umów powierniczych przedstawianych do podpisu twórcom powierzającym prawa w zarząd OZZ. W chwili obecnej nadal funkcjonują bowiem na rynku wzorce umów, których wykorzystanie nieuchronnie prowadzi do naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej. Dobrym przykładem jest tu umowa o powierzenie zarządzania i ochrony praw autorskich wykorzystywana przez Związek Polskich Artystów Plastyków (ZPAP)<sup>42</sup>. § 1 ust. 1 tejże umowy przewiduje, że: „Twórca powierza ZPAP na zasadzie wyłączności, a ZPAP przyjmuje prawo do podejmowania wszelkich czynności związanych z zarządzaniem i ochroną autorskich praw majątkowych Twórcy do stworzonych przez niego utworów plastycznych (zwanym dalej „Utworami”) oraz wykonywaniem uprawnień wynikających z ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych”. Natomiast § 1 ust. 3 wskazuje, że zbiorowe zarządzanie w odniesieniu do praw powierzonych ZPAP na mocy opisywanej umowy odbywać się będzie w szczególności na takich polach eksploatacji, jak: zwielokrotnienie jakąkolwiek techniką, wprowadzenie do pamięci komputera, wystawienie, wprowadzenie do obrotu, najem, dzierżawa, nadanie za pomocą wizji bezprzewodowej lub przewodowej przez stację naziemną lub za pośrednictwem satelity. Ust. 4 cytowanego paragrafu przewiduje zaś, że powierzone ZPAP prawo do zarządzania i ochrony praw autorskich odnosi się do wszystkich utworów stworzonych przez twórcę zarówno przed, jak i po podpisaniu umowy, ustalonych jakiejkolwiek postaci. Stosowanie opisanego wzorca umowy może zatem doprowadzić do nadużycia przez ZPAP pozycji dominującej na rynku zbiorowego zarządzania prawami autorskimi do utworów plastycznych poprzez wymaganie powierzenia praw w zarząd na polach eksploatacji znacznie wykraczających poza potrzebę (oczekiwany użytek ze strony beneficjentów licencji), bez uwzględnienia charakteru twórczości (praw), realizowanego w dodatku na zasadzie wyłączności.

Jak wynika z powyższych rozważań, konsekwencje zastosowania do OZZ przepisów Prawa konkurencji nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od zasad wynikających z orzecznictwa ETS. By jednak odpowiedzieć na pytanie postawione na wstępie rozważań: w jakim stopniu obowiązująca obecnie krajowa regulacja prawna zabezpiecza rozwój i ochronę konkurencji na rynku zarządzania prawami autorskimi, należy przyrzeć się jeszcze przepisom zapewniającym przejrzystość i kontrolę legalności działania OZZ w tej mierze, w jakiej wpływają one na rozwój i ochronę konkurencji na tymże rynku.

## **6. Przepisy zapewniające przejrzystość i kontrolę legalności działania OZZ**

Z przedstawionego orzecznictwa, a w szczególności ze sprawy SABAM oraz decyzji Komisji w sprawie GEMA, wynika, że o nadużyciu pozycji dominującej przez OZZ może stanowić również treść jej statutu. Istotne z punktu widzenia ochrony konkurencji stają się zatem te przepisy, które umożliwiają weryfikację postanowień statutu przez odpowiedni organ.

<sup>42</sup> Dostępna na internetowej stronie ZPAP: [www.zpap.org.pl](http://www.zpap.org.pl).

W przypadku OZZ pierwotnej kontroli postanowień statutu dokonuje minister właściwy do spraw kultury i dziedzictwa narodowego w momencie udzielania zezwolenia na zarząd prawami autorskimi. Zgodnie z treścią art. 104 ust. 3 Prawa autorskiego udziela on bowiem zezwolenia wyłącznie tym organizacjom, które dają: „rękojmię należytego zarządzania powierzonymi prawami”. Abstrahując od oczywistej nieostrości wskazanego kryterium, należy stwierdzić, że ocenie ministra powinny tu podlegać: dysponowanie przez OZZ odpowiednimi środkami finansowymi i strukturą organizacyjną wystarczającą dla sprawowania zbiorowego zarządu prawami autorskimi, reprezentowanie dostatecznego dla wykonywania zarządu zakresu praw do utworów i właśnie postanowienia statutu. Przy kontroli tych ostatnich minister powinien zwrócić szczególną uwagę na to, czy nie dyskryminują one niektórych grup podmiotów reprezentowanych przez OZZ<sup>43</sup>. Prawo autorskie nie precyzuje jednak szczegółowo działań, jakie powinien podjąć minister, który poweźmie wątpliwości co do treści statutu w kontekście ewentualnego naruszenia przez OZZ zakazu nadużycia pozycji dominującej. Jedynym wyraźnie wynikającym z Prawa autorskiego rozwiązaniem jest wówczas odmowa wydania zezwolenia na zarząd prawami autorskimi. Tymczasem właściwym działaniem w opisywanej sytuacji powinno być przedłożenie treści badanego przez ministra statutu UOKiK, który ostatecznie stwierdziłby, czy nie dochodzi do naruszenia zakazu z art. 8 Prawa konkurencji<sup>44</sup>. Przedstawione rozważania uzasadniają zatem sformułowanie postulatu *de lege ferenda* co do konieczności nałożenia na ministra obowiązku przedłożenia statutu UOKiK, ilekroć w toku pierwotnej kontroli pojawiają się wątpliwości co do jego zgodności z zasadami konkurencji.

Należy pamiętać, że do zmiany statutu stowarzyszenia może dojść także w trakcie jego funkcjonowania jako OZZ. Zastosowanie znajdzie wówczas art. 21 Prawa o stowarzyszeniach, zobowiązujący zarząd organizacji do niezwłocznego zawiadomienia sądu rejestrowego o zmianie statutu. Konsekwentnie realizując proponowany w rozważaniach model kontroli, należałoby w tym przypadku zobowiązać sąd rejestrowy do przedłożenia statutu ministrowi właściwemu do spraw kultury i dziedzictwa narodowego. Ten ostatni zaś, tak samo jak w przypadku kontroli pierwotnej, w razie powzięcia wątpliwości co do zgodności treści statutu z zasadami Prawa konkurencji, przekazywałby go do UOKiK w celu wydania decyzji o niestwierdzeniu praktyki ograniczającej konkurencję. Proponowana zmiana nie narusza podstawowej regulacji dotyczącej nadzoru ogólnego nad stowarzyszeniami leżącego w gestii starosty<sup>45</sup>.

Na zakończenie warto jeszcze wspomnieć, że nieuchwalony w tej części rządowy projekt nowelizacji Prawa autorskiego z 19 stycznia 2004 r.<sup>46</sup>, porządkował kwestię ministerialnych uprawnień, przedstawiając ich katalog oraz obowiązki organizacji wobec organu nadzoru. Zobowiązywał on stowarzyszenia do informowania ministra o istotnych zmianach organizacyjnych oraz zdarzeniach mogących mieć wpływ na należyte wykonywanie zbiorowego zarządzania oraz ochrony praw, a co za tym idzie – również ochrony konkurencji. W myśl projektu, minister władny był wykonywać nadzór w odniesieniu do zmian statutu oraz regulaminu podziału wynagrodzeń i opłat, na polu legalności porozumień zawieranych z OZZ oraz

<sup>43</sup> Dyskryminacja taka pojawia się szczególnie w przypadku, gdy OZZ zarządza jednocześnie prawami twórców oraz artystów wykonawców (jak np. Związek Artystów Scen Polskich – ZASP), czy twórców i producentów (jak np. Stowarzyszenie Niezależnych Autorów Radiowych i Telewizyjnych – SNART).

<sup>44</sup> Podobnie M. Kępiński, *System Prawa Prywatnego. Prawo autorskie*, tom 13, red. J. Barta, Warszawa 2003, s. 555.

<sup>45</sup> To uprawnienie przynajmniej staroście właściwemu ze względu na siedzibę stowarzyszenia (OZZ) art. 8 ust. 5 pkt 2 Prawa o stowarzyszeniach.

<sup>46</sup> W nowelizacji z 1 kwietnia 2004 r., Dz. U. z 2004 r., Nr 91, poz. 869, pominięto propozycje zmian w rozdziale 12 Prawa autorskiego – Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi.

umów o wzajemnej reprezentacji z zagranicznymi OZZ. Nadzór ministra obejmował również sprawozdania finansowe i roczne sprawozdania z prowadzonej działalności, opinie i raporty biegłego rewidenta, a także ugody i wyroki w sprawach, w których organizacja jest stroną, związanych z zbiorowym zarządzaniem prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi i ich ochroną<sup>47</sup>. Organizacje zobligowane były do przedkładania ministrowi tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów praw pokrewnych. W zasadzie, dobry obraz nieuchwalonej części projektu psuł jedynie brak odpowiednich postanowień o samodzielnym nakładaniu przez ministra grzywny celem zastosowania się do wymagań organu nadzorującego. Projektowana nowelizacja sprzyjała zatem ochronie konkurencji na rynku wykonywania praw autorskich.

## 7. Wnioski

Powyższe rozważania uzasadniają wniosek, że przepisy Prawa konkurencji, interpretowane zgodnie z prawem Unii Europejskiej, a w szczególności z uwzględnieniem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w wystarczającym stopniu zabezpieczają rozwój i ochronę konkurencji na rynku zarządzania prawami autorskimi. Dowodem należytego funkcjonowania systemu ochrony konkurencji jest decyzja Prezesa UOKiK z dnia 16 lipca 2004 roku w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez Stowarzyszenie Autorów ZAiKS. Z pewnością przyczyni się ona do szybkiej zmiany wzorców umów o zarządzanie prawami autorskimi, przedkładanych przez tytułowe organizacje do podpisu autorsko uprawnionym podmiotom. Decyzja ta wyjaśnia także wszelkie wątpliwości w odniesieniu do możliwości zakwalifikowania OZZ jako przedsiębiorców dla potrzeb Prawa konkurencji, przedstawiając – po raz pierwszy – wyczerpujące uzasadnienie, przemawiające za przydaniem opisywanym organizacjom podmiotowości w postępowaniu antymonopolowym.

Nieocenioną rolę w uporządkowaniu relacji pomiędzy OZZ a przepisami Prawa konkurencji odegrało orzecznictwo ETS. Uznanie podmiotowości tytułowych organizacji w postępowaniu antymonopolowym, zakwalifikowanie udzielania przez OZZ licencji na rzecz użytkowników praw, jak i świadczenia podmiotom praw autorskich zarządu tymi prawami jako usługi, umożliwiło objęcie OZZ regułami prawa antymonopolowego. Dzięki orzecznictwu, akceptującemu stanowisko Komisji EWG co do możliwości uznania poszczególnych postanowień statutów OZZ za zagrażające zasadom Prawa konkurencji, powstał stypizowany katalog tychże postanowień, pozwalający organom ochrony konkurencji niezwłocznie reagować w przypadku zagrożenia. Obowiązek przeniesienia na organizację całości praw majątkowych do utworów, bardzo długi okres wypowiedzenia przynależności do organizacji, czy obowiązek powierzenia OZZ utworów powstałych zarówno przed zrzeszeniem z organizacją, jak i w czasie trwania członkostwa, to tylko niektóre z postanowień wskazanych przez Trybunał jako ograniczające konkurencję.

Natomiast ujemne konsekwencje dla rozwoju i ochrony konkurencji niesie za sobą brak ustawowego katalogu uprawnień ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, który przewidywałby obowiązek przedłożenia statutu OZZ do weryfikacji UOKiK, ilekroć minister powyższe uzasadnione wątpliwości co do zgodności jego postanowień z przepisami Prawa konkurencji. Powstała w ten sposób luka w postępowaniu nadzorczym psuje dobry obraz obowiązującej regulacji prawnej. Powoduje bowiem niemożliwość szybkiej i skutecznej reakcji na potencjalne nadużycie pozycji dominującej.

<sup>47</sup> Rekonstrukcja możliwych działań nadzorczych ministra z proponowanego, nieuchwaloną w tej części nowelą, brzmienia art. 110 ust. 1 – 4 oraz art. 110<sup>1</sup> ust. 2 pkt. 1 – 4.

Przedstawione rozważania uzasadniają sformułowanie postulatu *de lege ferenda* co do konieczności zobowiązania ministra właściwego do spraw kultury i dziedzictwa narodowego do przedkładania UOKiK nie tylko statutów tytułowych organizacji, lecz także umów o wzajemnej reprezentacji – na zasadach określonych w treści rozważań. Takie rozwiązanie spowoduje eliminację wszelkich wątpliwości dotyczących postanowień statutów i umów w świetle Prawa konkurencji, co dodatkowo podniesie atrakcyjność OZZ posiadających taki statut lub związanych taką umową w oczach użytkowników. Decyzja Prezesa UOKiK potwierdzałaby bowiem, że proponowane przez organizację stawki za eksploatację zostały ukształtowane przez mechanizmy rynkowe, nie zaś – narzucone wskutek porozumienia między organizacjami.

Katarzyna Chachłowska

## **Kompetencje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie zwalczania nieuczciwej reklamy na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów**

Wraz z nowelizacją ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>1</sup> w 2002 r.<sup>2</sup> Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów<sup>3</sup> uzyskał kompetencje do podejmowania działań w ramach ochrony zbiorowych interesów konsumentów.

Prezes UOKiK, jako centralny organ administracji rządowej może wszczynać i prowadzić sformalizowane postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, które mogą być poprzedzone postępowaniami wyjaśniającymi. Organ antymonopolowy – w tym zakresie – podejmuje działania z urzędu, bądź na wniosek uprawnionych podmiotów. Legitymację czynną do wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie postępowania posiadają:

- Rzecznik Praw Obywatelskich,
- rzecznik ubezpieczonych,
- rzecznik konsumentów,
- organizacja konsumencka,
- zagraniczna organizacja wpisana na listę organizacji uprawnionych w państwach Unii Europejskiej do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania, opublikowaną w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, jeżeli cel jej działania uzasadnia wystąpienie z wnioskiem o wszczęcie postępowania dotyczącego naruszenia wynikającego z niezgodnych z prawem zaniechań lub działań podjętych w Polsce, zagrażających zbiorowym interesom konsumentów w państwie członkowskim, w którym organizacja ma swoją siedzibę<sup>4</sup>.

Praktyka wskazuje, że bardzo często asumptem do wszczęcia postępowań w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów są napływające do Urzędu skargi konsumenckie. Ustawa o ochronie /.../ nie definiuje pojęcia zbiorowych interesów konsumentów. Art. 23a ustawy wskazuje jedynie, że przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy. Nie jest zbiorowym interesem konsumentów suma indywidualnych interesów konsumentów. Dalej ustawodawca enumeratywnie wylicza praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów. Zalicza się wśród nich – obok stosowania postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umów uznanych za niedozwolone (o których mowa w art. 479 kpc) oraz naruszenia obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji – nieuczciwa lub wprowadzająca w błąd reklama.

<sup>1</sup> Ustawa z 15.12.2000 r., o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm. (zwana dalej ustawą o ochronie /.../).

<sup>2</sup> Dział IIIa, *Zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów*, dodany 15.12.2002 r.; Dz. U. z 2002 r. Nr 129, poz. 1102, art. 1.

<sup>3</sup> Zwany dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu, organ antymonopolowy.

<sup>4</sup> Art. 101a ustawy o ochronie /.../.

W tym miejscu zasadne, z uwagi na przybliżenie omawianej materii, wydaje się być przytoczenie kilku uwag na temat reklamy; jej definicji, funkcji i celów.

## Reklama – definicja, funkcje, cele

Reklama jako nieodczuwalny element życia gospodarczego istnieje praktycznie od zawsze. Jej zjawisko związane jest z istnieniem rynku, z nadmiarem niektórych produktów i usług. Nie jest możliwe wskazanie jednoznacznie, kiedy narodziła się reklama. Pojawiają się poglądy wskazujące na starożytny Babilon, Egipt oraz takie, które kolebkę reklamy upatrują w starożytnej Grecji i Rzymie. Jako przykład reklamy czasów starożytnych może posłużyć znaleziona wśród ruin Pompei tablica z napisem: „Wędrowcze! Idź stąd do dwunastej wieży, tam prowadzi Sarinius winiarnię. Wstąp do niej – bądź zdrow”<sup>5</sup>.

Przez długie lata zagadnienia związane z reklamą jako czynem nieuczciwej konkurencji były w Polsce problemami czysto akademickimi, oderwanymi od życia. Do końca lat 80-tych w obowiązującym centralnym systemie zarządzania gospodarką, oferta rynkowa była skromna, nie istniała konkurencja, a w konsekwencji reklama..

Wprowadzenie do ustawodawstwa i praktyki zasady wolności gospodarczej spowodowało żywiołowy rozwój reklamy. Funkcjonujące w warunkach konkurencji przedsiębiorstwa muszą swoje produkty wspierać odpowiednią promocją. Możliwość prowadzenia reklamy wynika z zasady wolności gospodarczej i prawa swobody wypowiedzi. Jednak ta swoboda nie może być niczym nieograniczona. Wszechobecność reklamy w życiu codziennym zmusiła prawników do stworzenia prawnych ram jej treści, formy i sposobu przekazu<sup>6</sup>.

W systemie prawa polskiego brak jest jednej powszechnie obowiązującej definicji legalnej reklamy. Różne akty prawne odnoszące się w mniejszym lub większym stopniu do problematyki reklamy określonych towarów lub usług definiują to pojęcie na potrzeby konkretnej regulacji.

Najczęściej powoływana definicja reklamy znajduje się w ustawie z dnia 20 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji<sup>7</sup>. W świetle art. 4 pkt 6 tej ustawy „Reklamą jest każdy przekaz, nie pochodzący od nadawcy, zmierzający do promocji sprzedaży albo innych form korzystania z towarów lub usług, popierania określonych spraw lub idei albo osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę, nadawany za opłatą lub inną formą wynagrodzenia”.

Należy zaznaczyć, że przytoczona definicja reklamy jest definicją szeroką obejmującą zarówno reklamę stricte gospodarczą, jak również reklamę polityczną oraz społeczną służącą propagowaniu określonych wartości, haseł, idei społecznie użytecznych.

W związku z akcesją Polski w struktury UE, a w konsekwencji obowiązkiem harmonizacji prawa, duże znaczenie przy interpretacji krajowych przepisów ma definicja reklamy zawarta w Dyrektywie nr 84/450/EWG<sup>8</sup>. Zgodnie z art. 2 ust. 1 tego aktu „reklamą jest każda wypowiedź towarzysząca wykonywaniu działalności handlowej, produkcyjnej, rzemieślniczej albo wykonaniu wolnego zawodu mająca na celu zwiększenie zbytu towarów albo rozszerzenie wykonania usług (...)”. W tym kontekście nie będą uważane za reklamę te działania, które nie dotyczą produktu (towaru lub usługi). Definicja zaprezentowana w dyrektywie pojęcie reklamy ogranicza jedynie do tych działań, które służą zwiększeniu popytu (reklama gospodarcza). Również w doktrynie wykształciły się różne pojęcia reklamy.

<sup>5</sup> K. Grzybczyk, *Prawo reklamy*, Zakamycze 2004, s.11.

<sup>6</sup> E. Nowińska, *Dopuszczalna treść i swoboda reklamy w BPŚ*, 1992/3, s. 55.

<sup>7</sup> Dz. U. z 2000 r. Nr 101, poz. 1114 ze zm.

<sup>8</sup> Dyrektywa Rady nr 84/450 EWG z dnia 10.09.1984 r. w sprawie ujednolicenia przepisów prawnych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd.

Przykładowo dla I. Wiszniewskiej i R. Skubisza reklamę stanowi każda wypowiedź zmierzająca do stymulowania zbytu towarów i usług. Charakter taki mają – zdaniem autorów – zmierzające do tego celu wypowiedzi w środkach masowego przekazu (prasa, radio, telewizja, kino), ogłoszenia uliczne (plakaty, szyldy, informacje świetlne), napisy na pojazdach, różnego rodzaju druk, ulotki, ogłoszenia megafonowe, telefoniczne zachęty, nagabywanie przechodniów na ulicach<sup>9</sup>. Czasami organy orzekające rozstrzygając konkretną sprawę, formułują definicję reklamy. Zgodnie z tezą wyroku NSA z dnia 10 czerwca 1999 r.<sup>10</sup> „reklamę stanowią zawsze informacje o konkretnych towarach, o ich zaletach, wartościach i możliwościach nabycia, przekazywane bliżej nieokreślonemu kontrahentowi mające na celu zachęcenie go do kupna”.

Przytoczone wyżej sposoby przedstawienia i rozumienia pojęcia reklamy wykazują dużą różnorodność. Wydaje się jednak, że wszystkie upatrują w niej każdą formę przekazu wspierającą popyt na dany produkt.

Na potrzeby niniejszego opracowania przyjęto, że reklamę stanowi każda wypowiedź przedsiębiorcy mająca na celu zachęcenie do nabycia oferowanych przez niego towarów lub usług, a tym samym zmierzająca do zwiększenia na nie popytu.

Obok reklamy w obrocie gospodarczym istnieje neutralna informacja handlowa, zaznaczyć należy jednak, że pojęcia te nie są tożsame. Reklama zawsze zawiera w sobie warstwę informacyjną, jednak obok niej pojawia się również perswazja, i elementy te są w różny sposób ze sobą skorelowane<sup>11</sup>. Reklama zawsze odwołuje się do sfery emocjonalnej klienta, próbuje wywołać w nim uczucie zapotrzebowania na dany produkt i wpłynąć na decyzję co do jego nabycia. Przekazowi reklamowemu zazwyczaj towarzyszy element przesady, czy wyolbrzymienia, które to mają zwrócić uwagę przeciętnego odbiorcy na reklamowany produkt. Natomiast informacja handlowa stanowi obiektywny przekaz o towarze lub usłudze, stanowi źródło rzetelnych wiadomości dla klientów. Od reklamy różni ją cel, jakim jest dokładne zapoznanie z wszelkimi danymi o produktach oferowanych na rynku. Wyznaczenie cezur między informacją a reklamą jest trudne. Co znaczy „informować”, a co „reklamować”, należy oceniać każdorazowo na podstawie konkretnego przypadku i obowiązującego stanu prawnego<sup>12</sup>. Neutralna informacja handlowa nie pozostaje poza spektrum zainteresowania organu antymonopolowego, bowiem art. 23 a ust. 2 ustawy o ochronie /.../ stanowi, że praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest naruszenie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji. Jako statuujący ten obowiązek można wskazać art. 3 ust. 1 ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego<sup>13</sup>, w świetle którego sprzedawca jest zobowiązany udzielić kupującemu jasnych, zrozumiałych i niewprowadzających w błąd informacji w języku polskim, wystarczających do prawidłowego korzystania ze sprzedanego towaru konsumpcyjnego. Naruszenie tego obowiązku może stanowić podstawę do wszczęcia postępowania przed Prezesem UOKiK. Jak już wcześniej wskazano, reklama może występować w ujęciu wąskim (reklama komercyjna, gospodarcza, promująca towary lub usługi) lub szerokim, obejmując obok reklamy gospodarczej reklamę społeczną, polityczną i charytatywną. Ze względu na typ adresata można wyróżnić reklamę ogólną – konsumpcyjną – skierowaną do każdego potencjalnego klienta oraz profesjonalną skierowaną do przedsiębiorców; reklamę pośrednią i bezpośrednią (używanie oznaczeń określonego produktu lub usługi dla ich wyróżnienia bądź dla wyróżnienia

<sup>9</sup> I. Wiszniewska, R. Skubisz, *Środki zapobiegania nieuczciwej reklamie w projekcie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, PIP 1992, z. 4., s. 55.

<sup>10</sup> I SA Po 1947/98, MoPod 2000/2/3.

<sup>11</sup> E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Zarys prawa, C.H. Beck 2002, s. 184.

<sup>12</sup> R. Walczak, *Prawne aspekty reklamy*, Warszawa – Poznań 2001.

<sup>13</sup> Ustawa z 27.07.2002 r., Dz. U. z 2002 r. Nr 141, poz. 1176 ze zm.

innego produktu lub usługi). Wreszcie wyróżnia się reklamę dozwoloną i niedozwoloną, to jest taką, która wyczerpuje znamiona nieuczciwej konkurencji.

Głównym celem reklamy jest maksymalizacja zbytu oferowanych towarów lub usług poprzez sterowanie, wpływanie na decyzje konsumentów. Reklamodawca zachęca odbiorcę do działania, sugeruje mu, że jego wybór jest trafny i dostarcza mu uzasadnienia dla tego wyboru<sup>14</sup>. Zadaniem reklamy jest również walka z konkurencją i eliminowanie efektów reklamy innych przedsiębiorców. Jest rzeczą oczywistą, że reklama, wskazując na wyjątkowość danego produktu, jednocześnie obniża wartość odpowiedniego produktu oferowanego przez konkurenta. Nierzadko odbywa się to kosztem konsumenta, który jest niedoinformowany lub też podejmuje decyzję o nabyciu produktu w oparciu o błędne informacje zamieszczone w reklamie. W życiu ekonomicznym reklama pełni różne funkcje, które można zaszerzować do dwóch grup: funkcji podstawowych oraz dodatkowych. W ramach tych pierwszych można wyróżnić funkcje: agitacyjną (zwaną również nakłaniającą lub perswazyjną), informacyjną, ułatwiającą wybór, stabilizującą. W funkcjach dodatkowych wyróżnia się funkcję oddziaływania na kształtowanie cen i funkcję gwarancyjną w zakresie jakości i poziomu cen<sup>15</sup>.

Wśród wymienionych funkcji na najważniejszą uwagę zasługują funkcje informacyjna i agitacyjna. W ustawodawstwie UE akcentuje się funkcje informacyjną reklamy, natomiast w polskiej literaturze przedmiotu jako pierwszoplanową wskazuje się funkcję perswazyjną<sup>16</sup>. Reklama stanowi główne źródło informacji o produktach. Z punktu widzenia prawa konsumenckiego wymaga się od niej, aby zawierała informacje pełne, rzetelne i prawdziwe. Należy jednak zaznaczyć, że z uwagi na charakter reklamy nie jest praktycznie możliwe, aby zawierała ona pełną informację o danym towarze lub usłudze. Reklama ze swojej istoty nie jest informacją handlową, gdyż obok treści informacyjnych zawiera elementy, które mają skłonić do nabycia produktu. Nie byłoby to możliwe poprzez przekazanie wszystkich, kompletnych informacji o reklamowanym towarze. Trzeba mieć również na względzie elementy techniczno – praktyczne takie, jak np.: czas antenowy (przy reklamie telewizyjnej lub radiowej), czy plakat (który jak wskazano wcześniej również stanowi reklamę, jeśli zawiera odpowiednio przedstawione treści), gdzie zakres możliwych do przekazania informacji uzależniony jest od jego obszerności. Z istoty reklamy wynika, że może posługiwać się przejaskrawieniami, superlatywami. Przesada jest nieodłącznym elementem przekazu reklamowego – bez tego reklama byłaby tylko informacją handlową.

Jasne dla konsumenta musi być, że w przekazie istnieje warstwa perswazyjna i dlatego nie może domagać się uwolnienia reklamy od tej warstwy w imię ochrony swego prawa do neutralnej informacji.

### **Nieuczciwa i wprowadzająca w błąd reklama jako praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów**

Jak już wskazano na wstępie niniejszego opracowania, wymienienie w art. 23a ust. 2 ustawy o ochronie /.../ – wśród praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów – nieuczciwej lub wprowadzającej w błąd reklamy daje podstawę do przyjęcia, że organ antymonopolowy posiada kompetencję do orzekania w tym zakresie.

Aby reklama została uznana za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w wyniku przeprowadzonego przez Prezesa UOKiK postępowania administracyjnego, musi ona (reklama) spełniać łącznie dwie przesłanki:

<sup>14</sup> R. Walczak, *Prawne...*, op. cit.

<sup>15</sup> E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia ogólnie – prawne*, Kraków 1997, s. 27-31.

<sup>16</sup> Ibidem.

- a) stanowić bezprawne działanie przedsiębiorcy (w szczególności być reklamą nieuczciwą lub wprowadzającą w błąd),
- b) naruszać zbiorowe interesy konsumentów.

Omawiając pierwszą przesłankę reklamy jako czynu stanowiącego bezprawne działanie przedsiębiorcy, nie sposób nie odnieść się do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>17</sup>. W świetle art. 16 w/w ustawy czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności:

1. reklama sprzeczna z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka,
2. reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi,
3. reklama odwołująca się do uczuć klientów przez wywołanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci (reklama nierzeczowa),
4. wypowiedź, która zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji (kryptoreklama),
5. reklama, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przysyłanie na koszt klienta niezamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji,
6. reklama porównawcza, o ile jest sprzeczna z dobrymi obyczajami.

## Reklama sprzeczna z prawem

Reklama sprzeczna z prawem to nic innego jak reklama, która narusza normy zawarte w systemie prawa. Brak bezprawności winien w myśl art. 6 ustawy – Kodeks cywilny wykazać przedsiębiorca<sup>18</sup>. Z uwagi na ogólną zasadę wolności gospodarczej ograniczenia prowadzenia reklamy nie powinny być interpretowane w sposób wykraczający poza dosłowne brzmienie odpowiednich przepisów<sup>19</sup>. Wśród licznych aktów prawnych statuujących ograniczenia lub zakaz reklamy wymienić przykładowo należy:

- ustawę o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi<sup>20</sup>,
- ustawę o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych<sup>21</sup>,
- ustawę Prawo farmaceutyczne<sup>22</sup>,
- ustawę Prawo prasowe<sup>23</sup>.

Pierwsze trzy akty prawne wyłączają możliwość reklamy pewnych kategorii produktów: tytoniu, napojów alkoholowych, czy też produktów leczniczych. Można przyjąć, że podobnie jak w prawie wspólnotowym, wprowadzone zostały ze względów zdrowotnych, z uwagi na ochronę życia i zdrowia konsumentów, a nie ich prawa do informacji<sup>24</sup>. Mając na celu ochronę prawa informacji konsumenta art. 36 ust.3 prawa prasowego stanowi, że (...) reklamy muszą być oznaczone w sposób niebudzący wątpliwości, że nie stanowią one materiału redakcyjnego. Jest to również wyraz transparentności obrotu gospodarczego.

<sup>17</sup> Ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., zwaną dalej u.z.n.k.

<sup>18</sup> J. Szwaia (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz*, CH Beck, Warszawa 2000, s. 117-118.

<sup>19</sup> E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, LexisNexi, Warszawa 2001, s.146.

<sup>20</sup> Dz. U. z 2002 r. Nr 147, poz. 1231 ze zm.

<sup>21</sup> Dz. U. z 1996 r. Nr 10, poz. 55 ze zm.

<sup>22</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 126, poz. 1381 ze zm.

<sup>23</sup> Dz. U. z 1984 r. Nr 5, poz. 24 ze zm.

<sup>24</sup> E. Łętowska, *Prawo...*, op. cit., s. 189.

## **Reklama sprzeczna z dobrymi obyczajami i uchybiająca godności człowieka**

Omawiając reklamę sprzeczną z dobrymi obyczajami należy odnieść się do samego pojęcia „dobrych obyczajów”. To nieostre, niezdefiniowane pojęcie należy rozpatrywać w każdym omawianym przypadku indywidualnie. Niewątpliwie „dobre obyczaje”, nie będąc normami prawnymi, są normami postępowania, podobnie jak „zasady współżycia społecznego” oraz „ustalone zwyczaje”, których powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą<sup>25</sup>.

Za naruszenie dobrych obyczajów w reklamie może być uważane np. nawiązanie do symboli religijnych, nadużycie w perswazji elementów seksualnych. Nie jest przy tym przedmiotem oceny dobry smak twórców reklamy czy jej poziom artystyczny, lecz naruszenie społecznego poczucia godziwości<sup>26</sup>.

Za nieuczciwą reklamę przyjmuje się także reklamę uchybiającą godności człowieka. Zwykle przypadek ten mieści się w kategorii naruszenia dobrych obyczajów. Wydaje się być uzasadniony pogląd, że godność człowieka została wyodrębniona z uwagi na jej wagę nadaną już w art. 30 Konstytucji RP, który stanowi, że „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”.

W doktrynie wyrażony został pogląd, że reklamę uchybiającą godności człowieka stanowi tzw. reklama osobista, czyli taka, która odwołuje się do indywidualnych cech oferenta lub potencjalnego klienta (np.: rasa, płeć, poglądy polityczne lub religijne), a nie do istotnych i rzeczowych cech oferowanego produktu.

Przyjmuje się, że również, że reklamą uchybiającą godności człowieka jest reklama sprzeczna z ogólnie przyjętymi w Polsce zasadami moralnymi. Dotyczy to używania rysunków, wyrazów uznawanych za nieprzyzwoite lub obraźliwe, eksponowania ludzkiego cierpienia, wykorzystywania symboli religijnych w sposób uwłaczający uczuciom religijnym.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 6 listopada 1996 r. (I Acr 839/96) przedstawił następujący pogląd dotyczący dobrych obyczajów oraz godności człowieka:

„Na tle przepisu art. 16 ust. 1 ustawy przewidującego zakaz posługiwania się reklamą nieuczciwą nie wykształciły się jeszcze ani w orzecznictwie sądów, ani w doktrynie reguły, za pomocą których można by nadać jednoznaczną treść określeniom: ‘nieuczciwa’, ‘sprzeczna z dobrymi obyczajami’ czy też ‘uchybiająca godności człowieka’. Nie wydaje się też, aby możliwe było sprecyzowanie czy wręcz skatalogowanie kryteriów ocennych, które – jak wszystkie wywodzące się z systemu wartości moralnych – posiadają wiele uwarunkowań pozaprawnych, wśród których poziom materialny społeczeństwa, kultura osobista i etyka poszczególnych jego członków, a także stan świadomości co do rodzaju zagrożeń w sferze dóbr osobistych wynikających m.in. z dotychczasowych doświadczeń w życiu publicznym, nie są uwarunkowaniami dotyczącymi wszystkich w wymiarze jednakowym. O ile jednak te różnice w niejednakowym pojmowaniu granic działań przyzwoitych i godziwych, podobnie jak działań z zachowaniem określonych gustów czy zachowań estetyki, wymykają się ze względów oczywistych spod możliwości ich wykluczenia jako takich, o tyle w razie konkretnego sporu konieczne jest zweryfikowanie określonego zachowania w kategoriach uczciwości, obyczajowości czy godziwości. Jakkolwiek pojęcie dobrych obyczajów może obejmować zachowanie się również niegodzące bezpośrednio w godność człowieka, to jednak istotą dobrego obyczaju jest szeroko rozumiany szacunek dla drugiego człowieka (...) i każdy brak szacunku dla drugiego człowieka, każde np. niepoważne traktowanie drugiego człowieka powinno być

<sup>25</sup> J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Komentarz, Warszawa 1994, s. 40.

<sup>26</sup> E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz*..., op. cit., s. 155.

oceniane w kategoriach naruszenia dobrych obyczajów. Zaprzeczeniem dobrego obyczaju odnoszenia się do każdego człowieka z powagą i szacunkiem jest stosunek lekceważący, dopuszczający ośmieszenie, kpinę, narażający na uczucie zawodu, a także wykorzystanie łatwości, rozbudzenie oczekiwań niemożliwych do zrealizowania, zaś metodami prowadzącymi do tego celu mogą być: określona szata graficzna ulotek reklamowych, posługiwanie się nieadekwatnymi do rzeczywistej sytuacji, ale rozudżającymi wyobraźnię słowami, określona ekwilibrystyka słowna, rozmiar i rozmieszczenie poszczególnych haseł i czcionek drukarskich, wielokrotne eksponowanie niektórych określeń itp. (...). Reklama bowiem, z istoty swej zmierzająca do zwrócenia uwagi na działalność firmy lub jej wyroby, może wykorzystywać psychologiczne zjawisko przeciętnej podatności człowieka na sugestię i w tym sensie może posługiwać się np. przesadnymi ocenami, nie może jednak pozbawiać wyboru lub wymuszać myślenie prowadzące do takiego wyboru, kojarzenie czy wnioskowanie na poziomie przekraczającym właściwości przeciętnego odbiorcy. Pod pojęciem reklamy nieuczciwej, a w tym reklamy sprzecznej z dobrymi obyczajami, należy rozumieć także reklamę, która, wykorzystując emocje, usprawiedliwioną okolicznościami łatwowierność odbiorcy oraz przeciętną nieumiejętność skomplikowanego kojarzenia i wnioskowania na podstawie tekstu ekspozycyjnego treści požądane przez reklamującego, wywołuje u przeciętnego odbiorcy przeświadczenie o istnieniu faktów, które w rzeczywistości nie istnieją, a przez to powoduje odczucie zawodu, zlekceważenia czy wręcz oszukania”<sup>27</sup>.

### **Reklama wprowadzająca w błąd**

Najczęstszym przykładem nieuczciwej reklamy, w stosunku do której twórców (przedsiębiorców) Prezes Urzędu podejmuje działania w zakresie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, jest reklama wprowadzająca w błąd. Wprowadzająca w błąd reklama stanowi jednocześnie naruszenie określonego w art. 23a ust. 2 ustawy o ochronie /.../ obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji. Narusza się w ten sposób także konsumenckie prawo do informacji<sup>28</sup>.

Na gruncie prawa wspólnotowego, zgodnie z art. 2 Dyrektywy nr 84/450/EWG „reklamą wprowadzającą w błąd jest każda reklama, która w jakikolwiek sposób, łącznie z wyglądem zewnętrznym, wprowadza w błąd osoby, do których jest skierowana lub do których dociera, skutkiem czego może wpłynąć na ich gospodarcze zachowanie się albo z tych powodów szkodzić konkurentom lub potencjalnie może im szkodzić”<sup>29</sup>.

Aby reklama została zakwalifikowana jako wprowadzająca w błąd, wymagane jest spełnienie łącznie dwóch przesłanek. Pierwsza to wywołanie u nabywcy niezgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy wyobrażenia o towarze lub usłudze. Druga to możliwość podjęcia pod wpływem tego błędnego przeświadczenia decyzji co do nabycia towaru lub usługi. Zatem, nie każda reklama wprowadzająca w błąd będzie zakwalifikowana jako zakazana. Konieczne jest, aby przekazane informacje były na tyle istotne, że wpływają na proces decyzyjny konsumenta. Nie jest konieczne rzeczywiste nabycie towaru lub usługi, bowiem w świetle art. 16 ust. 1 pkt 2) u.z.n.k. zakazane jest prowadzenie reklamy wprowadzającej w błąd w przypadku, gdy „może” ona wpłynąć na decyzję klienta.

Uzupełnieniem wyżej przytoczonego przepisu jest ust. 2 tego samego artykułu, który stanowi, że przy ocenie reklamy wprowadzającej w błąd należy uwzględnić wszystkie jej elementy, zwłaszcza dotyczące ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwo-

<sup>27</sup> Cyt. za T. Knypl, K. Trzciński, *Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie cywilnym i handlowym*, PPH 1997, nr 8, s. 22.

<sup>28</sup> E. Łętowska, *Prawo...*, op. cit. s. 156.

<sup>29</sup> *Projekt Dyrektywy Rady EWG o reklamie porównawczej*, tłum. F. Zoll, *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, 1996, nr 1, s. 163.

ści zastosowania, naprawy lub konserwacji reklamowanych towarów lub usług, a także zachowanie się klienta. Elementy reklamy, które mogą wprowadzać w błąd zostały wskazane przykładowo, dlatego każdy inny sposób wprowadzenia w błąd, jeśli tylko wpłynie na decyzję klienta, będzie stanowił czyn niedozwolony.

Wprowadzający w błąd może być zarówno cały przekaz reklamowy jak również jego poszczególne części.

Reklama wprowadzająca w błąd najczęściej zawiera wiadomości nieprawdziwe (określane też fałszywymi lub kłamliwymi), ale może również posługiwać się informacjami prawdziwymi, lecz sformułowanymi w dwuznaczny sposób, z niewłaściwym rozłożeniem akcentów i kontekstów, przez co prowadzi do mylnych konotacji. Jako fałszywe informacje reklamy Sąd Apelacyjny w Warszawie zakwalifikował używanie słów *taxi* i *cab* dla oznaczenia pojazdów przewożących osoby, ale niebędących taksówkami<sup>30</sup>.

Inną formą wprowadzenia w błąd za pośrednictwem reklamy jest pominięcie informacji istotnych z punktu widzenia odbiorcy reklamy (tzw. reklama niepełna). Nie oznacza to, że reklama powinna być nośnikiem wyczerpującej informacji o produkcie. Natomiast niedozwolona jest reklama, która z powodu pominięcia istotnych cech towaru lub usługi prowadzi do mylnego, niezgodnego z rzeczywistością wyobrażenia o promowanym produkcie<sup>31</sup>.

Wprowadzająca w błąd jest również reklama naśladownicza, której podobieństwo do reklamy innego przedsiębiorcy może spowodować przypisanie reklamy oryginalnej naśladowcy. Jednak, aby mówić o naśladownictwie, naśladowane przedsiębiorstwo musi mieć już swój wykształcony i rozpoznawalny przez odbiorców wizerunek. W innym przypadku reklama naśladownicza nie będzie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji<sup>32</sup>.

Brak podziału w art. 16 ust. 2 u.z.n.k. źródeł wprowadzenia w błąd odbiorcy na reklamę fałszywą i reklamę mylącą, choć opartą na informacjach prawdziwych, budzi zastrzeżenia w piśmiennictwie.

Decydujące znaczenie dla uznania reklamy za wprowadzającą w błąd ma sposób jej odbioru przez zwykłego, przeciętnego adresata traktowanego *in abstracto*. W literaturze wyrażono pogląd, że za podstawę do dokonywania stosownych ocen należy przyjąć wzorzec adresata nieuwważnego i łatwo poddającego się sugestiom. Wzorzec ten zdecydowanie różni się od standardów ukształtowanych przez orzecznictwo ETS, gdzie przyjmuje się wzorzec konsumenta wyedukowanego, szybko uczącego się, krytycznego i odpowiedzialnego, którego w zasadzie reklama oparta na prawdziwych informacjach nie powinna mylić.

W wielu państwach zachodnich doktryna i orzecznictwo wskazują, że do wprowadzenia w błąd dochodzi wówczas, gdy reklama może być rozumiana w sposób niezgodny z rzeczywistym stanem rzeczy przez znaczną część jej adresatów, wynoszącą nie mniej niż 10%<sup>33</sup>. Kierowanie się wskaźnikami procentowymi może być zawodne, z tego względu dokonując stosownych ocen, należy kierować się wiedzą o poziomie percepcji uczestników danego rynku produktów<sup>34</sup>.

Prawo Unii nie określa generalnie wskaźnika wprowadzenia w błąd odbiorców, który stanowiłby podstawę przyjęcia ochrony. W uzasadnieniu jednego z orzeczeń ETS wskazał kryterium „znaczej liczby klientów”, która mogłaby dokonać zakupu pod wpływem błędu, lub w innym orzeczeniu na miernik nieznacznego lub minimalnego wprowadzenia w błąd, które nie daje podstawy do wprowadzenia ograniczeń reklamy przekraczającej granice państwa.

<sup>30</sup> Wyrok z 14.11.1996 r., I ZCr 890/96, Apelacja, Warszawa 1997, nr 2, poz. 19.

<sup>31</sup> R. Stefański, *Prawo reklamy w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na tle porównawczym*, Poznań 2003.

<sup>32</sup> K. Grzybzyk, *Prawo...*, op. cit., s. 59.

<sup>33</sup> E. Nowińska, M. du Vall, *Zwalczanie...*, op. cit., s. 157.

<sup>34</sup> I. Wiszniewska, w: J. Szwejca (red), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 458.

W tym miejscu należy jedynie zasygnalizować, że z reklamą wprowadzającą w błąd korespondują czyny nieuczciwej konkurencji opisane w art. 10<sup>35</sup> oraz art. 14<sup>36</sup> u.z.n.k.

## Reklama nierzeczowa

Inną formą reklamy zakazanej przez u.z.n.k. jest reklama nierzeczowa. Reklama nierzeczowa to taka, w której zdecydowany nacisk kładzie się na elementy perswazyjne, natomiast opis i cechy towaru lub usługi traktowane są drugoplanowo lub są pomijane<sup>37</sup>. Elementy perswazyjne odwołujące się do uczuć adresatów wywołują silny nacisk na sferę psychiki i powodują, że klient pozbawiony jest możliwości swobodnej analizy potrzeb i metod ich zaspokojenia. Działa w tym zakresie niejako pod wpływem przymusu psychicznego. Ustawa zakazuje – wśród adresatów reklamy – wywoływania uczucia lęku, wykorzystania przesądów oraz ławotworności dzieci. Pod szczególną ochroną znalazła się grupa adresatów reklam, jaką są dzieci. Z uwagi na brak doświadczenia, łatwowierność, naiwność oraz konieczność czuwania nad prawidłowym rozwojem, ustawodawca próbuje określić granice dozwolonej reklamy. Należy zaznaczyć, że regulacja ustawowa nie ma na celu całkowitego wyeliminowania reklam skierowanych do dzieci, ale ograniczenie nadużywania ich niewiedzy oraz niedoświadczenia.

## Reklama ukryta

Zakaz reklamy ukrytej związany jest z ogólną zasadą przejrzystości obrotu gospodarczego. Konsumenci powinni mieć możliwość ustalenia, czy dana informacja stanowi reklamę, czy neutralny przekaz, tym samym posiadając wiedzę w tym zakresie można zdecydować czy zapoznać się z reklamą, czy też nie. Przyjmuje się, że z reklamą ukrytą mamy do czynienia wówczas, gdy odbiorca odnosi mylne wrażenie, że chodzi nie o przekaz promocyjny, lecz o informację obiektywną, której przedmiotem są towary lub usługi<sup>38</sup>. Uzasadnieniem dla wprowadzenia takiej regulacji jest fakt, że konsumenci podchodzą z pewną ostrożnością i sceptycyzmem do reklam, natomiast w inny sposób traktują wypowiedzi, które ich zdaniem nie są reklamami. Reklama ukryta może przyjąć formy:

- wypowiedzi reklamowej w materiale redakcyjnym,
- reklamy w książkach czy ekspertyzach naukowych,
- product placement (miękką reklamą) – polega na umieszczeniu, w sposób pozornie niezamierzony, określonych produktów lub znaków towarowych w programach i serialach telewizyjnych, poza blokami reklamowymi. Takie działanie umożliwia obchodzenie zakazu reklamy niektórych produktów (np.: papierosy, alkohol).

Szczególną formą reklamy ukrytej jest tzw. reklama sublimalna (podprogowa) – polegająca na emisji bardzo krótkich komunikatów reklamowych w trakcie oglądania innych programów telewizyjnych czy kinowych. Takie „obrazy reklamowe” są niedostrzegalne dla świadomości, odbierane natomiast przez podświadomość mogą dowolnie manipulować odbiorcą, bowiem adresat nie wiedząc, że jest poddawany perswazji, nie może się jej przeciwstawić.

## Reklama uciążliwa

W związku z potrzebą ochrony w sferze prywatności, rozumianej jako stan spokoju wewnętrznego, wprowadzono zakaz reklamy, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywat-

<sup>35</sup> Oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzać klientów w błąd m.in. co do pochodzenia, ilości, jakości, składników.

<sup>36</sup> Rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

<sup>37</sup> E. Nowińska, M. du Vall, *Zwalczanie...*, op. cit., s. 160.

<sup>38</sup> Ibidem, s. 164.

ności. Pojęciem „prywatności” obejmuje się przede wszystkim życie rodzinne, przyjacielskie. Do najczęstszych form reklamy uciążliwej należą:

- uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych,
- przysyłanie na koszt klienta nie zamówionych towarów,
- nadużywanie technicznych środków przekazu informacji.

Działania takie uznane są za nieuczciwe, gdyż decyzyja klienta co do nabycia produktu podyktowana jest chęcią uwolnienia się od sytuacji, w której odczuwa on dyskomfort psychiczny, czy też fizyczny.

## Reklama porównawcza

Ostatnim wymienionym przez u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji z zakresu reklamy jest reklama porównawcza, o ile jest ona sprzeczna z dobrymi obyczajami. W świetle art. 16 ust. 3 w/w ustawy reklama porównawcza to taka, która umożliwia bezpośrednio lub pośrednio rozpoznanie konkurenta albo towarów lub usług oferowanych przez konkurenta. Jest ona dość często stosowana przez przedsiębiorców, gdyż najłatwiej uzasadniać „wyższość” własnej oferty poprzez odwołanie się do mankamentów ofert konkurencyjnych. Aby reklama porównawcza była dozwolona musi łącznie spełniać następujące przesłanki:

- nie może być reklamą wprowadzającą w błąd,
- w sposób rzetelny i dający się zweryfikować na podstawie obiektywnych kryteriów porównuje towary lub usługi zaspokajające te same potrzeby lub przeznaczone do tego samego celu,
- porównuje, w sposób obiektywny jedną lub kilka istotnych, charakterystycznych, sprawdzalnych i typowych cech towarów lub usług, w tym również cenę,
- nie powoduje na rynku pomyłek w rozróżnieniu między reklamującym a jego konkurentem, ani między ich towarami, usługami, znakami towarowymi, oznaczeniami przedsiębiorstwa lub innymi oznaczeniami odróżniającymi,
- nie dyskredytuje towarów, usług, działalności, znaków towarowych, oznaczeń przedsiębiorstwa lub innych oznaczeń odróżniających, a także okoliczności dotyczących konkurenta,
- przy porównaniu towarów z chronionym oznaczeniem geograficznym lub nazwą pochodzenia odnosi się zawsze do towarów z takim samym oznaczeniem,
- nie wykorzystuje w nieuczciwy sposób renomy znaku towarowego, oznaczenia przedsiębiorstwa lub innego oznaczenia odróżniającego konkurenta ani też chronionego oznaczenia geograficznego lub chronionej nazwy pochodzenia produktów konkurencyjnych,
- nie przedstawia towaru lub usługi jako imitacji czy naśladownictwa towaru lub usługi opatrzonego chronionym: znakiem towarowym, oznaczeniem geograficznym, nazwą pochodzenia albo innym oznaczeniem odróżniającym<sup>39</sup>.

Należy zaznaczyć, że poza przykładowo wymienionymi w art. 16 u.z.n.k. rodzajami nieuczciwej reklamy, wszystkie nie wymienione przypadki reklamy mogą być uznane za nieuczciwe, jeżeli mieszczą się w granicach klauzuli generalnej wyrażonej w art. 3 u.z.n.k., tj. są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ten sposób realizuje się funkcja uzupełniająca klauzuli generalnej. Przepis ten pozwala również wykluczyć możliwość zakwalifikowania czynu jako nieuczciwej reklamy w sytuacji, gdy przy spełnieniu przesłanek z art. 16 brak jest spełnienia przesłanek z art. 3 np.: naruszenia interesu klienta (funkcja korygująca klauzuli generalnej)<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Art. 16 ust. 3 ustawy o znk.

<sup>40</sup> R. Skubisz, R. Sagan (oprac.), *Prawo reklamy*, Lublin 1998, s. 20.

## Zbiorowy interes konsumentów

Dla podjęcia przez Prezesa UOKiK działań, a w konsekwencji wydania decyzji o uznaniu danej praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów konieczne jest, aby obok spełnienia przesłanki bezprawności działań przedsiębiorcy (które mogą się przejawiać w sposób opisany powyżej) doszło jednocześnie do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Ustawa o ochronie /.../ nie definiuje pojęcia „zbiorowego interesu konsumentów”, wskazując jedynie, że nie jest zbiorowym interesem konsumentów suma indywidualnych interesów konsumentów<sup>41</sup>. Również orzecznictwo nie wykształciło w tym zakresie formuł, sposobów interpretacji tego nieostrego pojęcia.

Wydaje się być zasadne twierdzenie, że analizując pojęcie „zbiorowych interesów konsumentów”, należy odwołać się do art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie /.../, który stanowi, że ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Biorąc pod uwagę fakt, że ustawa o ochronie /.../ służy ochronie interesu publicznego, przedsiębiorców oraz konsumentów, nie można się na nią powoływać, gdy mamy do czynienia z naruszeniem indywidualnych interesów poszczególnych podmiotów. Interes publiczny należy rozumieć szerzej niż sumę indywidualnych interesów podmiotów rzeczywiście dotkniętych działaniem sprawcy naruszającym ustawę o ochronie /.../. Naruszenie interesu publicznoprawnego może mieć miejsce, gdy skutkami działań niedozwolonych dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie działania te wywołują na rynku inne niekorzystne zjawiska (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 24 stycznia 1991 r., Amr 8/90).

Podobnie należy rozumieć zbiorowe interesy konsumentów; nie chodzi tu mianowicie o naruszenie interesu konkretnego konsumenta, dokonującego transakcji z przedsiębiorcą, lecz o szerszą kategorię<sup>42</sup>. Przyjmuje się, więc że działaniami naruszającymi zbiorowe interesy konsumentów są czyny, które mogą godzić w interesy każdego, potencjalnego, bliżej nieokreślonego konsumenta. Należy jednak wyraźnie oddzielić dwie kategorie interesów: interes publiczny oraz zbiorowy interes konsumenta. Praktyka bowiem wskazuje, iż nie każde naruszenie interesu publicznego stanowi jednocześnie naruszenie zbiorowego interesu konsumentów<sup>43</sup>.

W obrocie gospodarczym naruszenie interesów konsumentów powinno być rozumiane jako naruszenie ich interesów ekonomicznych, w tym również prawa do informacji.

W ustawodawstwie unijnym, gdzie ochrona interesu konsumenta zasadza się przede wszystkim na rozbudowanej i kierowanej do niego informacji i edukacji rynkowej, informowanie konsumenta spełnia istotną rolę z punktu widzenia realizacji jego interesu ekonomicznego, bo umożliwia mu dokonanie najlepszego w danych warunkach rynkowych wyboru towaru lub usługi. Postępowanie w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w tym stosowania nieuczciwej lub wprowadzającej w błąd reklamy, powinno zakończyć się nie później niż w ciągu dwóch miesięcy, a sprawach szczególnie skomplikowanych w ciągu trzech miesięcy od jego wszczęcia<sup>44</sup>.

Zamykając postępowanie administracyjne Prezes Urzędu wydaje decyzję, w której w zależności od ustaleń poczynionych w toku postępowania:

1. Uznaje praktykę za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazuje zaniechanie jej stosowania. W tym wypadku celem zapewnienia wykonania nakazu organ antymonopolowy może określić środki usunięcia skutków naruszenia, w szczególności zobowiązać

<sup>41</sup> Art. 23a ust. 1 ustawy o ochronie /.../.

<sup>42</sup> J. Jankowski, *Prawo dostępu do efektywnego systemu załatwiania reklamacji i skarg*, w: *Model prawnej ochrony konsumenta*, R. Rokicka (red.), Warszawa 1996, s. 119 i nast.

<sup>43</sup> E. Nowińska, M. du Vall, w: *Opinia w sprawie zgodności z prawem kampanii reklamowej Media Markt*.

<sup>44</sup> Art. 100f ustawy o ochronie /.../.

przedsiębiorcę do złożenia oświadczenia w formie i o treści określonej w decyzji, może nakazać publikację decyzji<sup>45</sup>;

2. Stwierdza, że dana praktyka nie narusza zbiorowych interesów konsumentów<sup>46</sup>;
3. Uznaje praktykę za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdza zaniechanie jej stosowania<sup>47</sup>;
4. Nakłada na przedsiębiorcę obowiązek podjęcia lub zaniechania działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom. Jednocześnie Prezes Urzędu może określić termin wykonania zobowiązań oraz nałożyć na przedsiębiorcę obowiązek składania w wyznaczonym terminie informacji o stopniu realizacji zobowiązań<sup>48</sup>.

### **Przykłady decyzji Prezesa UOKiK z zakresu nieuczciwej i wprowadzającej w błąd reklamy**

Dla praktycznego zilustrowania działań podejmowanych przez Prezesa Urzędu w zakresie zwalczania nieuczciwej reklamy niżej przedstawiono przykłady wydanych przez niego decyzji.

#### Decyzja Nr 17/2005 z dnia 21 lipca 2005 r. (sygn. akt. DDK1-61-2/05/HW)

W przywołanej wyżej decyzji Prezes Urzędu stwierdził, że działania marketingowe M. sp. z o.o. z siedzibą w W., polegające na prowadzeniu kampanii reklamowej „Media Markt – Nie dla idiotów”, nie stanowią reklamy sprzecznej z dobrymi obyczajami oraz uchybiającej godności człowieka, a tym samym nie naruszają zbiorowych interesów konsumentów.

Podstawą wszczęcia postępowania przez Prezesa UOKiK była prowadzona przez M sp. z o.o. z siedzibą w W. kampania reklamowa „Media Markt – Nie dla idiotów”. Akcja promocyjna prowadzona była m.in. w formie emitowanych na antenie telewizji TVN spotów reklamowych oraz ulotek reklamowych dołączanych do czasopism bądź bezpośrednio do skrzynek pocztowych konsumentów. Kampania dotyczyła prowadzonej w sieci sklepów Media Markt (należącej do strony postępowania) wyprzedaży sprzętu radiowo – telewizyjnego oraz artykułów gospodarstwa domowego trwającej od dnia 7 stycznia 2005 r. do wyczerpania zapasów. Hasłem przewodnim omawianej akcji promocyjnej było wyrażenie „Media Markt – Nie dla idiotów”, które mogło sugerować, że oferta sieci sklepów Media Markt jest tak korzystna, że osoby, które nie dokonują zakupów w tej sieci należy uznać za idiotów. Odpierając zarzuty Prezesa Urzędu, strona postępowania – M sp. z o.o. podniosła m.in. argument, że prowadzona kampania należy do gatunku akcji reklamowych, których zadaniem jest natychmiastowe zwrócenie na siebie uwagi, a tym samym zainteresowanie i przyciąganie odbiorców, natomiast wykorzystane hasło jest powszechnie stosowanym, kolokwialnym sformułowaniem, używanym często w mowie potocznej bez zamiaru obrażenia odbiorcy. Jego celem jest podkreślenie atrakcyjności oferty strony postępowania.

W toku postępowania, celem analizy przedmiotowego materiału reklamowego w świetle przepisów u.z.n.k., w tym w szczególności określenia czy doszło do naruszenia dobrych obyczajów oraz uchybienia godności człowieka, podjęto szereg działań, a wśród nich:

- zlecono instytutowi badań opinii publicznej i rynku IPSOS Polska sp. z o.o. przeprowadzenie sondażu opinii publicznej;
- zwrócono się do Rady Języka Polskiego przy prezydium Polskiej Akademii Nauk o przedstawienie stosownej opinii;

<sup>45</sup> Art. 23c ustawy o ochronie /.../.

<sup>46</sup> Art. 23d ustawy o ochronie /.../.

<sup>47</sup> Art. 23e ustawy o ochronie /.../.

<sup>48</sup> Art. 23f ustawy o ochronie /.../.

– powołano biegłego w dziedzinie reklamy audiowizualnej, celem uzyskania głównego dowodu w postępowaniu.

Wyniki przeprowadzonego sondażu wykazały, że 46 % ogółu badanych postrzegało reklamę jako obraźliwą lub potencjalnie obraźliwą, z czego tylko 14 % spośród ogółu badanych poczuło się osobiście obrażonym, a 32 % uważało, że reklama może obrażać inne osoby. W grupie nieakceptującej treści przekazu reklamowego przeważały osoby w wieku 50 – 59 i powyżej 59 lat. Przedmiotowy sondaż wykazał jednocześnie, że aż 52 % badanych nie zgadza się na zabronienie emisji przedmiotowej reklamy. Zdaniem Prezesa urzędu stosunkowo znaczny odsetek osób postrzegających przedmiotową reklamę jako obraźliwą może wynikać z błędnej interpretacji treści hasła reklamowego. Jak wynika bowiem z niżej przedstawionych opinii, że zdania „Media Markt – Nie dla idiotów” nie można wprost wyprowadzać wniosku, że ludzie, którzy nie dokonują zakupów w sklepach Media Markt są idiotami. Tym samym należało uznać, że celem strony postępowania nie było obrażanie osób niedokonujących zakupów w sieci, lecz wskazanie na atrakcyjność jej oferty handlowej.

W opinii Rady Języka Polskiego ze zdania „Media Markt – Nie dla idiotów” nie wynika w sensie logicznym wniosek, że ludzie, którzy nie dokonują zakupów w sklepach Media Markt są idiotami. Niemniej zwrócono uwagę na niestosowność posługiwania się w tekstach reklamowych określeniami obraźliwymi, co stanowi propagowanie agresywnych wzorców w komunikacji językowej, przyczyniając się do brutalizacji języka publicznego.

Biegły w dziedzinie reklamy audiowizualnej stwierdził, że intencją twórców reklamy nie było obrażanie kogokolwiek, lecz odwołanie się do sprawdzonej i skuteczniejszej strategii adresowania. Zdaniem biegłego reklama nie należy do najbardziej eleganckich, nie znalazł on jednak dostatecznych powodów, aby uznać, że narusza w sposób intencjonalny i bezpośredni godność przeciętnego odbiorcy i przekracza ramy dobrych obyczajów. W reklamie Media Markt nie nazywa się nikogo w sposób bezpośredni idiotą, a wniosek, że „ci, którzy nie kupują w Media Markt są idiotami” mógłby powstać wyłącznie w wyniku wnioskowania *a contrario* – nieuzasadnionego i prowadzącego w tym przypadku do błędnych wniosków w sensie czyisto logicznym. Jedynym argumentem przemawiającym za opinią, że reklamy Media Markt naruszają dobre obyczaje jest, zdaniem biegłego, obecność określenia uważanego w języku potocznym za obraźliwe. Kontekst jego występowania oraz sposób sformułowania hasła nie dają jednak dostatecznych podstaw, aby reklamę jako taką uznać za uchybiającą godności przeciętnego odbiorcy oraz naruszającą dobre obyczaje.

Podobna interpretacja przedstawiona została w dokumencie „Opinia w sprawie zgodności z prawem kampanii reklamowej Media Markt”<sup>49</sup>. Zdaniem autorów charakter kampanii reklamowej nie narusza dobrych obyczajów, ani też godności człowieka. Jednocześnie stwierdzają, że przekroczenie granic dobrych obyczajów lub godności człowieka treścią przekazu reklamowego nie jest równoznaczne z naruszeniem zbiorowych interesów konsumentów. Czym innym są bowiem interesy konsumentów, a czym innym interes publiczny. Zdaniem autorów opinii można przyjąć, że każdy przypadek naruszenia w reklamie dobrych obyczajów lub godności człowieka narusza interes publiczny, jednak naruszenie tego interesu nie zawsze jest tożsame z naruszeniem zbiorowych interesów konsumentów. Autorzy wskazują, że działanie niezgodne z dobrymi obyczajami lub naruszające godność człowieka tylko wówczas narusza zbiorowe interesy konsumentów, gdy wywołuje u nich potrzebę określonego zachowania rynkowego (działania lub zaniechania), które nie nastąpiłoby bez presji w postaci przekazu reklamowego.

<sup>49</sup> Autorstwa prof. dr hab. Ewy Nowińskiej oraz prof. dr hab. Michała du Vall.

Powołując się na tezy zaprezentowane w opinii biegłego oraz dzieląc poglądy zawarte w opinii autorstwa prof. dr hab. E. Nowińskiej oraz prof. dr hab. M. du Vall, Prezes Urzędu uznał, że mimo, iż przedmiotowe hasło reklamowe może budzić kontrowersje, gdyż balansuje na granicy dobrego smaku, to brak jest dostatecznych podstaw do uznania, że działania strony postępowania stanowią godzące w zbiorowe interesy konsumentów czyny nieuczciwej konkurencji, zdefiniowane w art. 3 ust. 1 oraz art. 16 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.. Tym samym, wobec niespełnienia przesłanki bezprawności czynu, o której mowa w art. 23a ustawy o ochronie /.../, brak było podstaw do przyjęcia, że w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów.

Decyzja Nr RKR – 32/2003 z dnia 30 października 2003 r. (sygn. akt RKR – 61-23/03/MS)

W przedmiotowej sprawie organ antymonopolowy badał, czy działania przedsiębiorcy W. z siedzibą w K. stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów polegającą na naruszeniu obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, nieuczciwej i wprowadzającej w błąd reklamie oraz oznaczeniu produkowanej i sprzedawanej przez siebie odzieży w sposób, który może wprowadzać konsumentów w błąd co do jej pochodzenia. Wymienione działania przedsiębiorcy przejawiały się w umieszczaniu na oferowanej do sprzedaży odzieży m.in. następujących haseł:

1. New York since 1882;
2. Mode In USA;
3. Our collection is based on the up – to – date catalogue fashion from U.S.A. ART. NO. 14J483 K;
4. Lilenn, 376 Madison Avenue,  
New York N.Y. 10346  
H.E.P. NO. 31-24 K. 31-624 Cr.  
phone:( 212) 938-1890

Organ antymonopolowy zaznaczył, że na przedsiębiorcy zawierającym umowy z konsumentami ciążyą szczególne obowiązki związane z udzielaniem konsumentom prawdziwej i pełnej informacji dotyczącej oferowanych towarów. Konsument, który nie dysponuje właściwą i kompletną wiedzą na temat towarów, nie może podjąć świadomej i w pełni suwerennej decyzji w sprawie ich nabycia. Obowiązek informacyjny wynika z treści art. 3 ust. 1 ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego. Nie wywiązanie się z tego obowiązku stanowi naruszenie art. 23 a ust. 2 ustawy o ochronie /.../. Organ antymonopolowy wskazał, że obowiązek rzetelnego informowania konsumentów obejmuje wszystkie etapy sprzedaży, poczynając od przekazu reklamowego skierowanego do potencjalnych nabywców, aż do momentu zawarcia przez indywidualnego konsumenta umowy, której przedmiotem jest nabycie towaru lub usługi. Przedmiotowe postępowanie wykazało, że oznaczenie i reklama przedsiębiorcy zawierają informacje i symbole, które mogą wprowadzać konsumentów – adresatów oznaczeń i reklamy oraz jednocześnie potencjalnych nabywców – w błąd co do pochodzenia oferowanych przez niego towarów i wpłynąć przez to na decyzję co do nabycia towaru. Sugerują bowiem, że towar został wyprodukowany w Stanach Zjednoczonych, a jego producentem jest podmiot działający na terenie USA i Europy, który posługuje się zarejestrowanym znakiem towarowym od 1882 r. Prezes Urzędu uznał tym samym, że działania przedsiębiorcy spełniają przesłanki art. 10 ust. 1 oraz art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. Należy zwrócić uwagę, że reklama, jak i oznaczenie towaru, rażąco narusza interesy wszystkich potencjalnych, bliżej nieokreślonych konsumentów będących adresatami reklamy, a więc stanowi praktykę o której mowa w art. 23a ust. 2 ustawy o ochronie /.../.

Opisywane działanie przedsiębiorcy narusza jednocześnie art. 7 ust. 4 ustawy o języku polskim<sup>50</sup>, który stanowi, że obcojęzyczne opisy towarów i usług oraz obcojęzyczne oferty reklamowe wprowadzane do obrotu prawnego muszą jednocześnie mieć polską wersję językową oraz art. 20 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>51</sup> nakładający na przedsiębiorcę obowiązek zamieszczenia na towarze, opakowaniu lub instrukcji informacji w języku polskim zawierających: firmę przedsiębiorcy i adres oraz nazwę towaru.

W wydanej decyzji organ antymonopolowy wskazał również, że zgodnie z doktryną naruszenie ustawy o języku polskim i brak tłumaczenia w niektórych przypadkach może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji<sup>52</sup>.

W omawianej sprawie Prezes UOKiK oprócz stwierdzenia praktyki oraz nakazu zaniechania jej stosowania, skorzystał również z przyznanych mu na mocy art. 23 c ust. 2 ustawy o ochronie /.../ uprawnień do określenia środków usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów w celu zapewnienia wykonania nakazu ich zaniechania. Nałożył na przedsiębiorcę obowiązek opublikowania w lokalnej prasie oświadczenia o wskazanej przez siebie treści.

#### Decyzja Nr RKR – 32/2003 z dnia 30 października 2003 r. (sygn. akt RKR – 61-23/03/MS)

We wskazanej decyzji Prezes Urzędu uznał za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów praktykę M. sp. z o.o. z siedzibą w W., polegającą na prowadzeniu reklamy wprowadzającej w błąd, poprzez rozpowszechnianie wprowadzających w błąd ogłoszeń informujących o zamknięciu należącego do spółki sklepu w Rzeszowie. Nakazując zaniechanie stosowania praktyki, organ antymonopolowy jednocześnie nałożył na przedsiębiorcę obowiązek publikacji sentencji decyzji we wszystkich lokalnych dziennikach, na łamach których wcześniej ukazywała się wprowadzająca w błąd reklama.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie przedstawiał się następująco: strona postępowania w okresie sierpnia i września 2004 r. przeprowadziła kampanię marketingową. Z treści reklam jednoznacznie wynikało, że sklep mieszczący się w Rzeszowie, a należący do spółki zostanie zamknięty z dniem 26 września 2004 r. Świadczyć o tym miały ukazujące się na łamach lokalnej prasy m.in. następujące slogany i tytuły artykułów:

„Zamykają! Największy w regionie sklep z elektroniką użytkową żegna się z klientami”,  
 „Aby osłodzić nam, klientom, gorycz utraty wszystkiego, co z M. związane, sklep rozpoczął dziś, w piątek, 27 sierpnia, wielką wyprzedaż. Zamknięcie marketu nastąpi w drugiej połowie września”,  
 „Kierownictwo sklepu nie jest zbyt rozmowne (...), nie chce podawać powodów zamknięcia marketu. Prosi jedynie o złożenie podziękowań wszystkim, którzy zechcieli odwiedzić supermarket od chwili jego otwarcia”.

Również na ulicach Rzeszowa pojawiły się billboardy spółki z napisami „Zamykamy! Wyprzedaż od 27 sierpnia”. Rozpowszechniano także foldery reklamowe z nagłówkiem „Zamykamy! Wielka wyprzedaż od 27 sierpnia”. W sklepie umieszczono czarne flagi, obsługę ubrano w czarne koszulki. Wszędzie widniała ta sama informacja: „Zamykamy 26 września”.

Na kilka dni przed planowanym zamknięciem sklepu pojawiły się artykuły promocyjne, z których wynikało, że market zostanie zamknięty jedynie na jeden dzień celem dokonania inwentaryzacji.

W ocenie organu antymonopolowego z treści wskazanych reklam wynikało, iż zamknięcie sklepu miało nastąpić dnia 26 września 2004 r. i mieć trwały charakter, oznaczający zakoń-

<sup>50</sup> Ustawa z 7.10.1999 r., Dz. U. z 1999 r. Nr 90, poz. 999 ze zm.

<sup>51</sup> Ustawa z 2.07.2004 r., Dz. U. z 2004 r. Nr 173, poz. 1807, nr 281, poz. 2777 ze zm.

<sup>52</sup> E. Nowińska, M. du Vall, *Zwalczanie...*, op. cit. s. 81.

czenie działalności M. w regionie podkarpackim. Wypowiedzi utrzymane były w pożegnaltym tonie, stanowiąc jednocześnie formę podziękowania klientom korzystającym z zakupów. Stwierdzono, iż akcja reklamowa mogła wprowadzić konsumentów w błąd co do charakteru zamknięcia sklepu, bowiem konsumenci nie uzyskali pełnej i prawdziwej informacji w tym zakresie. Zdaniem Prezesa UOKiK w opisanej sytuacji przedsiębiorca celowo nie ujawnił rzeczywistych powodów zamknięcia sklepu, licząc na zwiększenie przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży detalicznej w rzekomo zamykanej placówce, spowodowane obawą konsumentów przed utratą możliwości dokonywania zakupów u sprzedawcy oferującego towary z zakresu szeroko pojętej elektroniki użytkowej. Ponadto, perspektywa likwidacji sklepu wywołała uzasadnione niepokoje konsumentów dotyczące możliwości wykonywania przez nich uprawnień z gwarancji oraz z tytułu niezgodności z umową zakupionych towarów.

Prezes Urzędu zakwalifikował opisane działania przedsiębiorcy jako spełniające przesłanki art. 14 oraz art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k., co świadczy o ich bezprawności.

Uzasadniając kwalifikację czynu z art. 14 organ antymonopolowy wskazał, że rozpowszechniane przez M. informacje dotyczące zamknięcia sklepu nie znalazły pokrycia w rzeczywistości. Konsumenci z chwilą ogłoszenia zamknięcia nie zostali poinformowani, iż sklep zostanie zamknięty na zaledwie jeden dzień w celu przeprowadzenia inwentaryzacji. Dokonano tego dopiero cztery tygodnie później – celowo zwlekano z ujawnieniem rzeczywistych przyczyn zamknięcia sklepu, licząc na wzrost przychodów związany ze zwiększonym zainteresowaniem konsumentów, pragnących „zawalczyć, aby najlepsza okazja tego sezonu nie przeszła koło nosa”.

W opisywanej sprawie Prezes Urzędu nie przychylił się do argumentacji spółki, zgodnie z którą „reklamy już samą swoją żartobliwą treścią i układem zawartych w nich informacji wskazywały, że zawarty w nich przekaz należy traktować z przymrużeniem oka”. Zdaniem organu antymonopolowego informacja, iż sklep zostanie zamknięty, nie stanowi prezentacji jego oferty. Funkcją tej informacji jest raczej zachęcenie konsumentów do skorzystania z ostatniej wyprzedaży w likwidowanym sklepie. Zakwestionowano wprowadzanie konsumentów w błąd przez wskazanie, iż wyprzedaż związana jest z zakończeniem działalności sklepu spółki. Fakt opublikowania na zlecenie spółki w prasie artykułów promocyjnych, wyjaśniających, iż sklep zostanie zamknięty tylko na jeden dzień w związku z inwentaryzacją, które to artykuły wydrukowano dopiero cztery tygodnie po ogłoszeniu zamknięcia, a zaledwie trzy dni przed jego planowanym terminem, potwierdza tylko, iż intencją przedsiębiorcy było uprzednie nieinformowanie konsumentów o rzeczywistych przyczynach zamknięcia.

Należy jedynie zaznaczyć, że analogiczna decyzja została wydana w stosunku do przedsiębiorcy, który przeprowadził podobną akcję reklamową informującą o wyprzedażach w związku z zamykaniem sklepów w Lublinie i Szczecinie<sup>53</sup>.

## **Uprawnienia Prezesa UOKiK na gruncie u.z.n.k.**

Niezależnie od omówionych wyżej uprawnień w zakresie zwalczania nieuczciwej reklamy nadanych Prezesowi UOKiK przez ustawę o ochronie /.../, organ antymonopolowy może podejmować działania w tym zakresie w oparciu o ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 23b ustawy o ochronie /.../ stanowi bowiem, że ochrona zbiorowych interesów konsumentów przewidziana w ustawie nie wyłącza ochrony wynikającej z innych ustaw, w szczególności z przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast art. 19 ust. 1 pkt 3) u.z.n.k. wskazuje, że na drogę sądową, z roszczeniami z tytułu naruszenia przepisów ustawy, w tym również w zakresie nieuczciwej reklamy, może wystąpić Prezes Urzędu, jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji zagraża lub narusza interesy konsumentów.

<sup>53</sup> Decyzja RLU Nr 40/2003 z 4.12.2003 r.

Jak wynika z powyższego, Prezes UOKiK może realizować swoje uprawnienia z zakresie zwalczania nieuczciwej reklamy naruszającej zbiorowe interesy konsumentów dwutorowo:

1. na drodze postępowania administracyjnego prowadzonego na podstawie przepisów ustawy o ochronie /.../ (a w zakresie nieuregulowanym przepisami kpa i kpc), wydaje decyzję pełniąc funkcję organu orzekającego
2. na drodze postępowania sądowego, gdzie pełni funkcję strony (występuje z roszczeniami), organem wydającym orzeczenie jest sąd, który dokonuje kwalifikacji prawnej czynu określając tym samym czy wskazane przez Prezesa Urzędu działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w u.z.n.k.; zaznaczyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu obowiązuje zasada odwróconego ciężaru dowodu prawdziwości oznaczeń umieszczonych na towarze albo ich opakowaniu lub prawdziwości wypowiedzi zawartych w reklamie (w razie zarzutu deliktu nieuczciwej konkurencji w powyższym zakresie, ciężar udowodnienia prawdziwości tych oznaczeń lub wypowiedzi spoczywa na osobie, której zarzuca się czyn nieuczciwej konkurencji związany z wprowadzeniem w błąd – art. 18 a u.z.n.k.).

Praktyka wskazuje, że ze względów ekonomicznych i praktycznych (Prezes UOKiK organem orzekającym, ściśle określony stosunkowo krótki termin, w którym ma być przeprowadzone postępowanie i wydana decyzja, mniejszy formalizm) Prezes Urzędu realizuje swoje kompetencje w zakresie zwalczania nieuczciwej reklamy na gruncie ustawy o ochronie /.../.

## Kodeksy etyki w dziedzinie reklamy

Na zakończenie nadmienić należy, że nie tylko akty prawne odnoszą się do kwestii nieuczciwej i wprowadzającej w błąd reklamy. Aby zapobiegać nieuczciwej reklamie, środowiska związane z nią same stworzyły własne mechanizmy samokontroli, czyli dobrowolnie przyjmowane ograniczenia w zakresie działalności reklamowej. Istnieje kilka kodeksów etyki w zakresie reklamy, jednym z nich jest Polski kodeks postępowania w dziedzinie reklamy (IAA) opracowany w 1997 r. przez oddział Międzynarodowego Stowarzyszenia Reklamy w Polsce (International Advertising Association). Normy zawarte w omawianych kodeksach zazwyczaj stanowią powielenie rozwiązań ustawowych znajdujących się w różnych aktach prawnych.

## Zakończenie

Reklama ma bardzo duże znaczenie w walce rynkowej o klienta, w szczególności, gdy na rynku pojawiają się coraz to nowe produkty stanowiące substytuty już istniejących. Przedsiębiorcy (producenci) oraz agencje reklamowe chcąc zaprezentować towar lub usługę i zachęcić do jej nabywania, uciekają się do różnych form akcji promocyjnych, które nie zawsze odpowiadają wymogom określonym przez prawo, w szczególności naruszają obowiązek rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji skierowanej do konsumenta; wprowadzają w błąd lub stanowią inne formy nieuczciwej reklamy. Wielość reklam stwarza wysokie prawdopodobieństwo, że wśród nich znajdują się te zakazane przez prawo, potwierdza to również praktyka. Liczba postępowań z zakresu nieuczciwej reklamy prowadzonych przez Prezesa Urzędu w ostatnim czasie zdecydowanie wzrosła. Są wśród nich postępowania, gdzie stronami są duże przedsiębiorstwa reklamujące swoje towary, czy usługi w telewizji, radio, billboardach pojawiających się na ulicach wszystkich większych miast. Należy jednak zaznaczyć, że problem nieuczciwej reklamy w takim samym stopniu dotyczy również małych przedsiębiorców reklamujących się na łamach prasy lokalnej lub za pośrednictwem ulotek reklamowych. Wielość prowadzonych przed Prezesem UOKiK postępowań, a w konsekwencji spraw trafiających na skutek odwołań do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z pewnością przyczyni się do wykształcenia praktyki oraz orzecznictwa w zakresie pojęć do tej pory niezdefiniowanych i budzących problemy interpretacyjne.

Rafał Sikorski

## **Zwolnienie grupowe umów transferu technologii we wspólnotowym prawie konkurencji**

### **I. Wprowadzenie**

Porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyłączenie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji na terenie wspólnego rynku są zakazane w świetle art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej: TWE). Jednak jeśli łącznie spełnione zostaną przesłanki określone w art. 81 ust. 3 TWE, tj. gdy dane porozumienie 1) przyczynia się do polepszenia produkcji lub dystrybucji bądź rozwoju technicznego lub gospodarczego, 2) zapewnia konsumentom korzyści z tego tytułu, 3) nie zawiera ograniczeń, które nie są niezbędne dla osiągnięcia powyższych celów, oraz 4) nie skutkuje wyeliminowaniem w znacznym zakresie konkurencji na danym rynku, art. 81 ust. 1 TWE nie znajdzie do niego zastosowania.

Na podstawie Rozporządzenia Rady 19/65 Komisja została upoważniona do wydawania rozporządzeń określających kategorie porozumień, do których nie będzie stosowany zakaz zawarty w art. 81 ust. 1 TWE. Komisja wydając rozporządzenie zwalniające grupowo określone kategorie porozumień spod zakazu wyrażonego w art. 81 ust. 1 TWE, wychodzi z założenia, że porozumienia należące do danej kategorii spełniają warunki określone w art. 81 ust. 3 TWE. Komisja wielokrotnie korzystała z kompetencji przyznanej przepisami Rozporządzenia 19/65. Na tej podstawie wydane zostały rozporządzenia zwalniające grupowo takie kategorie porozumień jak m.in. porozumienia wertykalne, specjalizacyjne, o prowadzenie prac badawczo-rozwojowych czy wreszcie porozumienia transferu technologii.

O pozytywnym oddziaływaniu porozumień transferu technologii na konkurencję napisano już bardzo wiele. Dla licencjodawców transfer technologii jest źródłem dochodów, dzięki którym mogą oni finansować działalność badawczo-rozwojową. Przyczynia się on zatem do zwiększenia działalności innowacyjnej. Transfer technologii przyczynia się także do rozpowszechniania nowych rozwiązań technicznych, co z kolei pozwala licencjobjorcom na produkcję bardziej nowoczesnych i niejednokrotnie tańszych produktów. Ponadto, umowy transferu technologii zawierane są również po to, by zapewnić licencjobjorcy swobodę w zakresie rozwijania jego własnych technologii. Jest to szczególnie ważne w dziedzinach, w których udzielonych zostało wiele patentów, w związku z czym istnieje ryzyko, że mogłoby dojść do naruszenia wcześniejszych praw w związku z eksploatacją technologii opracowanej przez licencjobjorcę<sup>1</sup>.

Dnia 7 lipca 2004 roku Komisja przyjęła Rozporządzenie nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do określonych kategorii porozumień transferu technologii (dalej: Rozporządzenie). Rozporządzenie to zastąpiło wcześniej obowiązujące Rozporządzenie Komisji

<sup>1</sup> Pkt 17 Preambuły do Rozporządzenia nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do określonych kategorii porozumień transferu technologii, Dz. U. UE L 123 z 27.04.2004 r., s. 11.

nr 240/96<sup>2</sup>. Tego samego dnia Komisja przyjęła także Wytyczne dotyczące stosowania art. 81 TWE do porozumień dotyczących transferu technologii (dalej: Wytyczne)<sup>3</sup>. Rozporządzenie weszło w życie 1 maja 2004 r., czyli tego samego dnia co inny niezwykle doniosły dla wspólnotowego prawa konkurencji akt prawny – Rozporządzenie Rady nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie zasad stosowania art. 81 i 82 TWE<sup>4</sup>.

Przyjęcie Rozporządzenia wpisuje się zatem w szerszy kontekst reformy wspólnotowej polityki konkurencji, zapoczątkowanej w 1999 roku przyjęciem Rozporządzenia Komisji nr 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do określonych rodzajów porozumień wertykalnych<sup>5</sup> oraz Wytycznych dotyczących ograniczeń konkurencji w takich porozumieniach<sup>6</sup> i kontynuowanej wraz z przyjęciem przez Komisję rozporządzeń dotyczących stosowania art. 81 ust. 3 do porozumień o prace badawczo – rozwojowe<sup>7</sup> oraz porozumień specjalizacyjnych<sup>8</sup>.

## 2. Rozporządzenie – uwagi ogólne

Analiza postanowień Rozporządzenia oraz treść Wytycznych wskazuje, że przy ocenie, czy dane porozumienie ogranicza konkurencję, decydujące znaczenie powinny mieć kryteria ekonomiczne<sup>9</sup>. Dlatego też o możliwości zastosowania wyłączenia grupowego do danego porozumienia dotyczącego transferu technologii rozstrzyga przede wszystkim to jaki jest udział w rynku stron danej umowy oraz to, czy przedsiębiorcy zawierający taką umowę są konkurentami<sup>10</sup>.

Odmienne traktowanie porozumień zawieranych pomiędzy konkurentami oraz przedsiębiorcami nie będącymi konkurentami wynika z faktu, że zwykle te pierwsze stanowią większe zagrożenie dla konkurencji na rynku. Z kolei uzależnienie stosowania Rozporządzenia od udziału w rynku stron porozumienia, wynika z założenia, że zagrożeniem dla konkurencji mogą być tylko takie porozumienia, które zawierane są przez przedsiębiorców dysponujących odpowiednią siłą rynkową.

W przypadku umów zawieranych pomiędzy konkurentami zwolnienie grupowe stosuje się w przypadku, gdy łącznie udział w rynku stron porozumienia nie przekracza 20%. Z kolei w przypadku gdy stronami umowy są przedsiębiorcy nie będący konkurentami, zwolnienie grupowe znajdzie zastosowanie jeśli udział w rynku każdej ze stron jest mniejszy niż 30%<sup>11</sup>.

Jeśli udział w rynku stron porozumienia przekracza wskazane powyżej progi takie porozumienia nie korzysta z wyłączenia grupowego. Nie oznacza to jednak, że porozumienie takie będzie automatycznie uznane za naruszające art. 81 ust. 1 TWE. Takie porozumienie podle-

<sup>2</sup> Rozporządzenie Komisji z 31.01.1996 r. nr 240/96 w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 TWE do określonych grup porozumień dotyczących transferu technologii, Dz. U. WE L 31z 09.02.1996 r., s. 2.

<sup>3</sup> Dz. U. UE C 101 z 27.04.2004 r., s. 2.

<sup>4</sup> Dz. U. UE L 001 z 04.01.2003 r., s. 1.

<sup>5</sup> Dz. U. WE L 336 z 29.12.1999 r., s. 21.

<sup>6</sup> Dz. U. WE C 291 z 13.10.2000 r., s. 1.

<sup>7</sup> Rozporządzenie Komisji z 29.11.2000 r. nr 2659/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do określonych porozumień o prace badawczo-rozwojowe, Dz. U. WE L 304 z 05.12.2000 r., s. 7.

<sup>8</sup> Rozporządzenie Komisji z 29.11.2000 r. nr 2658/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do określonych kategorii porozumień specjalizacyjnych, Dz. U. WE L 304 z 05.12.2000 r., s. 3.

<sup>9</sup> V. Korah, *Draft Block Exemption for Technology Transfer*, ECLR 5/2004, s. 247; M. Feil, *The New Technology Transfer Regulation on Technology Transfer Agreements in the Light of the U.S. Antitrust Regime on the Licensing of Intellectual Property*, IIC 1/2005, s. 34; M. Mario Monti, *The New EU Policy on Technology Transfer Agreements*, przemówienie wygłoszone w Paryżu w Ecole des Mines dnia 16.01.2004, tekst dostępny na stronie:

<sup>10</sup> Pkt 4 Preambuły do Rozporządzenia.

<sup>11</sup> Art. 3 ust. 1 oraz art. 3 ust. 2 Rozporządzenia.

gać będzie indywidualnej ocenie w świetle kryteriów, o których mowa w art. 81 ust. 3 TWE i jeśli przesłanki wyłączenia będą w jego przypadku spełnione, nie będzie ono naruszać zakazu zawartego w ust. 1 art. 81 TWE<sup>12</sup>.

W art. 4 Rozporządzenia wymienione zostały klauzule umowne, które w sposób istotny naruszają konkurencję. Porozumienia, które zawierają chociażby jedną z klauzul uznanych za istotnie ograniczającą konkurencję, nie mogą skorzystać ze zwolnienia wynikającego z przepisów Rozporządzenia. Porozumienia takie będą co prawda podlegać indywidualnej ocenie, jednakże przyjmuje się, iż jedynie w wyjątkowych wypadkach spełniać będą one przesłanki określone w art. 81 ust. 3 TWE<sup>13</sup>.

W art. 5 Rozporządzenia wymienione zostały klauzule umowne, które wymagają indywidualnej oceny w świetle przesłanek wymienionych w art. 81 ust. 3 TWE. Klauzule takie nie korzystają zatem ze zwolnienia grupowego. W pozostałym zakresie, tj. w stosunku do pozostałych części porozumienia, wyłączenie grupowe będzie mogło być stosowane.

W wyjątkowych przypadkach istnieje możliwość cofnięcia zwolnienia grupowego. W świetle art. 6 decyzję o cofnięciu może wydać zarówno Komisja jak i krajowy organ właściwy w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, jeśli konkretne porozumienie, które spełnia przesłanki zawarte w Rozporządzeniu, jest mimo wszystko niezgodne z art. 81 ust. 3 TWE. Z kolei na podstawie art. 7 Rozporządzenia, Komisja może w drodze rozporządzenia wyłączyć stosowanie Rozporządzenia w stosunku do określonej kategorii porozumień, jeśli łączny udział w rynku stron porozumień dotyczących transferu technologii wynosi ponad 50%. W przypadku skorzystania przez Komisję z kompetencji, o której mowa w art. 7 Rozporządzenia, poszczególne porozumienia podlegać będą indywidualnej ocenie w świetle art. 81 TWE<sup>14</sup>.

### 3. Zakres zastosowania Rozporządzenia

Przepis art. 2 Rozporządzenia stanowi, że na podstawie art. 81 ust. 3 TWE, z zastrzeżeniem przepisów Rozporządzenia uznaje się, że art. 81 ust. 1 TWE nie stosuje się do porozumień transferu technologii zawieranych pomiędzy dwoma przedsiębiorcami dotyczących produkcji lub sprzedaży towarów objętych umową.

Wyłączenie znajdzie zastosowanie do momentu, gdy upływa, wygasa lub zostaje unieważnione prawo własności intelektualnej, którego dotyczy zawarta umowa, a w przypadku *know-how*, tak długo, jak długo *know-how* pozostaje niejawne, chyba że *know-how* stało się publicznie znane w wyniku działań licencjobiorcy, przy czym w takim wypadku wyłączenie stosuje się w okresie ważności porozumienia.

Kluczowym dla ustalenia zakresu wyłączenia, o którym mowa w art. 2 Rozporządzenia, jest ustalenie znaczenia terminów użytych w tym przepisie. Pojęcie „umowy transferu technologii” zostało zdefiniowane w art. 1 ust. 1 (b) Rozporządzenia. Obejmuje ono licencje patentowe, licencje *know-how* oraz licencje dotyczące chronionego w prawie autorskim oprogramowania, a także licencje mieszane dotyczące korzystania z dóbr intelektualnych chronionych za pośrednictwem wymienionych praw własności intelektualnej. W świetle przepisu art. 1 ust. 1 (h), na gruncie Rozporządzenia pojęcie „patentu” odnosi się nie tylko do patentów *sensu stricto*, ale ponadto również do praw ze zgłoszenia patentu, wzorów użytkowych oraz praw ze zgłoszenia wzoru użytkowego, wzorów przemysłowych, topografii układów scalonych, dodatkowego prawa ochronnego na produkty lecznicze lub inne produkty, w stosunku do których można uzyskać świadectwa ochronne oraz świadectwa hodowców roślin.

<sup>12</sup> Pkt 12 Preambuły do Rozporządzenia; Pkt 37 Wytocznych.

<sup>13</sup> Pkt 13 Preambuły do Rozporządzenia; Pkt 75 Wytocznych.

<sup>14</sup> Pkt 124 Wytocznych.

W praktyce w zdecydowanej większości przypadków „umowy transferu technologii” będą umowami licencyjnymi – tj. umowami upoważniającymi do korzystania z dóbr intelektualnych w zakresie objętym treścią praw wyłącznych przysługujących licencjodawcy. Definicja pojęcia „umowa transferu technologii” jest jednakże szersza i obejmuje również umowy o przeniesienie praw z patentu (w znaczeniu, o którym mowa w art. 1 ust. 1 (h)), praw do *know-how* lub praw autorskich do oprogramowania, jeśli przynajmniej część ryzyka związanego z eksploatacją wymienionych dóbr intelektualnych ponoszona jest również przez zbywcę, w szczególności gdy wynagrodzenie z tytułu przeniesienia wskazanych praw zależy np. od wysokości obrotów osiąganych przez nabywcę praw w związku ze sprzedażą produktów czy wysokości produkcji dóbr, w których ucieleśnione jest dobro intelektualne, do którego prawa zostały przeniesione na nabywcę. Zakresem pojęcia „umowa transferu technologii” nie objęto natomiast umów licencyjnych upoważniających do korzystania ze znaku towarowego lub chronionych w prawie autorskim dzieł, innych niż programy komputerowe oraz licencji na korzystanie z dóbr intelektualnych chronionych za pośrednictwem praw pokrewnych, chyba że postanowienia licencyjne odnoszące się do powyższych dóbr intelektualnych mają uboczny charakter względem licencji na korzystanie z patentów, *know-how* lub oprogramowania.

Przepis art. 2 Rozporządzenia wyraźnie stanowi o porozumieniach dwustronnych, a zatem nie dotyczy wielostronnych kontraktów dotyczących transferu technologii. Powyższe ograniczenie jest konsekwencją zakresu kompetencji Komisji do wydawania rozporządzeń w przedmiocie zwolnień grupowych. Rozporządzenie Rady nr 19/65 upoważnia Komisję do wydawania rozporządzeń wyłączających stosowanie art. 81 ust. 1 TWE jedynie w odniesieniu do porozumień zawieranych pomiędzy dwoma przedsiębiorcami<sup>15</sup>. Warto w tym miejscu zauważyć, że w swych Wytycznych Komisja opowiedziała się za stosowaniem w drodze analogii zasad dotyczących oceny porozumień transferu technologii przyjętych w Rozporządzeniu również do porozumień zawieranych przez więcej niż dwóch przedsiębiorców<sup>16</sup>.

Zwolnienie grupowe porozumień transferu technologii dotyczy jedynie takich porozumień, w ramach których licencjodawca zezwala licencjodawcy na produkcję określonych towarów (art. 2 ust. 1 *in fine* Rozporządzenia). Dlatego też zwolnieniem grupowym nie będą objęte tzw. *patent pools* – tj. porozumienia zawierane pomiędzy dwoma lub większą liczbą przedsiębiorców, z których każdy dysponuje np. patentem, w celu ich wspólnego udostępniania osobom trzecim. Przy zawieraniu tzw. *patent pools* dochodzi do udzielenia licencji, jednakże transfer technologii nie wiąże się w takim przypadku z produkcją towarów na podstawie udzielonej licencji. Również umowy licencyjne typu „*master license*”, w ramach których licencjodawca upoważnia licencjodawcę do udzielania sublicencji osobom trzecim, nie będą korzystać ze zwolnienia grupowego, bowiem w ramach takiej umowy licencjodawca nie upoważnia licencjodawcy do wytwarzania produktów. Ponadto, zakresem zwolnienia grupowego, o którym mowa w art. 2 Rozporządzenia, nie zostały objęte umowy określające w jakim zakresie uprawniony nie będzie korzystał z przysługujących mu praw własności intelektualnej przeciwko drugiej stronie, chyba że dotyczą produkcji towarów<sup>17</sup>.

#### **4. Przedsiębiorcy będący konkurentami oraz przedsiębiorcy niekonkurujący ze sobą**

To, czy przedsiębiorcy – strony umowy dotyczącej transferu technologii są konkurentami ma istotne znaczenie dla stosowania przepisów Rozporządzenia, np. art. 4 regulującego proble-

<sup>15</sup> C. Ritter, *The New Technology Transfer Block Exemption under EC Competition Law*, s. 169.

<sup>16</sup> Pkt 40 Wytycznych.

<sup>17</sup> C. Ritter, *The New Technology*, s. 170.

matykę niedozwolonych klauzul umownych. Ponadto od tego czy przedsiębiorcy konkurują ze sobą uzależnia się maksymalny poziom udziału w rynku, po przekroczeniu którego nie stosuje się zwolnienia, o którym mowa w art. 2 Rozporządzenia.

W świetle art. 1 ust. 1 (j) Rozporządzenia dwaj przedsiębiorcy są konkurentami, jeśli konkurują ze sobą na rynku technologii lub na rynku produktów. Przedsiębiorcy są konkurentami na rynku technologii jeśli obaj udostępniają technologie, które mogą być uznane za konkurencyjne względem siebie. Na rynku technologii uwzględnia się wyłącznie to, czy przedsiębiorcy aktualnie są konkurentami. Jeśli dwaj przedsiębiorcy dysponują technologiami, które są względem siebie konkurencyjne, jednak tylko jeden z nich udostępnia swą technologię osobom trzecim, to przedsiębiorcy tacy, w świetle Rozporządzenia, nie będą konkurentami na rynku technologii, mimo że potencjalnie mogą się nimi stać.

W przypadku konkurencji na rynku odnoszącym się do produktów uwzględnia się zarówno aktualną jak i potencjalną konkurencję pomiędzy przedsiębiorcami. Przedsiębiorcy są konkurentami jeśli aktualnie działają na tym samym rynku. Ponadto będą oni również uznani za konkurentów jeśli byliby gotowi ponieść dodatkowe nakłady inwestycyjne by wejść na dany rynek w razie niewielkiego, stałego wzrostu cen na dany produkt. Zdaniem Komisji, potencjalnym konkurentem będzie jedynie taki przedsiębiorca, który wszedłby na dany rynek nie później niż w okresie od roku do dwóch lat po tym jak wzrosła cena na dany produkt<sup>18</sup>.

Strony, które w chwili zawarcia umowy transferu technologii nie były konkurentami mogą się nimi stać w trakcie obowiązywania umowy. W art. 4 ust. 3 Rozporządzenia postanowiono, że w takiej sytuacji porozumienie zawarte pomiędzy przedsiębiorcami będzie w okresie jego obowiązywania traktowane tak jakby jego stronami byli niekonkurenci, chyba że porozumienie takie zostanie w sposób istotny zmienione. Ma to istotne znaczenie dla stron, bowiem nie będą one musiały dokonywać zmian w zawartym już kontrakcie.

## 5. Udział stron porozumienia w rynku

Umowy transferu technologii zawierane pomiędzy konkurentami na rynku technologii lub rynku odnoszącym się do danego produktu, korzystają z wyłączenia przewidzianego w art. 2 Rozporządzenia, jeśli łączny udział stron porozumienia na którymkolwiek z wymienionych rynków nie przekracza 20%<sup>19</sup>. Z kolei porozumienia zawierane przez przedsiębiorców nie będących konkurentami korzystają z wyłączenia wskazanego w art. 2 Rozporządzenia jeśli udział żadnej ze stron w rynku technologii bądź w rynku danego produktu nie przekracza 30%<sup>20</sup>.

Sposób obliczenia udziału stron na rynku technologii określony został w art. 3 ust. 3 Rozporządzenia. W świetle wskazanego przepisu, przy ustalaniu udziału przedsiębiorcy – licencjodawcy na rynku technologii należy wziąć pod uwagę łączny udział, jaki w rynku produktowym ma sprzedaż produktów wytworzonych zgodnie z technologią licencjodawcy przez samego licencjodawcę oraz przez jego licencjodawców.

Udział w rynku danego produktu, w przypadku licencjodawcy, obliczany jest w ten sposób, że uwzględnia się łącznie sprzedaż produktów wytworzonych według udostępnionej przez licencjodawcę technologii oraz sprzedaż produktów konkurencyjnych względem tych wytworzonych w oparciu o udostępnioną na podstawie licencji technologię, w tym technologię licencjodawcy. Jeśli licencjodawca również sprzedaje produkty wytworzone według udostępnianej innej technologii, to jego udział w rynku produktowym będzie uzależniony od wartości sprzedanych przez niego produktów na rynku<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Pkt 29 Wýtycznych.

<sup>19</sup> Art. 3 ust. 1 Rozporządzenia.

<sup>20</sup> Art. 3 ust. 2 Rozporządzenia.

<sup>21</sup> Pkt 71 Wýtycznych.

Przy wyznaczaniu udziału stron w rynku uwzględnia się wartość sprzedanych produktów. Jeśli jednak dane dotyczące wartości sprzedanych produktów są niedostępne, ustalenie udziału w rynku może również następować na podstawie innych informacji dotyczących danego rynku, w szczególności w oparciu o kryterium wielkości sprzedaży. Udział stron w rynku w danym roku ustala się na podstawie danych z roku poprzedniego<sup>22</sup>.

Jeśli w trakcie obowiązywania umowy transferu technologii udział w rynku stron porozumienia przekroczył odpowiednio 20% lub 30%, to porozumienie takie będzie korzystało ze zwolnienia, o którym mowa w art. 2 Rozporządzenia jeszcze przez okres dwóch lat kalendarzowych liczonych od początku roku przypadającego po roku, w którym progi udziału w rynku określone w art. 3 Rozporządzenia zostały przekroczone<sup>23</sup>.

Udział stron porozumienia w rynku nie zawsze w sposób dostateczny uwidacznia stopień konkurencji na danym rynku<sup>24</sup>. Konkurencja na rynku może być często znaczna mimo tego, że udział konkretnych przedsiębiorców w danym rynku przekracza progi określone w art. 3 Rozporządzenia. W Wytycznych Komisja stwierdza, że mimo przekroczenia przez strony umowy transferu technologii odpowiednio 20- lub 30-procentowego progu udziału w rynku, należy domniemywać, że porozumienia takie nie będą naruszać art. 81 TWE, jeśli nie ma w nich klauzul, o których mowa w art. 4 Rozporządzenia oraz jeśli na rynku dostępne są co najmniej cztery równie przydatne z punktu widzenia licencjodawców konkurencyjne technologie, którymi dysponują podmioty niezależne od stron porozumienia<sup>25</sup>.

## 6. Klauzule umowne istotnie naruszające konkurencję

W art. 4 Rozporządzenia znajdują się klauzule umowne, które zostały uznane za istotnie ograniczające konkurencję. Zdaniem Komisji, treść wymienionych w art. 4 klauzul umownych oraz doświadczenie wskazują, że w zasadzie zawsze klauzule te skutkują ograniczeniem konkurencji<sup>26</sup>. Porozumienia, które zawierają chociażby jedną z klauzul wymienionych w art. 4 nie korzystają ze zwolnienia, o którym mowa w art. 2 Rozporządzenia. Żaden z przepisów Rozporządzenia nie wprowadza co prawda domniemania niezgodności porozumień zawierających klauzule wymienione w art. 4 z art. 81 TWE, jednakże w Wytycznych Komisja stwierdza, że w zasadzie zawsze trzeba będzie przyjąć, że naruszają one art. 81 TWE<sup>27</sup>.

Ponieważ porozumienia pomiędzy konkurentami traktowane są jako zagrażające konkurencji w większym stopniu niż porozumienia pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami, dlatego też w art. 4 bardziej rygorystycznie podchodzi się do tych pierwszych. Ponadto, w grupie umów zawieranych pomiędzy konkurentami bardziej rygorystycznie podchodzi się do tzw. porozumień wzajemnych. Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 (c) Rozporządzenia, porozumienie wzajemne to porozumienie pomiędzy dwoma przedsiębiorcami, którzy udzielają sobie wzajemnie, w ramach jednego lub dwóch kontraktów, licencji na korzystanie z patentu, wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego, *know-how* lub z oprogramowania bądź też licencji mieszanej, jeśli udzielone licencje upoważniają przedsiębiorców do korzystania z dóbr intelektualnych konkurencyjnych względem siebie.

Z kolei porozumienie niewzajemne to porozumienie, w którym tylko jedna ze stron występuje jako licencjodawca bądź też porozumienie, w którym co prawda obie strony są licencjodawcami,

<sup>22</sup> Art. 8 ust. 1 Rozporządzenia.

<sup>23</sup> Art. 8 ust. 2 Rozporządzenia.

<sup>24</sup> C. Ritter, *The New Technology*, s. 174.

<sup>25</sup> Pkt 131 Wytycznych.

<sup>26</sup> Pkt 74 Wytycznych.

<sup>27</sup> Pkt 37 Wytycznych.

jednakże udostępniane dobra niematerialne nie są względem siebie konkurencyjne<sup>28</sup>. Warto tu zauważyć, że porozumienie niewzajemne może stać się wzajemnym jeśli pomiędzy jego stronami zawarta zostanie druga umowa, w której dotychczasowy licencjodawca upoważni drugą stronę do korzystania np. z konkurencyjnego patentu czy *know-how*. Zawarcie drugiej umowy może skutkować koniecznością wprowadzenia zmian w pierwszym kontrakcie licencyjnym, gdyż w świetle art. 4 ust. 1 Rozporządzenia niektóre klauzule umowne są uznawane za naruszające w sposób istotny konkurencję dopiero w przypadku gdy znajdują się w porozumieniu wzajemnym<sup>29</sup>.

### **6.1. Klauzule umowne istotnie naruszające konkurencję w umowach zawieranych pomiędzy konkurentami.**

Analiza art. 4 ust. 1 Rozporządzenia pozwala wyróżnić cztery rodzaje klauzul ograniczających konkurencję. Są to: 1) klauzule ograniczające swobodę stron w ustalaniu ceny sprzedaży produktów; 2) klauzule ograniczające rozmiary produkcji; 3) klauzule wprowadzające podział rynku według kryteriów podmiotowych bądź geograficznych; 4) klauzule ograniczające prawo licencjodawcy do korzystania z jego własnej technologii.

#### **Ograniczenia swobody ustalania ceny**

W świetle art. 4 ust. 1 (a) Rozporządzenia, wyłączeniem, o którym mowa w art. 2 nie są objęte porozumienia, których celem jest ograniczenie swobody stron odnośnie ustalania ceny sprzedaży produktów w stosunkach z osobami trzecimi. Art. 4 ust. 1 (a) obejmuje wszelkie porozumienia, w ramach których strony bezpośrednio ustalają ceny, a także porozumienia dotyczące ceny zbytu wraz z określeniem dopuszczalnej wysokości maksymalnych rabatów. Wskazany przepis dotyczy porozumień co do cen sztywnych, cen maksymalnych oraz minimalnych. Art. 4 ust. 1 (a) odnosi się również do umów, w których strony w sposób pośredni ustalają cenę zbytu produktu, np. w przypadku gdy umowa przewiduje wzrost wysokości opłat licencyjnych, jeśli cena produktu zostanie obniżona poniżej określonego poziomu lub gdy w umowie określa się dopuszczalną wysokość marży<sup>30</sup>.

W trakcie prac nad Rozporządzeniem oraz Wytycznymi Komisja bardzo niechętnie pochodziła do porozumień wzajemnych, w których wysokość opłat licencyjnych uzależniana jest od wielkości sprzedaży. W projekcie Wytycznych Komisja wskazywała, że w takich wypadkach mamy do czynienia z ukrytą postacią porozumienia cenowego. Zdaniem Komisji, w przypadku gdy strony umowy licencyjnej udostępniają sobie wzajemnie technologie, które następnie są wykorzystywane w konkurencyjnych produktach, to w pewnym zakresie dochodzi do ograniczenia konkurencji cenowej pomiędzy tymi przedsiębiorcami. Opłata licencyjna jest bowiem kosztem, który każdy przedsiębiorca uwzględnia przy wyznaczaniu ceny sprzedaży produktu<sup>31</sup>. Pod wpływem krytyki, stanowisko Komisji uległo jednakże istotnemu złagodzeniu. Obecnie Komisja stoi na stanowisku, że dopiero w przypadku, gdy wzajemna umowa licencyjna nie znajduje żadnego uzasadnienia ekonomicznego będzie można ją uznać za ukryty kartel cenowy<sup>32</sup>.

#### **Ograniczenia wielkości produkcji**

Wyłączeniem, o którym mowa w art. 2 Rozporządzenia nie są objęte porozumienia, których celem jest ograniczenie wielkości produkcji lub sprzedaży. W świetle art. 4 ust. 1 (b) Rozpo-

<sup>28</sup> Art. 1 ust. 1 (d) Rozporządzenie.

<sup>29</sup> Pkt 78 Wytycznych.

<sup>30</sup> Pkt 79 oraz 97 Wytycznych.

<sup>31</sup> C. Ritter, *The New Technology*, s. 179; V. Korah, *Draft Block*, s. 255.

<sup>32</sup> Pkt 80 Wytycznych.

rządzenia klauzule umowne ograniczające wielkość produkcji lub sprzedaży będą uznane za istotnie ograniczające konkurencję, jeśli występują w porozumieniach wzajemnych oraz jeśli dotyczą obu stron umowy. Porozumienia takie mogą bowiem wpływać na wielkość produkcji oraz cenę produktu na rynku<sup>33</sup>.

Niebezpieczeństwo takie nie pojawia się natomiast w przypadku, gdy ograniczenia wielkości produkcji lub sprzedaży nakładane są jedynie na jedną ze stron umowy. Jeśli zatem wskazane powyżej ograniczenia występują w porozumieniu niewzajemnym bądź też w przypadku gdy nakładane są na jedną ze stron porozumienia wzajemnego nie stanowią one istotnych ograniczeń konkurencji<sup>34</sup>.

Art. 4 ust. 1 (b) dotyczy zarówno porozumień, które bezpośrednio ograniczają wielkość produkcji lub sprzedaży, jak również porozumień, w których powyższe ograniczenia wprowadzane są w sposób pośredni. Przykładem pośredniego wpływania na wielkość produkcji lub sprzedaży są umowy, w których strony postanawiają, że wraz ze zwiększeniem wielkości produkcji lub sprzedaży, powstaje obowiązek uiszczenia dodatkowej opłaty bądź następuje zwiększenie wysokości opłaty licencyjnej<sup>35</sup>.

## Wyłącznieść. Ograniczenia dotyczące sprzedaży

Przepis art. 4 ust. 1 (c) Rozporządzenia stanowi, że wyłączeniem, o którym mowa w art. 2 nie są objęte porozumienia, których celem jest wprowadzenie podziału na rynku według kryteriów geograficznych lub podmiotowych. Od powyższej zasady przewidziano w przepisach art. 4 ust. 1 (c) (i) – (vii) Rozporządzenia szereg istotnych wyjątków. Omawiam je szczegółowo poniżej.

Nie stanowi istotnego naruszenia konkurencji umowa licencji niewzajemnej, w której licencjodawca udziela licencjodawcy licencji wyłącznej na korzystanie z patentu, *know-how* lub chronionego w prawie autorskim oprogramowania (np. udziela licencji wyłącznej na korzystanie z wynalazku na terytorium danego państwa)<sup>36</sup>. W umowie licencji wyłącznej (tzw. *exclusive license*) licencjodawca zobowiązuje się do nieudzielania dalszych licencji osobom trzecim oraz do niekorzystania samemu z udostępnionego dobra.

Jeśli w umowie licencyjnej licencjodawca zobowiązuje się jedynie do nieudzielania licencji osobom trzecim (tzw. *sole license*), to takie porozumienie nie będzie uznawane za istotnie naruszające konkurencję, także w przypadku zawarcia tzw. porozumienia wzajemnego, czyli umowy transferu technologii, w której obie strony kontraktu występują w charakterze licencjodawcy oraz licencjodawcy<sup>37</sup>.

Warto tu podkreślić, że w wielu wypadkach, w braku ochrony przed konkurencją ze strony licencjodawcy lub innych licencjodawców, przedsiębiorcy nie byłoby skłonni do zainwestowania swych środków we wdrożenie i rozwój nowych technologii. Zatem celem wprowadzania do kontraktów licencyjnych postanowień o wyłączności nie jest tworzenie podziałów na rynku, ale przede wszystkim zachęcanie przedsiębiorców do zawierania umów transferu technologii. Powyższe ograniczenia przyczyniają się w istocie do rozpowszechniania nowych technologii<sup>38</sup>.

Jednak to, że przedsiębiorca jest licencjodawcą wyłącznym wcale nie oznacza, że przedsiębiorca taki nie będzie musiał obawiać się konkurencji ze strony licencjodawcy lub innych licencjodawców korzystających z tego samego patentu, *know-how* lub oprogramowania. Z taką konkurencją będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy towary produkowane przez licencjo-

<sup>33</sup> Pkt 82 Wytocznych.

<sup>34</sup> Pkt 83 Wytocznych.

<sup>35</sup> Pkt 82 Wytocznych.

<sup>36</sup> Art 4 ust. 1 (c) (ii) i (iii) Rozporządzenia.

<sup>37</sup> Art 4 ust. 1 (c) (iii) Rozporządzenia.

dawcę lub innych licencjodawców są następnie importowane i sprzedawane na terytorium, na którym działa licencjodawca. Perspektywa konkurencji ze strony licencjodawcy lub innych licencjodawców będzie na ogół zniechęcać licencjodawcę do zawarcia umowy licencyjnej i za-inwestowania środków we wdrożenie nowego rozwiązania oraz promocję nowego produktu<sup>39</sup>. Licencjodawca będzie zwykle w gorszej pozycji względem licencjodawcy, który w cenie sprzedawanego przez siebie produktu nie musi uwzględniać opłaty licencyjnej. Poważnym zagrożeniem dla licencjodawcy może być również konkurencja ze strony innych licencjodawców, w szczególności w sytuacji gdy warunki na rynku, na którym działają inni licencjodawcy pozwalają na tańszą produkcję.

Mając na uwadze powyższe względy szereg klauzul umownych, które pozwalają licencjodawcy na ochronę swego terytorium przed konkurencją ze strony innych przedsiębiorców nie są traktowane na gruncie Rozporządzenia jako istotne ograniczenie konkurencji. W świetle art. 4 ust. 1 (c) (iv) Rozporządzenia strony, w przypadku gdy umowa ma charakter porozumienia niewzajemnego, mogą postanowić, że żadna z nich nie będzie prowadzić na terytorium wyłącznym drugiej strony tzw. aktywnej lub pasywnej sprzedaży<sup>40</sup>. Ponadto, zgodnie z przepisem art. 4 ust. 1 (c) (v) Rozporządzenia strony umowy transferu technologii mogą postanowić, że licencjodawca nie będzie prowadził tzw. aktywnej sprzedaży na terytorium, na którym wyłącznym licencjodawcą jest inny przedsiębiorca.

Oprócz przedstawionych powyżej ograniczeń dotyczących prowadzenia tzw. aktywnej i pasywnej sprzedaży, w przepisach Rozporządzenia wymienia się kilka innych ograniczeń sprzedaży produktów, które nie zostały uznane za istotne naruszenia konkurencji. Przepis art. 4 ust. 1 (c) (vi) stanowi, że nie ogranicza istotnie konkurencji porozumienie, w którym licencjodawca zobowiązuje się do korzystania z udostępnionej technologii wyłącznie dla zaspokojenia własnych potrzeb. Jeśli jednak produkt wytworzony na podstawie licencji jest częścią składową innego produktu, licencjodawca musi mieć prawo do sprzedaży takiego produktu jako części zamiennej, również osobom trzecim zajmującym się serwisem. Ponadto, w świetle art. 4 ust. 1 (c) (vii) Rozporządzenia nie będzie uznawane za istotnie ograniczające konkurencję porozumienie niewzajemne, na podstawie którego licencjodawca zobowiązuje się do sprzedaży produktu, wytworzonego na podstawie udzielonej licencji, wyłącznie określonej odbiorcy, jeśli umowa licencyjna została zawarta po to, by stworzyć alternatywne źródło zaopatrzenia dla takiego odbiorcy.

## **Ograniczenia dotyczące sposobu korzystania z udostępnionej technologii**

Art. 4 ust. 1 (c)(i) Rozporządzenia stanowi, że klauzule umowne zobowiązujące licencjodawcę do nie korzystania z dobra niematerialnego będącego przedmiotem licencji w określonych dziedzinach lub na potrzeby określonych rynków, nie stanowią istotnego ograniczenia konkurencji. Możliwość wprowadzenia postanowień, o których mowa we wskazanym przepisie w istocie

<sup>38</sup> Pkt 86 Wytycznych.

<sup>39</sup> C. Ritter, *The New Technology*, s. 177.

<sup>40</sup> Pojęcia tzw. aktywnej oraz pasywnej sprzedaży zostały zdefiniowane w pkt. 50 Wytycznych Komisji w sprawie porozumień pionowych, Dz. U. WE C 291 z 13.10.2000 r., s. 1. W świetle wskazanych wytycznych Komisji przez tzw. aktywną sprzedaż należy rozumieć takie sytuacje, gdy: przedsiębiorca zwraca się ze swoją ofertą do odbiorców znajdujących się na terytorium, które jest wyłącznym terytorium innego licencjodawcy za pośrednictwem poczty lub w inny bezpośredni sposób; przedsiębiorca prowadzi akcje promocyjne skierowane do odbiorców znajdujących się na terytorium wyłącznym innego licencjodawcy; przedsiębiorca umieszcza na terytorium wyłącznym innego licencjodawcy punkt dystrybucyjny dla swoich towarów. Z kolei przez tzw. sprzedaż pasywną należy rozumieć takie sytuacje, gdy przedsiębiorca realizuje zamówienia na dostarczenie towaru bądź świadczenie usługi kierowane do przedsiębiorcy przez odbiorców znajdujących się na terytorium, które stanowi terytorium wyłączne innego przedsiębiorcy.

przyczynia się do rozpowszechniania nowych technologii. Gdyby bowiem licencjodawca nie mógł zabronić licencjodawcy wykorzystywania patentu na rynkach, na których sam prowadzi działalności lub w dziedzinach, w których w chwili udzielania licencji trudno jest ustalić przydatność oraz wartość danej technologii, często w ogóle rezygnowałby z zawarcia umowy<sup>41</sup>.

### Inne ograniczenia konkurencji

W świetle art. 4 ust. 1(d) Rozporządzenia zakazane są porozumienia, które ograniczają swobodę stron umowy w prowadzeniu działalności badawczej i rozwojowej. Umowa licencyjna nie może zatem ograniczać swobody żadnej ze stron umowy w prowadzeniu badań zarówno w dziedzinie, której dotyczy licencja, jak i jakiegokolwiek innej<sup>42</sup>. Przepis art. 4 ust. 1 (d) *in fine* stanowi jednak, że ograniczenia swobody prowadzenia działalności badawczej i rozwojowej są dopuszczalne, jeśli są niezbędne dla ochrony *know-how* przed ujawnieniem osobom trzecim. Ograniczenia takie muszą być proporcjonalne oraz niezbędne dla ochrony *know-how* licencjodawcy.

Ponadto, w świetle art. 4 ust. 1(d) Rozporządzenia zakazane są również porozumienia, które ograniczają prawo licencjodawcy do korzystania z jego własnej technologii. Ograniczenia, o których mowa w art. 4 ust. 1 (d) mogą przyjmować różnorodną postać. W szczególności mogą to być ograniczenia co do terytorium, na którym licencjodawca może korzystać ze swojej technologii, ograniczenia co do wielkości produkcji oraz wielkości sprzedaży, a także ograniczenia swobody licencjodawcy w zakresie ustalania ceny na swoje produkty. Zakazane są również postanowienia umowne, które w pośredni sposób wpływają na korzystanie przez licencjodawcę z jego własnej technologii, np. postanowienia, w których wysokość opłaty licencyjnej jest uzależniona od całkowitej wielkości produkcji lub sprzedaży przez licencjodawcę, tj. także od produkcji i sprzedaży towarów wyprodukowanych według własnej technologii; postanowienia ograniczające prawo licencjodawcy do udzielania licencji na korzystanie z jego technologii oraz postanowienia zakazujące licencjodawcy prowadzenia prac rozwojowo-badawczych nad własną technologią<sup>43</sup>.

## 6.2. Klauzule umowne istotnie naruszające konkurencję w umowach zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami

Art. 4 ust. 2 Rozporządzenia zawiera listę postanowień umownych uznanych za istotnie ograniczające konkurencję w umowach transferu technologii zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami nie będącymi konkurentami. W świetle art. 4 ust. 2 wyróżnić można trzy grupy postanowień umownych, uznanych za istotnie ograniczające konkurencję. Są to postanowienia: 1) ograniczające swobodę strony umowy w ustalaniu cen; 2) nakładające na licencjodawcę obowiązek powstrzymywania się przed prowadzeniem tzw. pasywnej sprzedaży w stosunku do konkretnej grupy odbiorców lub na określonym terytorium; 3) nakładające na licencjodawcę, będącego uczestnikiem systemu selektywnej dystrybucji, działającym na poziomie detalicznym, obowiązek powstrzymywania się przed prowadzeniem tzw. aktywnej oraz pasywnej sprzedaży ostatecznym odbiorcom.

### Ograniczenia swobody ustalania ceny

W świetle art. 4 ust. 2 (a) Rozporządzenia, w umowach transferu technologii zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, niedozwolone są porozumienia ograni-

<sup>41</sup> Pkt 182 Wytocznych.

<sup>42</sup> Pkt 94 Wytocznych.

<sup>43</sup> Pkt 95 Wytocznych.

czające swobodę strony w kwestii ustalania ceny na zbywane produkty. Niedopuszczalne są zarówno porozumienia, w których bezpośrednio ustala się cenę zbytu, ale także takie, w których ograniczenie swobody ustalania ceny zbytu następuje w sposób pośredni, np. gdy strony postanawiają, że ceny zbytu będzie taka sama jak ta, którą stosują konkurenci. Ceny zostają ustalone w sposób pośredni również wtedy, gdy umowa przewiduje możliwość odstąpienia na wypadek gdyby druga strona nie sprzedawała swych produktów po określonej cenie<sup>44</sup>.

Od zakazu ustalania cen przewidziano wyjątek. W umowach zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, strony mogą ustalić maksymalne ceny sprzedaży lub wprowadzić kategorię tzw. cen rekomendowanych, jeśli mając na uwadze inne postanowienia zawieranej umowy, ceny rekomendowane nie są w istocie cenami sztywnymi lub minimalnymi<sup>45</sup>. Tak się dzieje w przypadku, gdy licencjodawca może sugerować licencjodawcy stosowanie określonych cen, przy czym umowa jednocześnie zastrzega na rzecz licencjodawcy karę umowną na wypadek nierespektowania przez licencjodawcę sugerowanego poziomu cen<sup>46</sup>.

### **Ograniczenia dotyczące prowadzenia tzw. aktywnej oraz pasywnej sprzedaży**

W świetle art. 4 ust. 2 (b) Rozporządzenia niedozwolone są porozumienia, które mają na celu, bezpośrednio lub pośrednio ograniczyć krąg odbiorców lub terytorium, na którym licencjodawca może prowadzić tzw. pasywną sprzedaż. Niedozwolone są zatem porozumienia, w których licencjodawca zobowiązuje się, że nie będzie sprzedawać towarów określonym grupom odbiorców oraz odbiorcom znajdującym się na określonym terytorium, a także umowy, w których licencjodawca zobowiązuje się przekazywać innym licencjodawcom zamówienia pochodzące od określonych kategorii odbiorców, w tym od odbiorców znajdujących się na innym terytorium. Niedozwolone są także porozumienia, w których zastrzega się dla licencjodawcy określone korzyści finansowe jeśli licencjodawca nie będzie sprzedawał produktów wyprodukowanych na podstawie udzielonej licencji określonym grupom odbiorców, w tym odbiorcom znajdującym się na określonym terytorium<sup>47</sup>.

W art. 4 ust. 2 (b) Rozporządzenia przewidziano szereg wyjątków od przedstawionego powyżej zakazu. W umowach transferu technologii licencjodawca może zobowiązać się, że nie będzie prowadzić pasywnej sprzedaży na terytorium lub w odniesieniu do grupy odbiorców, w stosunku do których licencjodawcy przysługuje wyłączność<sup>48</sup>. Warto tu dodać, że licencjodawca może również zobowiązać się do nie prowadzenia tzw. aktywnej sprzedaży na terytorium lub w odniesieniu do grupy odbiorców, w stosunku do których licencjodawcy przysługuje wyłączność – takie postanowienia nie znalazły się na liście klauzul umownych, które w świetle art. 4 ust. 2 Rozporządzenia stanowią niedozwolone ograniczenia konkurencji. W istocie powyższe klauzule umowne zachęcają jedynie do rozpowszechniania nowych technologii i w konsekwencji przyczyniają się do zwiększenia konkurencji na rynku<sup>49</sup>.

Ponadto, w świetle art. 4 ust. 2 (b)(ii) Rozporządzenia, nie są zakazane porozumienia, w których licencjodawca zobowiązuje się, że nie będzie prowadzić tzw. pasywnej sprzedaży na terytorium lub w odniesieniu do określonych odbiorców, w stosunku do których innemu licencjodawcy lub licencjodawcom przysługuje wyłączność. Powyższe ograniczenia nie mogą jednakże trwać dłużej niż dwa lata od momentu, w którym chroniony licencjodawca rozpoczął sprzedaż

<sup>44</sup> Pkt 97 Wytocznych.

<sup>45</sup> Art. 4 ust. 2(a) *in fine* Rozporządzenia.

<sup>46</sup> Pkt 97 Wytocznych.

<sup>47</sup> Pkt 98 Wytocznych.

<sup>48</sup> Art. 4 ust. 2 (b) (i) Rozporządzenia.

<sup>49</sup> Pkt 100 Wytocznych.

i produkcję towarów licencyjnych. Ponadto, należy tu dodać, że licencjodawca może również zobowiązać się do nie prowadzenia tzw. aktywnej sprzedaży na terytorium lub w odniesieniu do grupy odbiorców, w stosunku do których licencjodawcy przysługuje wyłączność – takie klauzule nie znajdują się wśród istotnych zakazanych postanowień, o których mowa w art. 4 ust. 2 Rozporządzenia.

Licencjodawca ponosi zwykle znaczące koszty związane z wdrożeniem nowej technologii oraz promocją nowego produktu. Są to koszty, których licencjodawca, w razie zaprzestania działalności na danym rynku, nie ma już szansy odzyskać. Wielu potencjalnych licencjodawców nie zdecydowałoby się na zawarcie umowy transferu technologii, gdyby nie gwarancja ochrony przed konkurencją ze strony innych licencjodawców, choćby w ograniczonym zakresie. Dwuletni okres ochronny przed tzw. pasywną sprzedażą stwarza licencjodawcy możliwość odzyskania poniesionych kosztów<sup>50</sup>.

Skuteczność ochrony przed konkurencją ze strony licencjodawcy bądź innych licencjodawców jest jednakże ograniczona. Nie ma bowiem przeszkód by np. niezależny importer nabył produkt od licencjodawcy działającego na określonym terytorium i następnie sprzedał go odbiorcy, którego siedziba znajduje się na terytorium wyłącznym innego licencjodawcy. Licencjodawca nie będzie mógł zakazać takiego importu powołując postanowienia umowy transferu technologii – te bowiem nie wiążą niezależnego importera, który nie jest stroną takiej umowy. Ponadto licencjodawca nie będzie mógł także zakazać takiego importu powołując się na przysługujące mu prawo własności intelektualnej. Z zasady wspólnotowego wyczerpania wynika bowiem, że wprowadzenie do obrotu na terytorium jednego z państw członkowskich Wspólnoty produktu oznaczonego znakiem, wytworzonego według patentu, wzoru użytkowego czy przemysłowego wyczerpuje prawo uprawnionego do decydowania o dalszej sprzedaży produktu.

Dozwolone są porozumienia, w których licencjodawca zobowiązuje się wytwarzać produkty według licencji wyłącznie na własne potrzeby lub wyłącznie na potrzeby określonego odbiorcy, jeśli licencja została udzielona w celu stworzenia alternatywnego źródła zaopatrzenia dla takiego klienta<sup>51</sup>. Ponadto dozwolone są także porozumienia, w których licencjodawca prowadzący sprzedaż hurtową, zobowiązuje się nie sprzedawać produktów odbiorcom detalicznym<sup>52</sup>.

Jeśli licencjodawca jest uczestnikiem systemu selektywnej dystrybucji, to w umowie dotyczącej transferu technologii może się on zobowiązać do nie sprzedawania produktów przedsiębiorcom, którzy nie są częścią takiego systemu<sup>53</sup>. Natomiast nie są dozwolone porozumienia, które ograniczają licencjodawcę – uczestnika systemu selektywnej dystrybucji prowadzącego sprzedaż detaliczną w zakresie prowadzenia tzw. aktywnej i pasywnej sprzedaży dla odbiorców detalicznych<sup>54</sup>.

## 7. Ograniczenia konkurencji wymagające indywidualnej oceny

Klauzule umowne znajdujące się w art. 5 Rozporządzenia nie korzystają ze zwolnienia grupowego wynikającego z art. 2 Rozporządzenia. Jeśli klauzule takie znajdują się w umowie powinny one zostać podane indywidualnej ocenie w świetle postanowień art. 81 TWE. W art. 5 Rozporządzenia wymienia się cztery typy takich postanowień umownych. Ich obecność w umowie transferu technologii nie wyłącza jednakże możliwości skorzystania ze zwolnienia grupowego w odniesieniu do pozostałej części zawartej umowy<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Pkt 101 Wytocznych.

<sup>51</sup> Art. 4 ust. 2 (b) (iii) oraz (iv) Rozporządzenia.

<sup>52</sup> Art. 4 ust. 2 (b) (v) Rozporządzenia.

<sup>53</sup> Art. 4 ust. 2 (b) (vi) Rozporządzenia.

<sup>54</sup> Art. 4 ust. 2 (c) Rozporządzenia.

<sup>55</sup> Pkt 107 Wytocznych.

W świetle art. 5 ust. 1 (a) i (b) Rozporządzenia, indywidualnej oceny wymagają postanowienia, z których dla licencjodawcy, bezpośrednio lub pośrednio, wynika obowiązek udzielenia licencjodawcy bądź osobie lub osobom trzecim wskazanym przez licencjodawcę licencji wyłącznej lub przeniesienia praw do rozwiązań stanowiących udoskonalenie technologii udostępnionej przez licencjodawcę bądź rozwiązań, które polegają na nowym zastosowaniu udostępnionej technologii, przy czym we wskazanych przepisach chodzi wyłącznie o udoskonalenia, których eksploatacja nie narusza praw do dobra niematerialnego udostępnianego w ramach umowy transferu technologii. Klauzule umowne wskazane w art. 5 ust. 1 (a) i (b) Rozporządzenia powodują, że licencjodawca nie będzie mógł w zasadzie samodzielnie decydować o eksploatacji rozwiązań będących udoskonaleniami technologii licencjodawcy i w konsekwencji mogą zniechęcać licencjodawców do prowadzenia działalności innowacyjnej<sup>56</sup>.

W Wytycznych dotyczących stosowania przepisów art. 81 TWE do porozumień transferu technologii, Komisja wskazała na szereg czynników, które należy uwzględnić przy ocenie klauzul, o których mowa w art. 5 ust. 1 (a) i (b) Rozporządzenia. Jednym z takich czynników jest odpłatność za korzystanie z udoskonalień opracowanych przez licencjodawcę. Jeśli udostępnianie udoskonalień następuje nieodpłatnie, zmniejsza się motywacja licencjodawcy do prowadzenia działalności innowacyjnej, a to negatywnie wpływa na konkurencję<sup>57</sup>. Zdaniem Komisji, przy ocenie omawianych klauzul należy również uwzględnić pozycję licencjodawcy oraz jego technologii na rynku. Im jest ona silniejsza, tym większe prawdopodobieństwo, że obecność w porozumieniu transferu technologii klauzul wskazanych w art. 5 ust. 1 (a) i (b) Rozporządzenia negatywnie będzie oddziaływać na konkurencję na rynku, gdyż wspomniane klauzule pozwalają na ograniczanie konkurencji ze strony licencjodawcy, który dzięki działalności innowacyjnej mógłby stać się źródłem konkurencyjnych rozwiązań na rynku. Ponadto przy ocenie klauzul, o których mowa w art. 5 Rozporządzenia, trzeba uwzględnić również to, czy podobne klauzule nie znalazły się w innych umowach licencyjnych zawieranych przez danego licencjodawcę<sup>58</sup>.

Zdaniem Komisji, zagrożeniem dla konkurencji na rynku mogą być umowy licencyjne wzajemne, w których obie strony zobowiązują się do udzielania sobie licencji na korzystanie z rozwiązań stanowiących udoskonalenie technologii udostępnionej przez drugą stronę. Zagrożenie to będzie jeszcze większe, jeśli dodatkowo w umowie strony zobowiążą się do udzielania sobie nawzajem licencji na korzystanie z udoskonalień własnej technologii. W takiej sytuacji trudno będzie jednej ze stron umowy licencyjnej wzajemnej uzyskać przewagę nad drugą stroną w zakresie stosowanych rozwiązań technicznych<sup>59</sup>.

Z przepisów art. 5 ust. 1 (a) i (b) wynika, że ze zwolnienia grupowego będą korzystać porozumienia, w których licencjodawca zobowiązuje się do udzielania licencji na korzystanie z udoskonalień dotyczących technologii udostępnionej mu w ramach umowy transferu technologii, jeśli licencja jest niewyłączna. Takie porozumienia będą korzystać ze zwolnienia grupowego również wtedy, gdy w ramach licencji niewyłącznej licencjodawca upoważnia licencjodawcę do udzielania dalszych licencji na korzystanie z takich ulepszeń innym licencjodawcom. Ponadto wyłączone na podstawie art. 2 Rozporządzenia są również te porozumienia transferu technologii, w których licencjodawca zobowiązuje się do udzielenia licencji wyłącznej lub przeniesienia praw do rozwiązania stanowiącego udoskonalenie rozwiązania udostępnionego przez licencjodawcę, gdy korzystanie z takiego rozwiązania wiąże się z korzystaniem

<sup>56</sup> Pkt 109 Wytycznych.

<sup>57</sup> Pkt 110 Wytycznych.

<sup>58</sup> Pkt 110 Wytycznych.

<sup>59</sup> Pkt 111 Wytycznych.

z technologii udostępnionej przez licencjodawcę. W takiej sytuacji eksploatacja udoskonalenia wymaga zawsze zgody licencjodawcy<sup>60</sup>.

Do postanowień umownych, które wymagają indywidualnej oceny art. 5 ust. 1 (c) Rozporządzenia zalicza postanowienia, w których licencjodawca zobowiązuje się do nie podważania ważności praw własności intelektualnej przysługujących licencjodawcy. Na ogół postanowienia, w których licencjodawca zobowiązuje się, że nie będzie kwestionować ważności patentu, naruszają art. 81 ust. 1 TWE. Zwykle też w takich przypadkach nie będą spełnione przesłanki określone w art. 81 ust. 3 TWE. Jeśli patent może zostać unieważniony np. z powodu braku nowości rozwiązania, korzystanie z rozwiązania będącego przedmiotem takiego patentu nie wymaga niczyjej zgody. Wszyscy, również licencjodawca, mogą stosować takie rozwiązanie bez konieczności uiszczania opłat licencyjnych. Inaczej natomiast, zdaniem Komisji, powinny być oceniane postanowienia umowne, w których licencjodawca zobowiązuje się do nie podważania praw dysponentów *know-how*. W takim przypadku bowiem, podważając pozycję licencjodawcy, licencjodawca mógłby dodatkowo ujawnić istotę rozwiązania licencjodawcy objętą tajemnicą, co dla licencjodawcy mogłoby mieć nieodwracalne skutki. Brak możliwości wprowadzenia powyższego zakazu mógłby zniechęcać dysponentów *know-how* do jego udostępniania<sup>61</sup>.

W świetle art. 5 ust. 1 (c) *in fine* Rozporządzenia indywidualnej oceny nie wymagają natomiast postanowienia, które przewidują, że w przypadku gdy licencjodawca dąży do unieważnienia prawa własności intelektualnej przysługującego licencjodawcy, licencjodawca może odstąpić od umowy licencyjnej. Porozumienia, w których takie klauzule są obecne korzystają w pełni z dobrodziejstw zwolnienia grupowego.

Art. 5 ust. 2 Rozporządzenia stanowi, że w umowach zawieranych pomiędzy nie konkurującymi ze sobą przedsiębiorcami, nie korzystają z wyłączenia, o którym mowa w art. 2 Rozporządzenia i wymagają indywidualnej oceny postanowienia umów, w których licencjodawca zobowiązuje się do nie korzystania z własnej technologii lub prowadzenia badań nad jej rozwojem. Niewątpliwie takie klauzule mogą zachęcać licencjodawców do udostępniania nowych technologii. Stanowią one gwarancje dla licencjodawcy, że licencjodawca nie będzie rozwijał technologii konkurencyjnych i będzie koncentrował się na rozwoju i pełnym wykorzystaniu technologii udostępnionej mu w ramach umowy licencyjnej. Jeśli jednak licencjodawca dysponuje własną konkurencyjną technologią, a nie jest uznawany za konkurenta licencjodawcy, tylko dlatego, że nie korzysta z tej technologii oraz nie udostępnia jej osobom trzecim, to jeśli na rynku dostępnych jest zaledwie kilka konkurujących ze sobą rozwiązań i licencjodawca dodatkowo posiada możliwości finansowe rozwijania swojej technologii, takie postanowienia będą naruszać art. 81 ust. 1 TWE i nie będą spełniać przesłanek określonych w art. 81 ust. 3 Traktatu<sup>62</sup>.

## 8. Wyłączenie stosowania zwolnienia grupowego

Na podstawie art. 6 Rozporządzenia Komisja Europejska oraz organy krajowe, właściwe w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, mogą wydać decyzję o niestosowaniu wyłączenia, o którym mowa w art. 2 Rozporządzenia, w odniesieniu do porozumienia, które wywołuje skutki niezgodne z treścią art. 81 ust. 3 TWE. Na Komisji oraz organie krajowym, właściwym w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, ciąży ciężar wykazania, że dane porozumienie narusza art. 81 ust. 1 TWE oraz że nie zostały spełnione wszystkie cztery przesłanki określone w art. 81 ust. 3 TWE<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Pkt 109 Wytycznych.

<sup>61</sup> Pkt 112 Wytycznych.

<sup>62</sup> Pkt 115 Wytycznych.

<sup>63</sup> Pkt 119 Wytycznych.

Zakres kompetencji organu krajowego do wydawania decyzji, o których mowa w art. 6 Rozporządzenia, jest węższy niż zakres kompetencji Komisji. Organ krajowy, zgodnie z brzmieniem art. 6 ust 2 Rozporządzenia, może wydać taką decyzję jedynie w stosunku do porozumienia, które wywołuje skutki sprzeczne z postanowieniami art. 81 ust. 3 TWE na terytorium danego państwa członkowskiego lub jego części, jeśli terytorium tego Państwa lub jego część mogą być uznane za odrębny geograficznie rynek. Decyzja organu krajowego danego państwa członkowskiego jest skuteczna wyłącznie na terytorium tego państwa lub jego części, na której porozumienie wywołało skutki sprzeczne z postanowieniami art. 81 ust. 3 TWE.

Art. 6 ust. 1 Rozporządzenia określa przykładowe sytuacje, w których należy przyjąć, że umowa transferu technologii wywiera skutki niezgodne z treścią art. 81 ust. 3 TWE. W przypadku opisanym w pkt. a) ust. 1 art. 6 Rozporządzenia chodzi o sytuacje, w których potencjalny licencjodawca ma ograniczony dostęp do danego rynku w związku z tym, że w zawartych już umowach licencyjnych licencjobiorcy zobowiązali się do nie korzystania z technologii udostępnianych przez innych licencjodawców. Z kolei w przypadku opisanym w pkt. b) ust. 1 art. 6 Rozporządzenia, chodzi o sytuacje, w których dostęp potencjalnych licencjobiorców do nowych technologii jest ograniczony w związku z tym, że w zawartych już umowach licencyjnych licencjodawcy zobowiązali się nie udzielać licencji innym licencjodawcom. Jak łatwo zauważyć w obu opisanych powyżej przypadkach chodzi o kumulatywny efekt, jaki na danym rynku wywołuje kilka, kilkanaście bądź nawet kilkadziesiąt umów transferu technologii. Art. 6 Rozporządzenia pozwala zatem na wydanie decyzji o niestosowaniu zwolnienia grupowego w sytuacji, gdy każde porozumienie oceniane odrębnie korzystałoby z wyłączenia na podstawie art. 2 Rozporządzenia<sup>64</sup>.

Na podstawie art. 6 Rozporządzenia, Komisja lub krajowy organ, właściwy w sprawach z zakresu ochrony konkurencji wydaje decyzję indywidualną, której adresatami są strony konkretnego porozumienia. Problem w tym, że sprzeczne z brzmieniem art. 81 ust. 3 TWE skutki są konsekwencją większej ilości porozumień, a zatem rodzi się pytanie o to, kto powinien być adresatem decyzji w przypadkach, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt. a) i b) Rozporządzenia. Wydaje się, że w takich sytuacjach adresatem decyzji powinny być strony tego porozumienia, które w największym stopniu przyczynia się do powstawania barier w dostępie do rynku.

Ponadto na podstawie art. 7 Rozporządzenia Komisja może postanowić, że w przypadku, gdy porozumienia transferu technologii odnoszące się do konkurencyjnych technologii obejmują więcej niż 50% danego rynku, rozporządzenie nie będzie stosowane w odniesieniu do porozumień zawierających określone rodzaje klauzul ograniczających konkurencję. W takim przypadku Komisja może, choć nie ma takiego obowiązku, przyjąć rozporządzenie, w którym określa do jakich porozumień nie będą stosowane postanowienia Rozporządzenia. Jeśli wydane zostanie rozporządzenie, o którym mowa w art. 7, umowy transferu technologii oceniane będą indywidualnie na podstawie przepisów art. 81 TWE.

Komisja powinna rozważyć korzystanie z kompetencji do wydawania rozporządzeń na podstawie art. 7. Powinno to następować wyłącznie w sytuacji, gdy konkurencja na rynku na skutek zawartych porozumień doznaje rzeczywiście istotnych ograniczeń. W szczególności należy rozważyć, czy w konkretnym przypadku nie należałoby raczej wydać decyzji na podstawie art. 6 Rozporządzenia. Korzystając z kompetencji przyznanej w art. 7 Rozporządzenia, Komisja powinna określić zakres zastosowania wydawanego rozporządzenia. Przede wszystkim, powinna określić relewantny rynek geograficzny i produkty oraz wskazać ro-

<sup>64</sup> Pkt 121 Wytycznych.

dzaje klauzul ograniczających konkurencję, w stosunku do których wyłącza się stosowanie przepisów Rozporządzenia<sup>65</sup>.

## 9. Zakończenie.

Trudno w tej chwili jednoznacznie przewidzieć, jaki będzie wpływ Rozporządzenia na rozwój nowych technologii. Jednak już teraz wypada stwierdzić, że nowo przyjęte Rozporządzenie bardzo istotnie różni się od poprzednio obowiązującego. Wiele rozwiązań prawnych, które znalazły się w nowym Rozporządzeniu należy ocenić pozytywnie. Dotyczy to w szczególności uwzględniania w szerokim zakresie czynników ekonomicznych przy ocenie wpływu umów transferu technologii na konkurencję. Na aprobatę zasługuje również rozszerzenie zakresu stosowania zwolnienia grupowego na umowy licencyjne dotyczące oprogramowania i wzorów użytkowych. Trudno bowiem nie doceniać znaczenia tych dóbr intelektualnych we współczesnej gospodarce. Wielu komentatorów wskazuje ponadto, że nowe Rozporządzenie jest bardziej przejrzyste niż Rozporządzenie 240/96. Weryfikację tego poglądu pozostawiam czytelnikowi, z nadzieją, że niniejszy tekst będzie przy tej weryfikacji pomocny.

---

<sup>65</sup> Pkt 127 Wytycznych.

# **Relacje pomiędzy polityką ochrony konkurencji a regulacją sektorową**



Siegfried Klaue

## Relacje między prawem konkurencji a regulacją sektorową

Jak pokazują praktyka i rozwój europejskiego prawa konkurencji, regulacje sektorowe odgrywają coraz większą rolę. Są one przyporządkowane prawu konkurencji. Komisja Europejska, wspólnie z Radą, podjęła szeroką inicjatywę mającą na celu przekształcenie takich dziedzin gospodarki jak telekomunikacja i energetyka – a w tym sektorze rynków energii elektrycznej i gazu – w obszary poddane konkurencji. Obszary te już wcześniej podlegały silnej regulacji. Trwają starania Komisji o przekształcenie w struktury konkurencyjne innych obszarów gospodarczych, dotąd silnie regulowanych przez państwa członkowskie, niekiedy wspieranych udzielaną pomocą publiczną. Takim obszarem jest na przykład publiczny transport osób. Z drugiej strony, Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał krajowe systemy publicznej ochrony zdrowia za część publiczno – prawnego zabezpieczenia warunków bytowych i wyłączył zastosowanie prawa konkurencji w regulacji ich funkcjonowania.

Jeśli chodzi o zagadnienie stosunku pomiędzy prawem konkurencji a regulacją sektorową, to wydaje się konieczne, aby powrócić najpierw do dogmatycznych podstaw europejskiego porządku konkurencyjnego, czyli do ich początku. Musimy sobie wciąż na nowo uświadamiać, że stworzenie Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej w roku 1958 służyć miało urzeczywistnieniu idei wolności ekonomicznej, która była na stałe zapisana w konstytucjach sześciu państw założycielskich Wspólnoty Europejskiej. Ramy porządkowe dla konkurencji miały uwolnić siły tkwiące w wolnej konkurencji przedsiębiorstw i wspierać osiąganie przez wszystkich uczestników tego procesu możliwie największego dobrobytu. Jednocześnie dostrzeżono wzajemne oddziaływanie wolności politycznej i ekonomicznej: bez wolności politycznej nie ma wolności ekonomicznej i odwrotnie. Swobodna wymiana gospodarcza na europejskim obszarze ekonomicznym, do której dążono, była jednocześnie celem i instrumentem. Traktat o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej nie mógł też pozostawać w tyle za ideą wolności, na trwałe zapisaną w krajowych konstytucjach poszczególnych państw.

Do tego doszło na nowo rozwinięte po drugiej wojnie światowej rozumienie konstytucji. Istotne prawa jednostki nie mogły już tylko być gwarantowane jako prawa do obrony przed państwem w takiej formie, że państwu nie wolno było zacieśniać obszaru zagwarantowanego przez te prawa. Państwo, zgodnie z nowym pojmowaniem konstytucji, miało również aktywnie troszczyć się o to, aby prawa jednostki nie były zawężane lub wręcz unicestwiane przez innych obywateli lub przez inne podmioty prawa. Swobodna, zagwarantowana konstytucją działalność gospodarcza nie mogła przez same przedsiębiorstwa, jako podmioty tych wolności, ulegać zawężaniu lub wręcz unicestwianiu. To pojmowanie konstytucji doprowadziło wreszcie do wprowadzenia do krajowych systemów prawa regulacji „kartelowych”. W konsekwencji prawo konkurencji wprowadzono również do Traktatu Założycielskiego Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej. Poprzez ograniczenia konkurencji może mianowicie dojść do

zawężenia lub w końcu nawet do trwałego unicestwienia zagwarantowanej swobody gospodarczej przez same jej podmioty, czyli przedsiębiorstwa. I tak, dzisiaj ustawowy zakaz tworzenia karteli, jako aktywna ochrona praw jednostki, należy do minimalnych wymagań krajowego porządku gospodarczego w każdym państwie demokratycznym.

Z drugiej strony, istniało już wówczas i istnieje do dzisiaj wymaganie stawiane pod adresem państwa, aby nie tylko zapewniało ono swoim obywatelom godne życie, ale także je gwarantowało. Należy do tego, na przykład, zagwarantowanie bezpośredniej pomocy w razie niezawinionej trudnej sytuacji, choroby i in., a także zapewnienie ogólnego i obejmującego cały obszar państwa korzystania z tak zwanych dóbr publicznych, jak: drogi, komunikacja, elektryczność, transport publiczny i in. Nowoczesne państwo musi być państwem socjalnym. U nas w Niemczech już bardzo wcześnie stworzyliśmy w tym celu pojęcie „socjalno – państwowego zabezpieczenia warunków bytowych”. Pojęcie to, obok innych określeń, zostało wprowadzone do porządków narodowo – państwowych krajów europejskich, a ostatnio także do Wspólnoty Europejskiej.

Powszechne jest przekonanie, że dla takich dóbr publicznych mechanizm regulacji rynkowej (konkurencja) nie jest wystarczający dla zapewnienia do nich dostępu – przeszkodą może być na przykład cena ukształtowana przez rynek. Popyt i podaż na rynkach o strukturze konkurencyjnej kształtują się ostatecznie w oparciu o ceny dóbr lub świadczonych usług. Tam, gdzie przy wyższych cenach nie ma wystarczającego popytu, podaż jest ograniczana. Dla obszarów rzadko zaludnionych, w warunkach konkurencji, szpitale nie będą utrzymywane. Tutaj wymagana jest interwencja regulacyjna państwa. Nauka mówi o obiektywnych brakach rynku, jako wyłącznego mechanizmu regulacyjnego. Ale nie jest też prawdą, że dobra i usługi, o których mowa, mogą być udostępnione obywatelowi tylko poprzez wolną od zasad konkurencji, publiczno – prawną regulację sektorową. Jeżeli państwo nie chce udostępnić obywatelowi odpowiednich dóbr i usług bezpośrednio poprzez bilateralny system dystrybucji, może powierzyć to przedsiębiorstwom, musi jednak w takim przypadku opłacić im wszystkie konieczne inwestycje.

Rozumie się samo przez się, że zakres takich, rzekomo niezbędnych, socjalnych rodzajów podstawowego zaopatrzenia zależy od ogólnego dobrobytu danego państwa oraz od pewnych aktualnych w danej chwili wpływów i przekonań politycznych, na które może wpływać przykładowo perspektywa mających się wkrótce odbyć w danym państwie wyborów demokratycznych. W sumie można mówić o pewnej rozprzestrzeniającej się tendencji do dystrybuowania czynów dobroczynnych poprzez regulację sektorową. Powszechnie przytacza się niemożność rynku dla uzasadnienia sytuacji, że pewne dobra i usługi stale udostępniane są obywatelom po stosownych cenach poprzez regulację sektorową o charakterze publiczno – prawnym.

Nie wymaga bliższego uzasadnienia, że konkurencja oraz ogólna lub sektorowa regulacja są, patrząc na to pojęciowo, wrogimi sobie braćmi i wzajemnie się wykluczają. Przy tym, z jednej strony należy się trzymać zasady, że poprzez konkurencję, jako czynnik porządkujący we wszystkich gospodarkach narodowych, osiągnięta jest najlepsza z możliwych produkcja oraz dystrybucja dóbr i usług, ale przy określonych wymaganiach państwa socjalnego należy mówić o niemożności rynku, która usprawiedliwia wyłączenie konkurencji, aby udostępnić obywatelom określone dobra i usługi po stosownych cenach i na stosownych warunkach.

Z powodu całościowego porządku państwa, utworzonego w oparciu o ideę wolności, musimy jednak mówić o pewnej hierarchii: zasadniczo konkurencja, jako ogólny czynnik porządkujący, korzysta z pierwszeństwa przed jakąkolwiek regulacją. Konkurencja, jako środek i instrument wolnościowego porządku gospodarczego i politycznego, nie wymaga w związku z tym dla poszczególnych rynków żadnego, wciąż na nowo tworzonego, uzasadnienia. Przeciwnie,

to regulacja sektorowa, nie tylko podczas jej wprowadzania, ale i potem, stale wymaga sprawdzania, czy jest ona nadal konieczna w warunkach danej gospodarki narodowej, które mogły wszak ulec zmianie, bądź w wyniku rozwoju technicznego lub też z innych powodów.

Za przykład mogą tutaj służyć rynki energii elektrycznej i gazu oraz rynek telekomunikacyjny. Któż z nas mógłby pomyśleć, lat temu, powiedzmy, dwadzieścia pięć, że przy pomocy tego samego łącza będzie można jednocześnie prowadzić kilka rozmów telefonicznych. Lub też wyobrazić sobie, że będzie można oferować prąd podmiotom zgłaszającym popyt oraz konsumentom poprzez jedną sieć, w warunkach konkurencji pomiędzy kilkoma oferentami. Tutaj nie tylko rozwój techniczny, ale także orzecznictwo USA doprowadziły nas do doktryny *essential facility*.

Z drugiej strony, mamy wyraźną tendencję do poszerzania regulacji sektorowej. Konkurencja wciąż jeszcze uchodzi za niewygodną i za ciężar, a mianowicie dla obywatela na ulicy. Pełnoletni obywatel jest chętnie brany przez aktualnie wybijających się polityków za rączkę i wciąż ponawiają się próby, aby przydzielić mu dobra i usługi w sposób, który rzekomo ma być bardziej sprawiedliwy. Również istniejąca tradycyjna regulacja sektorowa jest często rozbudowywana, mimo iż nie jest to merytorycznie uzasadnione.

W niektórych sektorach możemy rzeczywiście wątpić, czy poprzez zasadę porządkującą, jaką jest konkurencja, zawsze możemy zagwarantować stosowne zaopatrzenie obywateli. Myślę tutaj raz jeszcze o obejmującej obszar całego państwa opiece medycznej w nagłych przypadkach lub w razie nieszczęśliwego wypadku. To, że obywatele powinni otrzymać w miarę możliwości takie same świadczenia, odpowiada nowoczesnemu pojmowaniu państwa, zaś to w służbie zdrowia z pewnością nie może zostać osiągnięte poprzez strukturę konkurencyjną. Przynajmniej na obszarach wiejskich, jakościowo nowoczesna opieka medyczna obywateli uległaby pogorszeniu, gdyż dla prowadzenia wydajnego szpitala potrzeba dużej liczby pacjentów, którzy sami powinni płacić za swoje leczenie. I struktury konkurencyjne wydają się wykluczone, gdyż nie byłoby tak, że na dłuższą metę dwa lub więcej szpitali konkurowałoby o niewielu pacjentów.

Musimy więc uznać, że w sprawach podstawowego zaopatrzenia obywateli w pewnych dziedzinach, z przyczyn społecznych, regulacja jest potrzebna. Jednak z uwagi na naszkicowaną powyżej hierarchię pomiędzy z jednej strony konkurencją, a z drugiej strony regulacją, wciąż na nowo trzeba zadawać sobie pytanie i udzielać na nie odpowiedzi, pytanie, czy regulacja jeszcze jest potrzebna. Praktyka Unii Europejskiej jest tutaj dobrym przykładem. Wciąż na nowo dochodzi do pobudzania utykających procesów deregulacji, tak jak to widać w sektorach telekomunikacyjnym i energetycznym. Dyrektywy wyznaczają wciąż na nowo kolejne terminy dla dalszych kroków w zakresie deregulacji uregulowań krajowych.

Proszę pozwolić mi powiedzieć jeszcze kilka słów na temat praktyki regulacji i deregulacji. W sektorach objętych obszernymi regulacjami nie tylko przydziela się obywatelowi odpowiednie dobra i usługi lub też ściągane one są na regulowany „rynek” poprzez symulowany proces popytu i podaży, lecz jednocześnie podejmowana jest decyzja odnośnie rodzaju tych dóbr i usług. W tym kontekście jednym z najtrudniejszych problemów jest ustalenie sprawiedliwej ceny. Znamy tę problematykę z postępowań w zakresie nadużyć pozycji dominującej przedsiębiorstw taką pozycję na rynku posiadających. Jako prawnicy wyspecjalizowani w prawie konkurencji musimy przyznać, że pomimo lub – powiedzmy to tutaj krytycznie – z powodu pomocy ekonomistów, nie mogliśmy stworzyć żadnej zgrabnej koncepcji, która w codziennym zastosowaniu pozwoliłaby nam na szybkie podejmowanie decyzji, czy jakaś cena jest zbyt wysoka, czy też nie. Kiedy chce się regulować ceny, regulacja *ex ante* wydaje się mimo wszystko nadal lepsza niż regulacja *ex post*, która z uwagi na zasady prawno – państwowe może prowadzić do sukcesu dopiero z dużym opóźnieniem.

Działania ingerujące w infrastrukturę odgrywają tutaj rolę obiecującą duże powodzenie. Oczywiście nie można dublować lub zwielokrotniać istniejących sieci gazowych lub sieci elektroenergetycznych, uzasadniając te budowy potrzebami konkurencji. Jak już jednak wiemy z praktyki krajowej i europejskiej, podstawowe myśli leżące u podłoża amerykańskiej doktryny *essential facility* są tutaj właściwym kierunkiem. Wiele urządzeń infrastrukturalnych, nie tylko w przypadku gazu, energii elektrycznej i telekomunikacji, może z technicznego punktu widzenia być użytkowane także przez podmioty trzecie. Pomyślmy tutaj o portach, lotniskach i sieciach kolejowych. Szpitale wraz ze swoim wyposażeniem technicznym mogą zostać otwarte dla lekarzy z zagranicy. Dla wielu takich przypadków istnieją rozwiązania częściowe, które ostatecznie nie są rozszerzeniem istniejącej regulacji kosztem konkurencji, lecz przynajmniej częściowym wprowadzeniem konkurencji kosztem regulacji. Celowa polityka, uwzględniająca podłoże najważniejszej decyzji na rzecz szeroko zakrojonego porządku opartego na zasadach konkurencji, pozwoli tutaj na osiąganie sukcesów, o jakich jeszcze niedawno nie śmieliśmy nawet myśleć. Wiele dróg wskazała nam tutaj powszechnie akceptowana polityka instytucji brukselskich.

Piotr Lissoń

## Kompetencje organu antymonopolowego a kompetencje organów regulacyjnych w Polsce

### WPROWADZENIE

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów istnieje już od ponad 15 lat, przy czym w latach 1990 – 1996 nosił on nazwę Urzędu Antymonopolowego<sup>1</sup>. Przez szereg lat Prezes tego Urzędu (zwany dalej Prezesem UOKiK, organem antymonopolowym lub organem ochrony konkurencji) był jedynym organem właściwym w sprawach konkurencji w zmonopolizowanych sektorach infrastrukturalnych (sieciowych), działając najpierw na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym<sup>2</sup>, a następnie (od 1 kwietnia 2001 r.) na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>3</sup> (zwanej dalej ustawą antymonopolową lub określaną skrótem uokik). Takie podmioty, jak Telekomunikacja Polska, Poczta Polska, Polskie Koleje Państwowe, przedsiębiorstwa energetyczne czy zakłady gazowe, były bardzo często adresatami decyzji stwierdzających praktyki ograniczające konkurencję. Orzeczenia Prezesa dotyczyły różnorodnych aspektów nadużywania przez wymienione podmioty dominującej pozycji na rynku<sup>4</sup>.

W latach 1997 – 2003 w polskim porządku prawnym pojawiły się akty prawne regulujące zasady wykonywania działalności gospodarczej na niektórych rynkach zmonopolizowanych, służące m.in. ograniczaniu praktyk monopolistycznych na tych rynkach.

Pierwszym aktem prawnym w tym zakresie była ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo

<sup>1</sup> Urząd Antymonopolowy utworzony został na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz. U. 1999, Nr 52, poz. 547 ze zm.); Urząd Antymonopolowy zmienił nazwę na Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów na skutek nowelizacji ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, dokonanej przez art. 32 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zmianie niektórych ustaw normujących funkcjonowanie gospodarki i administracji publicznej (Dz. U. 1996, Nr 106, poz. 496). Zgodnie z art. 84 wymienionej ustawy, nowa nazwa zaczęła obowiązywać z dniem 1 października 1996 r.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz. U. 1999, Nr 52, poz. 547 ze zm.).

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2003, Nr 86, poz. 804 ze zm.).

<sup>4</sup> W tym zakresie zapadło wiele decyzji Prezesa UOKiK; niektóre ze spraw były przedmiotem postępowania przed Sądem Antymonopolowym (obecnie Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów). Nie sposób dokonać tu szerokiego przeglądu tych spraw. Jako przykłady można wymienić: narzucanie przez zakład gazowniczy uciążliwych warunków przyłączenia do sieci (Wyrok Sądu Antymonopolowego z 27.10.1992 r., XVII Amr 20/92, Wokanda 1993, Nr 4), zakazane praktyki cenowe na rynku telekomunikacyjnym (wyrok Sądu Antymonopolowego z 16.11.1994 r., XVII Amr 31/94, Wokanda 1995, Nr 9), bezpodstawną odmowę świadczenia usługi abonamentu telefonicznego (wyrok Sądu Antymonopolowego z 20.09.1995 r., XVII Amr 19/95, Wokanda 1996, Nr 6), wymuszanie zaliczkowych rozliczeń za energię elektryczną (wyrok Sądu Antymonopolowego z 12.03.1997 r., XVII Ama 80/96).

energetyczne<sup>5</sup>, kolejnym ustawa z dnia 21 lipca 2000 r. Prawo telekomunikacyjne<sup>6</sup> (ustawa ta została zastąpiona nowym Prawem telekomunikacyjnym z dnia 16 lipca 2004 r.<sup>7</sup>). W dniu 7 czerwca 2001 r. uchwalono ustawę o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków<sup>8</sup>, 28 marca 2003 r. ustawę o transporcie kolejowym<sup>9</sup>, natomiast 12 czerwca 2003 r. ustawę Prawo pocztowe<sup>10</sup>.

Wymienione akty prawne stanowią implementację odpowiednich dyrektyw wspólnotowych dotyczących rynku energetycznego<sup>11</sup>, telekomunikacyjnego<sup>12</sup>, wodociągowego<sup>13</sup>, transportu kolejowego<sup>14</sup> oraz rynku pocztowego<sup>15</sup>.

Przepisy te zalicza się do dziedziny prawa regulacyjnego (administracyjnego prawa regulacyjnego, prawa administracji regulacyjnej)<sup>16</sup>. Przyjmuje się, iż regulacja to pewien model oddzia-

<sup>5</sup> Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1504 ze zm.

<sup>6</sup> Dz. U. 2000, Nr 73, poz. 852 ze zm.

<sup>7</sup> Dz. U. 2004, Nr 171, poz. 1800 ze zm.

<sup>8</sup> Dz. U. 2001, Nr 72, poz. 747 ze zm.

<sup>9</sup> Dz. U. 2003, Nr 86, poz. 789 ze zm.

<sup>10</sup> Dz. U. 2003, Nr 130, poz. 1188 ze zm.

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne dokonuje wdrożenia dyrektyw: 90/547/EWG z dnia 29 października 1990 r. w sprawie przesyłu energii elektrycznej przez sieci przesyłowe (Dz. U. WE L 313 z 13.11.1990 r., z późn. zm.), Dyrektywy 91/296/EWG z dnia 31 maja 1991 r. w sprawie przesyłu gazu ziemnego poprzez sieci (Dz. U. WE L 147 z 12.06.1991 r., z późn. zm.), Dyrektywy 96/92/WE z dnia 19 grudnia 1996 r. dotyczącej wspólnych zasad dla rynku wewnętrznego energii elektrycznej (Dz. U. WE L 27 z 30.01.1997 r.), Dyrektywy 98/30/WE z dnia 22 czerwca 1998 r. dotyczącej wspólnych zasad w odniesieniu do rynku wewnętrznego gazu ziemnego (Dz. U. WE L 204 z 21.07.1998 r., z późn. zm.), Dyrektywy 2001/77/WE z dnia 27 września 2001 r. w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych (Dz. U. WE L 283 z 27.10.2001 r.). Działalność na rynku energetycznym będzie wymagała ponadto wdrożenia dyrektyw: 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 96/92/WE (Dz. U. WE 2003, L 176/37) oraz Dyrektywy 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 98/30/WE (Dz. U. WE 2003, L 176/57).

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne dokonuje wdrożenia dyrektyw: 2002/21/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. U. WE L 108 z 24.4.2002 r.), Dyrektywy 2002/20/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. U. WE L 108 z 24.4.2002 r.), Dyrektywy 2002/19/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz ich łączenia (Dz. U. WE L 108 z 24.4.2002 r.), Dyrektywy 2002/22/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i praw użytkowników odnoszących się do sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. U. WE L 108 z 24.4.2002 r.), Dyrektywy 2002/58/WE z dnia 12 lipca 2002 r. w sprawie przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (Dz. U. WE L 201 z 31.7.2002 r.), Dyrektywy 2002/77/WE z dnia 16 września 2002 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. U. WE L 249 z 17.9.2002 r.), Dyrektywy 1999/5/WE z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie urządzeń radiokomunikacyjnych i telekomunikacyjnych urządzeń końcowych oraz wzajemnego uznawania ich zgodności (Dz. U. WE L 91 z 7.4.1999 r.) oraz Dyrektywy 89/336/EWG z dnia 3 maja 1989 r. o zbliżeniu praw państw członkowskich dotyczących kompatybilności elektromagnetycznej (Dz. U. L 139 z 23.05.1989 r.).

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków dokonuje wdrożenia dyrektyw: 91/271/EWG z dnia 21 maja 1991 r. dotyczącej oczyszczania ścieków komunalnych (Dz. U. WE L 135 z 30.05.1991 r.), Dyrektywy 98/83/WE z dnia 3 listopada 1998 r. w sprawie jakości wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi (Dz. U. WE L 330 z 05.12.1998 r.) oraz Dyrektywy 2000/60/WE z dnia 23 października 2000 r. ustanawiającej ramy wspólnotowego działania w dziedzinie polityki wodnej (Dz. U. WE L 327 z 22.12.2000 r.).

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym dokonuje wdrożenia dyrektyw: 91/440/EWG z dnia 29 lipca 1991 r. w sprawie rozwoju kolei wspólnotowych (Dz. U. WE L 237 z 24.08.1991 r.), Dyrektywy 92/106/EWG z dnia 7 grudnia 1992 r. w sprawie ustanowienia wspólnych zasad dla niektórych typów transportu kombinowanego towarów między państwami członkowskimi (Dz. U. WE L 368 z 17.12.1992 r.), Dyrektywy 95/18/WE z dnia

ływania państwa na gospodarkę, który powstał w Stanach Zjednoczonych na przełomie XIX i XX wieku, stanowiąc kluczowy element specyficznego do niedawna tylko dla USA sposobu nadzoru nad prywatnymi przedsiębiorcami działającymi w sektorach sieciowych<sup>17</sup>. Współcześnie prawo regulacyjne znane jest także w Europie, gdzie stanowi przedmiot zarówno ustawodawstwa krajowego, jak i wspólnotowego. Oczywiście jest także przedmiotem analizy naukowej w krajach europejskich<sup>18</sup>.

Czynnikiem skłaniającym do przyjęcia tego typu rozwiązań prawnych także w Europie była (i jest nim w dalszym ciągu) dokonywana w wielu krajach demonopolizacja i prywatyzacja w sektorach tradycyjnie określanych mianem „użyteczności publicznej”<sup>19</sup>, a szczególnie niebezpieczeństwa rodzące się w jej następstwie. Do niebezpieczeństw tych można zaliczyć utrudnianie przez byłych monopolistów dalszego rozwoju efektywnej konkurencji na rynku, a także zaniechanie realizowania określonych celów publicznych, w szczególności zaniechanie świadczenia niektórych usług lub świadczenie ich tylko w ograniczonym zakresie lub na warunkach czyniących je niedostępnymi dla odbiorców<sup>20</sup>.

Wraz z prawem regulacyjnym, pojawiły się w Polsce specjalne organy administracji publicznej, zwane organami regulacyjnymi (organami administracji regulacyjnej<sup>21</sup>). Pojęcie organu regulacyjnego wymaga wyjaśnienia. Termin ten w nauce prawa gospodarczego traktowany jest stosunkowo szeroko. Mianem organów regulacyjnych określa się różnorodne organy administracji publicznej (zarówno kolegialne, jak i monokratyczne), będące centralnymi organami administracji rządowej, właściwe w ściśle określonych dziedzinach gospodarki, których charakterystyczną cechą jest duża niezależność w strukturze aparatu administracyjnego (niezależność od rządu) oraz bardzo szerokie kompetencje, w tym

19 czerwca 1995 r. w sprawie przyznawania licencji przedsiębiorstwom kolejowym (Dz. U. WE L 143 z 27.06.1995 r.), Dyrektywy 96/48/WE z dnia 23 lipca 1996 r. w sprawie interoperacyjności transeuropejskiego systemu kolei dużych prędkości (Dz. U. WE L 235 z 17.09.1996 r.), Dyrektywy 2001/12/WE z dnia 26 lutego 2001 r. zmieniającej dyrektywę 91/440/EWG w sprawie rozwoju kolei wspólnotowych (Dz. U. WE L 75 z 15.03.2001 r.), Dyrektywy 2001/13/WE z dnia 26 lutego 2001 r. zmieniającej dyrektywę 95/18/WE w sprawie przyznawania licencji przedsiębiorstwom kolejowym (Dz. U. WE L 75 z 15.03.2001 r.), Dyrektywy 2001/14/WE z dnia 26 lutego 2001 r. w sprawie alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej i pobierania opłat za użytkowanie infrastruktury kolejowej oraz przyznawania świadectw bezpieczeństwa (Dz. U. WE L 75 z 15.03.2001 r.), Dyrektywy 2001/16/WE z dnia 19 marca 2001 r. w sprawie interoperacyjności transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnych (Dz. U. WE L 110 z 20.04.2001 r.).

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe dokonuje wdrożenia dyrektywy 97/67/WE z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (Dz. U. WE L 15 z 21.01.1998 r.).

<sup>16</sup> T. Skoczny: *Stan i tendencje rozwojowe regulującego prawa administracyjnego* [w:] *Ius Publicum Europaeum*, Warszawa 2003, w szczególności str. 158.

<sup>17</sup> Zob. A. Szablewski: *Regulacyjny paradoks pierwszej fazy liberalizacji sektorów sieciowych – perspektywa historyczna*, Problemy Zarządzania 2004, nr 3, str. 141.

<sup>18</sup> Fenomen regulacji przez zachodnioeuropejską naukę prawa uznawany jest za pewien szczególny rodzaj nadzoru gospodarczego. Zob. R. Stober: *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen und Prinzipien. Wirtschaftsverfassungsrecht*, 13. Auflage, Stuttgart 2002, str. 240.

<sup>19</sup> Należy jednak dodać, iż pojęcie użyteczności publicznej ma w Polsce szeroki zakres i wykracza poza ramy działalności w sektorach sieciowych (opartych na infrastrukturze technicznej). Sfera użyteczności publicznej obejmuje bowiem dwie zasadnicze dziedziny: gałęzie infrastruktury technicznej oraz usługi społeczne (służba zdrowia, opieka społeczna, edukacja czy instytucje kultury). Zob. E. Wojciechowski: *Samorząd terytorialny w warunkach gospodarki rynkowej*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1997, str. 22.

<sup>20</sup> Zob. T. Skoczny: *Wspólnotowe prawo regulacji In statu nascendi* [w:] *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, pod red. C. Mika, Toruń 2002, str. 234.

<sup>21</sup> T. Skoczny: *Stan i tendencje...*, str. 155.

kompetencje zwykle zastrzeżone dla sądów (jak rozstrzyganie sporów, nakładanie kar pieniężnych)<sup>22</sup>.

Ramy artykułu obejmują wyłącznie organy regulacyjne właściwe w sektorach infrastrukturalnych (sieciowych), takich jak energetyka, poczta i telekomunikacja, kolej oraz wodociągi i kanalizacja. W aktualnym stanie prawnym są to następujące organy:

- Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (Prezes URE),
- Prezes Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (Prezes URTiP)<sup>23</sup>,
- Prezes Urzędu Transportu Kolejowego (Prezes UTK);

Biorąc pod uwagę kryterium realizowanych funkcji, do grupy organów regulacyjnych należy także zaliczyć organy gminne (zarówno wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, jak i radę gminy), wykonujące funkcje regulacyjne w sektorze wodociągowo – kanalizacyjnym.

Uchwalenie przepisów prawa regulacyjnego, a następnie tworzenie poszczególnych organów regulacyjnych wywołało pytanie o konsekwencje takiego stanu rzeczy: czy oznacza to uchylenie obowiązywania prawa ochrony konkurencji w wymienionych sektorach? Z analizy przepisów prawnych wynika, że odpowiedź na to pytanie jest negatywna. Żadne przepisy, ani ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ani ustaw regulacyjnych, nie wykluczają stosowania prawa ochrony konkurencji w sektorach regulowanych.

Wniosek wypływający z przepisów prawnych znalazł potwierdzenie także w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 27 sierpnia 2003 r.<sup>24</sup>, który odnosi się do sektora wodociągowego, SN wyraził pogląd, iż „po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zachował uprawnienie do wydawania decyzji wobec przedsiębiorstw wodociągowo-kanalizacyjnych, przewidziane w art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w przedmiocie naruszenia zakazu ustanowionego w art. 8 ust. 1 w związku z ust. 2 pkt 1 tej ustawy”. W świetle tego wyroku, Prezes UOKiK może w dalszym ciągu oceniać działania przedsiębiorstw wodociągowych pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a w szczególności z przepisami zakazującymi nadużywania pozycji dominującej na rynku, gdyż taką pozycję niewątpliwie posiadają przedsiębiorstwa wodociągowe. Analogiczne stanowisko zajął Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 27 października 1999 r., odnosząc się do relacji pomiędzy prawem ochrony konkurencji a prawem energetycznym<sup>25</sup>.

W świetle powyższych ustaleń, działalność przedsiębiorców na rynkach regulowanych może być rozpatrywana zarówno w świetle przepisów prawa regulacyjnego, jak i w świetle prawa ochrony konkurencji. Niemniej w dalszym ciągu otwarte pozostaje pytanie, czy każde zachowanie przedsiębiorcy, podlegające przepisom regulacyjnym, może być rozpatrywane także na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów? Czy w każdym przypadku właściwe są dwa organy, tzn. zarówno or-

<sup>22</sup> Zob. rozdział zatytułowany: *Niezależne organy regulacyjne* [w:] *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, pod red. M. Wierzbowskiego i M. Wyrzykowski, Warszawa 2005, str. 102-106. Do organów regulacyjnych zaliczono tam: Krajową Radę Radiofonii i Telewizji, Komisję Papierów Wartościowych i Giełd, Komisję Nadzoru Bankowego, Komisję Nadzoru Ubezpieczeń i Funduszy Emerytalnych, Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty, Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

<sup>23</sup> Od 14 stycznia 2006 r. zadania i kompetencje Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty przejął Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, co wynika z przepisów ustawy z dnia 29 grudnia 2005 r. o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji (Dz. U. Nr 267, poz. 2258).

<sup>24</sup> I CK 185/03; OSNC 2004, Nr 10, poz. 162.

<sup>25</sup> Sygn. akt: XVII Ama 50/99.

gan regulacyjny, jak i organ ochrony konkurencji? Innymi słowy, czy kompetencje tych organów „nakładają się” na siebie, czy może w pewnych okolicznościach wzajemnie się wykluczają (tzn. właściwy powinien być wyłącznie jeden organ)? Czy istnieją wyraźne przepisy, względnie jakieś zasady, określające relacje pomiędzy kompetencjami wymienionych organów? Szukanie odpowiedzi na postawione pytania zmusza do przybliżenia, choćby w ogólny sposób, zakresu zadań i kompetencji organu ochrony konkurencji oraz zakresu zadań i kompetencji organów regulacyjnych.

## ZAKRES ZADAŃ I KOMPETENCJI PREZESA UOKiK

Jednym z podstawowych zadań Prezesa UOKiK jest przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję<sup>26</sup>, a w szczególności praktykom nadużywania przez przedsiębiorców pozycji dominującej na rynku. Należy w tym miejscu wyjaśnić, iż zakaz nadużywania pozycji dominującej adresowany jest również do podmiotów o monopolistycznej pozycji na rynku, a z takimi podmiotami mamy zwykle do czynienia w sektorach poddanych przepisom regulacyjnym. Zgodnie z definicją ustawową (art. 4 pkt 9 uokik), pozycja dominująca to taka pozycja, która umożliwia przedsiębiorcy zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym, stwarzając możliwość działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Ustawa formułuje domniemanie prawne, iż pozycję dominującą posiada przedsiębiorca wówczas, gdy jego udział w rynku przekracza 40% (art. 4 pkt 9 in fine). Termin „rynek właściwy” został zdefiniowany w art. 4 pkt 8 ustawy.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wymienia najbardziej typowe przejawy nadużywania pozycji dominującej na rynku (art. 8 ust. 2). Są to m.in. takie zachowania przedsiębiorcy, jak narzucanie nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych lub rażąco niskich, ograniczanie produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów (tzw. „sztuczny niedobór”), stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji, uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy, przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, narzucanie przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów przynoszących mu nieuzasadnione korzyści, podział rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych. Nadużywanie pozycji dominującej na rynku jest praktyką o charakterze jednostronnym, należy natomiast do szerszej kategorii praktyk ograniczających konkurencję, do których zalicza się także praktyki kolektywne w postaci porozumień ograniczających konkurencję (art. 5 uokik).

Do kompetencji Prezesa UOKiK w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję należy wydawanie decyzji administracyjnych stwierdzających takie praktyki i zakazujących dalszego ich stosowania, a także nakładanie kar pieniężnych z tego tytułu (art. 9 i art. 101 w zw. z art. 26 pkt 1 i 2 uokik). Prezes UOKiK może również wydać decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, stwierdzając zaniechanie jej stosowania (art. 10). Także w tym przypadku możliwe jest nałożenie kary pieniężnej na przedsiębiorcę, mimo iż zaprzestał on zakazanych działań. Istnieje wreszcie sytuacja szczególna, którą można określić jako swego rodzaju ugodę z Pre-

<sup>26</sup> Działalność orzecznicza w sprawach praktyk ograniczających konkurencję była także podstawowym zadaniem Prezesa UOKiK (wcześniej Prezesa Urzędu Antymonopolowego) pod rządami poprzedniej ustawy antymonopolowej (ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym), co wynikało już z samych przepisów i co podkreślała nauka prawa; zob. C. Kosikowski, T. Ławicki: *Ochrona prawna konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, str. 90. Wydaje się, że także obecnie zadanie to można określać jako podstawowe, choć trzeba zauważyć, iż od 1996 r. (nowelizacja ustawy i zmiana nazwy organu) sukcesywnie wzrasta liczba i „waga” zadań ww. organu służących publicznoprawnej ochronie interesów konsumentów.

zesem UOKiK. Otóż, jeśli w toku postępowania zostanie uprawdopodobnione naruszenie przez przedsiębiorcę zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, a przedsiębiorca zobowiąże się do zaprzestania określonych działań lub do podjęcia działań mających na celu zapobieżenie dokonany naruszeniom ustawy, Prezes UOKiK może wydać decyzję, w której nałoży na przedsiębiorcę obowiązek wykonania podjętych zobowiązań (art. 11a). Nie wydaje się wówczas decyzji stwierdzającej praktykę, a tym samym nie nakłada się kary pieniężnej.

W świetle ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r., zakres zadań Prezesa UOKiK jest znacznie szerszy niż przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję. Prezes UOKiK sprawuje także kontrolę koncentracji przedsiębiorców (art. 12-16 ustawy). Pojęcie koncentracji obejmuje takie działania, jak m.in. połączenie dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców, przejście bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad określonym przedsiębiorcą przez innego przedsiębiorcę, czy objęcie przez tę samą osobę funkcji członka organu zarządzającego albo organu kontrolnego u konkurujących ze sobą przedsiębiorców (art. 12 ust. 2 i 3 uokik). Kontrola koncentracji polega na badaniu (na etapie jej zamiaru) wpływu planowanej koncentracji na warunki konkurencji na rynku. W zależności od oceny tego wpływu, Prezes wyraża zgodę lub odmawia zgody na koncentrację (art. 17-22 ustawy).

Prezes posiada także liczne kompetencje służące sprawowaniu publicznoprawnej ochrony konsumentów, w tym m.in. kompetencje do stwierdzania i zakazywania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 23c-23f ustawy), czy kompetencje do przeprowadzania postępowań w sprawie ogólnego bezpieczeństwa produktów<sup>27</sup>, które mogą skutkować decyzją nakazującą wycofanie określonego produktu z rynku<sup>28</sup>. Prezes UOKiK jest także upoważniony do występowania z roszczeniami w postępowaniach przed sądem cywilnym, w sprawach czynów nieuczciwej konkurencji (art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>29</sup>). W związku z licznymi zadaniami w sferze ochrony konsumentów, Prezesowi podporządkowano Inspekcję Handlową, której zleca on realizowanie kontroli w handlu oraz realizowanie innych zadań (art. 30 uokik). Należy wreszcie odnotować, iż Prezes UOKiK jest krajowym organem właściwym do udziału w postępowaniach w sprawie udzielania pomocy publicznej dla przedsiębiorców, a kompetencje Prezesa w tym zakresie określa ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej<sup>30</sup>.

Już choćby tak ogólne zakreślenie zadań i kompetencji Prezesa UOKiK pokazuje, jak szeroki i różnorodny to obszar. Mając to na uwadze, należy podkreślić, iż dokonywanie porównań z zadaniami i kompetencjami organów regulacyjnych nie może dotyczyć wszystkich zadań i kompetencji Prezesa UOKiK, a tylko pewnej ich części, najbardziej „pokrewnej” celom prawa regulacyjnego. Taką „płaszczyzną”, na której stykają się kompetencje organu antymonopolowego z kompetencjami organów regulacyjnych jest oczywiście sfera przeciwdziałania praktykom nadużywania dominującej pozycji na rynku.

## **ZAKRES ZADAŃ I KOMPETENCJI ORGANÓW REGULACYJNYCH I PODSTAWOWE RÓŻNICE W STOSUNKU DO ZADAŃ I KOMPETENCJI PREZESA UOKiK**

Prawo regulacyjne różni się dość istotnie od prawa ochrony konkurencji. Inny jest charakter regulacji prawnych, gdyż do zasadniczych kwestii objętych przepisami regulacyjnymi należy:

<sup>27</sup> Kompetencje te wynikają z przepisów ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz. U. 2003, Nr 229, poz. 2275), zob. rozdział IV.

<sup>28</sup> Na stronie internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ([www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)) dostępny jest Rejestr produktów niebezpiecznych, które zostały wycofane z rynku, wraz z opisem.

<sup>29</sup> T.j. Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.

<sup>30</sup> Dz. U. 2004, Nr 123, poz. 1291 ze zm.

określenie wymogów, jakie musi spełnić przedsiębiorca ubiegający się o podjęcie danej działalności gospodarczej<sup>31</sup>, zasady kształtowania i kalkulacji taryf (termin ten oznacza zbiór cen i innych opłat za realizowane usługi)<sup>32</sup>, zasady opracowywania planów działalności, w tym planów rozwoju infrastruktury<sup>33</sup>, zasady opracowywania regulaminów świadczenia usług lub umów z indywidualnymi odbiorcami usług<sup>34</sup> oraz warunki, na jakich przedsiębiorca obowiązany jest udostępniać swą infrastrukturę innym podmiotom, w szczególności swym potencjalnym konkurentom<sup>35</sup>.

Kompetencje organów regulacyjnych (instrumenty regulacji) służą egzekwowaniu ww. obowiązków. W związku z tym, do typowych kompetencji organów regulacyjnych należy wydawanie decyzji o charakterze reglamentacyjnym, uprawniających do uczestniczenia w rynku (takich jak koncesje, zezwolenia, wpis do rejestru określonej działalności), wydawanie decyzji administracyjnych o zatwierdzeniu lub odmowie zatwierdzenia taryf (cen i opłat), a także wydawanie decyzji administracyjnych zatwierdzających inne czynniki działalności gospodarczej, jak plany rozwojowe przedsiębiorstw czy regulaminy świadczenia usług. Taki zakres kompetencji jest charakterystyczny dla większości organów regulacyjnych<sup>36</sup>. Do charakterystycznych kompetencji regulacyjnych można zaliczyć także wydawanie decyzji administracyjnych rozstrzygających spory o dostęp do sieci lub do innych urządzeń kluczowych, kształtujących treść umów pomiędzy stronami sporu, choć występują one tylko w niektórych sektorach regulowanych<sup>37</sup>. Można powiedzieć, iż wymieniony „zestaw” instrumentów regulacyjnych, podobny jest do rozwiązań znanych w ustawodawstwie innych państw Unii Europejskiej<sup>38</sup>. Polski model nie przewiduje natomiast kompetencji do wydawania aktów generalnych, a takie kompetencje posiadają organy regulacyjne w Stanach Zjednoczonych (ustanawianie administrative rules lub administrative regulations)<sup>39</sup>.

Tak więc przepisy prawa regulacyjnego różnią się od przepisów prawa ochrony konkurencji, a w związku z tym kompetencje organów regulacyjnych różnią się od kompetencji organu ochrony konkurencji. Istotę zachodzących różnic w syntetyczny sposób ujmuję T. Skoczny, ukazując je w kilku aspektach. Autor ten wskazuje po pierwsze, iż reguły ochrony konkuren-

<sup>31</sup> Zob. art. 32 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne, art. 10 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, art. 16 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, art. 46 i 47 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym, art. 10 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe.

<sup>32</sup> Zob. art. 44-45 ustawy Prawo energetyczne, art. 38-47 ustawy Prawo telekomunikacyjne, art. 20 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, art. 33-34 ustawy o transporcie kolejowym, art. 50-52 ustawy Prawo pocztowe.

<sup>33</sup> Zob. art. 16 ustawy Prawo energetyczne, art. 176 ustawy Prawo telekomunikacyjne, art. 15 i art. 21 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, art. 30 ustawy o transporcie kolejowym, art. 32, art. 42 ustawy Prawo pocztowe.

<sup>34</sup> Zob. art. 5-5a ustawy Prawo energetyczne, art. 59-60 ustawy Prawo telekomunikacyjne, art. 19 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, art. 32 ustawy o transporcie kolejowym, art. 49 ustawy Prawo pocztowe.

<sup>35</sup> Zob. art. 4-4h ustawy Prawo energetyczne, art. 26 ustawy Prawo telekomunikacyjne, art. 29 ustawy o transporcie kolejowym.

<sup>36</sup> Zob. T. Skoczny: *Stan i tendencje rozwojowe...*, str. 155

<sup>37</sup> Kompetencje do rozstrzygania sporów pomiędzy przedsiębiorcami mają szczególny charakter, zbliżony do kompetencji sądów cywilnych. Świadczy o tym fakt, iż roszczenia o zawarcie umowy w sprawie dostępu do urządzeń kluczowych mają cywilnoprawny charakter, są bowiem konsekwencją spoczywającego na określonych przedsiębiorcach obowiązku kontraktowania. Zob.: M. Szydło: *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, str. 330 i nast.

<sup>38</sup> Zob. W. Hoff: *Polski model regulacji na tle porównawczym, Problemy Zarządzania* 2004, nr 3, str. 131

<sup>39</sup> Zob. T. Woś: *Niezależne organy regulujące w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Zagadnienia prawne*, Kraków 1980, str. 134 i nast.

cji odnoszą się do większości sektorów (dziedzin) gospodarki, natomiast przepisy regulacyjne zawarte w określonej ustawie ograniczają się zwykle do tylko jednego sektora lub pewnej jego części. Po drugie, reguły ochrony konkurencji są sformułowane w sposób bardzo ogólny i szeroki oraz przesyczone tzw. pojęciami niedookreślonymi, wymagającymi szczegółowej interpretacji, gdy tymczasem normy regulacyjne są bardziej szczegółowe i uwzględniają różnorodne uwarunkowania techniczne i ekonomiczne, charakterystyczne dla danego sektora<sup>40</sup>. Różnice zachodzą także w zakresie sposobu stosowania prawa ochrony konkurencji i prawa regulacyjnego. Otóż, o ile ochrona konkurencji realizowana jest *ex post*, to znaczy przedmiotem rozstrzygnięcia jest ocena zachowania przedsiębiorcy, które miało już miejsce (interwencja re-aktywna), to istotą regulacji sektorowej jest przede wszystkim wywołanie określonego skutku w przyszłości, w związku z czym organ regulacyjny wydaje rozstrzygnięcie (decyzję) *ex ante* (interwencja pro-aktywna)<sup>41</sup>. Wynika to z faktu, iż przepisy regulacyjne mają umożliwić wprowadzenie konkurencji do zmonopolizowanych sektorów (względnie stworzyć warunki przypominające konkurencję), co odróżnia je od prawa antymonopolowego, skierowanego na ochronę istniejącej konkurencji na rynku.

Istnieją także różnice, co do rezultatu zastosowania przepisów prawa ochrony konkurencji i przepisów regulacyjnych. W pierwszym przypadku pojawia się określona represja (organ zakazuje danych działań i nakłada karę pieniężną), w drugim – działanie organu jest w istocie preskryptywne, jego celem nie jest sankcjonowanie naruszeń, lecz kreowanie pewnych zachowań lub stanów. Inny jest wreszcie sposób (częstotliwość) oddziaływania organów ochrony konkurencji i organów regulacyjnych na sektory gospodarcze czy na poszczególnych przedsiębiorców. O ile bowiem prawo konkurencji jest podstawą interwencji w jednostkowych przypadkach, to prawo regulacyjne stosowane jest z reguły w sposób ciągły, uwzględniający długookresową perspektywę rozwoju danego przedsiębiorcy czy sektora<sup>42</sup>.

## **CZY MOŻLIWY JEST SPÓR KOMPETENCYJNY? GRANICE KOMPETENCJI ORZECZNICZYCH PREZESA UOKiK W ŚWIEŁIE ORZECZNICTWA**

Mimo istniejących różnic pomiędzy kompetencjami organu ochrony konkurencji a kompetencjami organów regulacyjnych, ich zadania w pewnym sensie pokrywają się. Na regulację nie można bowiem patrzeć wyłącznie przez pryzmat wyizolowanych aktów stosowania prawa. Zdaniem przedstawicieli doktryny, należy dostrzec w niej pewien mechanizm, stanowiący złożoną instytucję prawną<sup>43</sup>.

W związku z tym można sądzić, iż pomiędzy wymienionymi organami będzie dochodzić do sporów kompetencyjnych. Należy jednak zważyć, co oznacza to pojęcie. Otóż spór kompetencyjny to sytuacja, gdy dwa lub więcej organy państwa uznają się za właściwe do rozstrzygnięcia tej samej sprawy lub wydały w niej rozstrzygnięcie (spór kompetencyjny pozytywny) albo gdy organy te uznają się za niewłaściwe do rozstrzygnięcia określonej sprawy (spór kompetencyjny negatywny)<sup>44</sup>. Kluczowym elementem definicji sporu kompetencyjnego jest tożsamość „sprawy”. A więc spór kompetencyjny istnieje wówczas, gdy w postępowaniu przed organami chodzi o rozstrzygnięcie sprawy między tymi samymi stronami, dotyczącej tego samego przedmiotu i przy zastosowaniu tej samej podstawy prawnej<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Zob. T. Skoczny: *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, Problemy Zarządzania 2004, nr 3, str. 16

<sup>41</sup> Ibidem, str. 17.

<sup>42</sup> Ibidem, str. 18.

<sup>43</sup> Zob. W. Hoff: *Recepcja pojęcia regulacji i organu regulacyjnego na przykładzie prawa polskiego*, Państwo i Prawo 2005, nr 8, str. 46.

<sup>44</sup> E. Ochendowski: *Postępowanie administracyjne – ogólne i egzekucyjne*, Toruń 2003, str. 71.

<sup>45</sup> Zob. B. Adamiak, J. Borkowski: *Polskie postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000, str. 80.

Tymczasem w świetle przepisów, sprawy regulacyjne i sprawy antymonopolowe nie są rozstrzygane na tej samej podstawie prawnej. W sprawach regulacyjnych nie stosuje się przepisów o zakazie nadużywania pozycji dominującej na rynku ani o zakazie stosowania innych praktyk ograniczających konkurencję. I na odwrót, Prezes UOKiK nie kontroluje przestrzegania przez przedsiębiorców przepisów ustaw regulacyjnych. Orzecznictwo Sądu Antymonopolowego w pełni potwierdza tezę, iż kompetencje ww. organów nie pokrywają się<sup>46</sup>. W związku z tym, pomiędzy organami regulacyjnymi a organem ochrony konkurencji nie może dochodzić do sporów kompetencyjnych, przynajmniej w znaczeniu, jakie temu pojęciu nadaje nauka prawa. Powyższe stwierdzenie pozwałoby przyjąć, iż przepisy regulacyjne i przepisy o ochronie konkurencji muszą być stosowane niezależnie od siebie, równolegle. Dla przedsiębiorcy oznacza to konieczność poddania się dwóm, niezależnym postępowaniom („koncepcja dwóch kluczy”<sup>47</sup>). Nie można jednak nie zauważyć, iż z punktu widzenia przedsiębiorcy, poddanie go reżimowi jednych i drugich norm może doprowadzić do sytuacji, w której działanie aprobowane przez jeden organ narażałoby przedsiębiorcę na sankcję ze strony innego organu. Ocena pewnych zachowań przedsiębiorcy może być bowiem odmienna na gruncie przepisów regulacyjnych od oceny dokonywanej na gruncie ogólnych reguł konkurencji (co może skutkować np. kwestionowaniem przez organ ochrony konkurencji wysokości cen, wcześniej zatwierdzonych przez organ regulacyjny). W państwie prawa sytuacja taka jest niedopuszczalna, gdyż narusza poczucie pewności prawnej i zasadę zaufania do organów władzy publicznej.

W takiej sytuacji należy uznać, iż w analizowanym obszarze prawa zachodzi niezgodność (kolizja) niektórych norm prawnych, co wymaga zastosowania pewnych reguł wykładni, które ową niezgodność usuną, skoro brak jest przepisu uchylającego przepisy między sobą niezgodne<sup>48</sup>. Przed koniecznością wskazania takich reguł staje często Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, sprawujący w Polsce kontrolę decyzji zarówno organu ochrony konkurencji, jak i organów regulacyjnych, a także Sąd Najwyższy, rozpatrujący skargi kasacyjne od wyroków w sprawach praktyk ograniczających konkurencję<sup>49</sup>. Wydaje się, iż orzecznictwo skłania się do stosowania w omawianych sprawach reguły *lex specialis derogat legi generali*.

W wyroku SN z dnia 7 kwietnia 2004 r. czytamy, iż „stosowanie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, do zatwierdzonych taryf dla ciepła jest wyłączone przez art. 47 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w postępowaniu odwoławczym od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może kwestionować wysokości stawek opłat za dostawę ciepła wynikających z taryfy zatwierdzonej w ostatecznej decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Taryfa dla ciepła zatwierdzona przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki nie może być uznana za uciążliwe postanowienie umowne narzucone odbiorcom ciepła przez dostawcę”<sup>50</sup>. Podobnej kwestii dotyczy wyrok SN z dnia 25 maja 2004 r. Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, „ceny i stawki opłat taryfy ustalonej przez przedsiębiorstwo energetyczne, obowiązujące w wyniku ich zatwierdzenia decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, a następnie prawidłowego ogłoszenia (art. 47 w związku z art. 3 pkt 17 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r.

<sup>46</sup> Zob. Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 27 października 1999 r.; sygn. akt XVII Ama 50/99.

<sup>47</sup> Zob. T. Skoczny: *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, Problemy Zarządzania 2004, nr 3, str. 26.

<sup>48</sup> Niezgodność tę można zakwalifikować jako niezgodność logiczną (sprzeczność) norm. Z takim rodzajem niezgodności mamy do czynienia, gdy jedna norma nakazuje adresatowi czynić to, czego druga czynić mu zakazuje. Zob. S. Wróńska, Z. Ziemiński: *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, str. 175 i nast.

<sup>49</sup> W aktualnym stanie prawnym od wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przysługuje apelacja do Sądu Apelacyjnego, a następnie ew. skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego.

<sup>50</sup> Sygn. akt III SK 27/04, OSNP 2005, Nr 7, poz. 102

- Prawo energetyczne), nie mogą być przedmiotem kontroli Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów”<sup>51</sup>.

Niezbyt fortunny wydaje się natomiast wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dotyczący również kwestii podziału kompetencji pomiędzy Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki a Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) z dnia 7 stycznia 2004 r.<sup>52</sup> Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził w tym wyroku, iż „brak orzeczenia Prezesa URE w zakresie obowiązku świadczenia przez dany podmiot usługi przesyłu gazu stanowi jednocześnie o braku formalnej przeszkody w prowadzeniu postępowania antymonopolowego, bowiem „regulacja” w tym zakresie nie została jeszcze dokonana. Jest zatem sprawą wyboru zainteresowanego, czy dla ochrony swoich praw chce on wykorzystać środki publicznoprawne, czy środki prywatnoprawne”. W świetle tego wyroku, przepisy regulacyjne wyłączają stosowanie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tylko w takim zakresie, w jakim regulacja ta jest faktycznie wykonywana przez organ regulacyjny, co w szczególności dotyczy zatwierdzania taryf oraz rozstrzygnięć podejmowanych w trybie art. 8 ustawy Prawo energetyczne.

Trafność powyższych twierdzeń wydaje się wątpliwa. Przyjęta bowiem przez Sąd interpretacja przepisów prawa może prowadzić do wniosku, że istnieje dowolność czy „konkurencyjność” stosowania prawa ochrony konkurencji oraz przepisów regulacyjnych. Jak podkreślają komentatorzy, takie stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może skutkować wprowadzeniem reguły, „kto pierwszy ten lepszy” do katalogu zasad regulujących działalność organów administracyjnych<sup>53</sup>. Taka interpretacja przepisów wydaje się niedopuszczalna, narusza bowiem zasadę pewności prawa.

Relacje pomiędzy kompetencjami organu ochrony konkurencji a kompetencjami organu regulacyjnego najtrafniej określił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 maja 2004 r.<sup>54</sup>, w którym podkreślił, iż „postępowanie przed Prezesem URE oraz postępowanie przed Prezesem UOKiK nie mają charakteru równorzędnych i alternatywnych zarazem postępowań służących w każdym przypadku realizacji ochrony tych samych prawnie chronionych interesów (interesu publicznego lub interesu indywidualnego) odbiorcy, który w danej konkretnej sytuacji, miałby indywidualnie zdecydować o wyborze jednej z tych dróg ochrony prawnej. Przeciwnie, kompetencje decyzyjne obu organów regulacyjnych, a w konsekwencji także zakres i przedmiot prowadzonych przez oba te organy państwowe postępowań administracyjnych, zostały wyraźnie prawnie rozgraniczone, jakkolwiek są one względem siebie komplementarne. Prezesowi UOKiK przysługuje niejako kompetencja ogólna o ile wyraźne przepisy ustawowe nie zastrzegają w danym przypadku określonych kompetencji na rzecz innego organu – tj. np. na rzecz Prezesa URE jako organu o kompetencji szczególnej w zakresie uregulowanym przepisami Prawa energetycznego”. Wyrok ten wyraźnie wskazuje, iż przepisy prawa regulacyjnego powinny być traktowane jako *lex specialis* w stosunku do przepisów prawa ochrony konkurencji.

## **ZAKAZ WKRACZANIA W KOMPETENCJE PREZESA UOKiK PRZEZ ORGANY REGULACYJNE**

Orzecznictwo sądów określa granice pomiędzy kompetencjami organu ochrony konkurencji a kompetencjami organów regulacyjnych na dwa sposoby. Pierwszy sposób, przedstawiony w poprzednim punkcie, polegał na wskazywaniu obszaru kompetencji „zastrzeżonych” dla

<sup>51</sup> Sygn. akt III SK 48/04; OSNP 2005, Nr 10, poz. 151

<sup>52</sup> Sygn. akt XVII Ama 24/03

<sup>53</sup> Zob. Z. Muras, K. Szwed-Lipińska: Rozstrzyganie sporów z zakresu TPA – uprawnienia Prezesa UOKiK w świetle kompetencji Prezesa URE, Biuletyn URE, Nr 4/2005.

<sup>54</sup> Sygn. akt III SK 48/04; OSNP 2005, Nr 10, poz. 151

organów regulacyjnych, do którego nie powinien wkraczać organ ochrony konkurencji. Drugi sposób polega natomiast na wskazaniu granic kompetencji, poza które nie powinien wkraczać organ regulacyjny. Dotyczą tego przytoczone poniżej wyroki.

W wyroku z dnia 12 września 2003 r.<sup>55</sup>, Sąd Najwyższy zauważył, że art. 8 ust. 1 Prawa energetycznego umożliwia ukształtowanie wyłącznie warunków umowy jeszcze nie zawartej, w sytuacji gdy strony nie doszły do porozumienia. Oznacza to, że Prezes URE nie może orzekać w sprawach dotyczących umów już zawartych. Zgodnie z wymienionym przepisem, Prezes Urzędu Regulacji Energetyki rozpoznaje spory dotyczące ustalania warunków świadczenia usług, odmowy przyłączenia do sieci czy odmowy zawarcia umowy. Przyszły odbiorca energii może w postępowaniu przed Prezesem URE domagać się ustalenia treści umowy i w tym zakresie droga postępowania cywilnego jest wyłączona. Prezes URE nie ma jednak jurysdykcji w sprawach dotyczących umów już zawartych. W trybie art. 8 ustawy nie można dochodzić nakazania zmiany takiej umowy nawet wtedy, kiedy odbiorcy narzucone zostały, wskutek stosowania praktyki monopolistycznej, uciążliwe warunki umowy. Właściwym i jedynie uprawnionym organem do rozpoznania tego rodzaju zarzutu jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (a w dalszym postępowaniu właściwe sądy), na podstawie przepisów ustawy antymonopolowej.

W podobny sposób, na ścisłe przestrzeganie przez organ regulacyjny swych kompetencji zwraca uwagę Sąd Najwyższy także w wyroku z dnia 10 lipca 2004 r.<sup>56</sup> Zgodnie z tym orzeczeniem „Prezes Urzędu Regulacji Energetyki nie może na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne, orzekać w sprawach dotyczących umów już zawartych. Zakres postępowania w przedmiocie naruszenia ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów jest inny niż przewidziany w Prawie energetycznym, a okoliczność, że odbiorca energii wyraził zgodę na zawarcie umowy na narzuconych, uciążliwych warunkach nie oznacza, że stosowanie praktyk monopolistycznych nie miało miejsca, także wtedy, gdy uprzednio Prezes Urzędu Regulacji Energetyki orzekł o zawarciu umowy na określonych warunkach”.

## **WSPÓLKOMPETENCJE ORGANU OCHRONY KONKURENCJI I ORGANÓW REGULACYJNYCH (WSPÓŁDZIAŁANIE ORGANÓW)**

W nauce prawa administracyjnego występuje pojęcie współkompetencji (współdziałania organów). Pojęcie to służy przedstawieniu relacji zachodzących między dwoma organami, z których jeden w procesie wydawania decyzji administracyjnej jest zobowiązany zasięgnąć opinii drugiego<sup>57</sup>. Takie relacje mogą zachodzić także pomiędzy organami regulacyjnymi oraz organem ochrony konkurencji. Przewidują to niektóre ustawy regulacyjne.

Szereg ustaw przewiduje udział Prezesa UOKiK w postępowaniach regulacyjnych. Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne mówi o „współpracy” organów w opracowywaniu sprawozdań dotyczących nadużywania pozycji dominującej na rynku przez przedsiębiorstwa energetyczne i ich zachowań sprzecznych z zasadami konkurencji na rynku energii elektrycznej (art. 15c).

Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne przewiduje wiele współkompetencji Prezesa UOKiK oraz Prezesa URTiP. Znajdziemy w niej m.in. przepis (art. 23 ust. 3), który mówi o trybie wydawania postanowienia, w którym Prezes URTiP stwierdza, czy na ana-

<sup>55</sup> Sygn. akt: I CKN 504/01, wyrok niepublikowany.

<sup>56</sup> Sygn. akt III SK 56/04; OSNP 2005, Nr 12, poz. 181

<sup>57</sup> M. Matczak: *Kompetencja organu administracji publicznej*, Zakamycze 2004, str. 54

lizowanym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja. Postanowienie to Prezes URTiP, a w zakresie określonym w art. 10 ust. 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Przewodniczący KRRiT, wydaje „w porozumieniu” z Prezesem UOKiK. Kolejny obowiązek w zakresie współdziałania organu ochrony konkurencji z organem regulacyjnym (który nota bene wywołuje liczne spory, co do rzeczywistej roli Prezesa UOKiK w tym postępowaniu<sup>58</sup>), to obowiązek wynikający z art. 25 ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Zgodnie z tym przepisem, decyzje dotyczące wyznaczenia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych o znaczącej pozycji rynkowej na rynku właściwym lub nałożenia obowiązków regulacyjnych określonych w ustawie, muszą być wydawane przez Prezesa URTiP (a w zakresie określonym w art. 10 ust. 3 przez Przewodniczącego KRRiT) w „porozumieniu” z Prezesem UOKiK. Natomiast w świetle art. 116 ust. 6 ustawy Prawo telekomunikacyjne, w sprawach określonych w tym przepisie, Prezes URTiP ma „zasięgać opinii” Prezesa UOKiK.

Współkompetencje organu ochrony konkurencji i organu regulacyjnego przewiduje także ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym. Ustawa ta stawia Prezesowi Urzędu Transportu Kolejowego wymóg „uzyskania opinii” Prezesa UOKiK w przypadku udzielania zgody dla zarządcy infrastruktury kolejowej na wykonywanie przewozu osób i rzeczy (art. 5 ust. 4). Z kolei art. 25h ust. 3 ustawy nakłada na Prezesa UTK obowiązek „informowania” Prezesa UOKiK o podjętych decyzjach w zakresie autoryzacji jednostek certyfikujących, kontrolujących oraz laboratoriów właściwych w sprawach funkcjonowania podsystemów kolejowych. Wydaje się, iż zakres współpracy Prezesa UOKiK z organami regulacyjnymi w toku wykonywania ich zadań mógłby być niekiedy szerszy. Dla przykładu, w świetle art. 49 Prawa energetycznego, Prezes URE samodzielnie orzeka, czy na rynku istnieje konkurencja. Organ ten może zwolnić przedsiębiorstwo energetyczne z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia, jeżeli stwierdzi, że działa ono w warunkach konkurencji, albo cofnąć udzielone zwolnienie w przypadku ustania warunków uzasadniających zwolnienie. Zwolnienie to może dotyczyć określonej części działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo energetyczne, w zakresie, w jakim działalność ta prowadzona jest na rynku konkurencyjnym (art. 49 ust. 1 i 2 Prawa energetycznego). Być może ta ważna decyzja powinna być poprzedzona uzyskaniem stanowiska Prezesa UOKiK, szczególnie, że przy jej podejmowaniu Prezes URE bierze pod uwagę podobne kryteria, jakimi posługuje się Prezes UOKiK w toku postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (art. 49 ust. 3).

## WNIOSKI

Kompetencje organu ochrony konkurencji i organów regulacyjnych mają zasadniczo różny charakter prawny. Można jednak uznać, iż kompetencje te w pewnym zakresie „nakładają się” na siebie, co może prowadzić do niepożądanych skutków. Konieczne jest więc ustalenie pewnych zasad, w oparciu o które omawiane kompetencje należy rozdzielić. Ustawodawca nie określił tych zasad w przepisach prawa. Dokonuje tego orzecznictwo sądów, przede wszystkim Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sądu Najwyższego.

W świetle orzecznictwa, przepisy prawa regulacyjnego należy traktować jako *lex specialis* w stosunku do przepisów prawa ochrony konkurencji. Nigdy jednak obowiązywanie prawa konkurencji w sektorach regulowanych nie zostaje w całości wyłączone, a zatem podmioty poddane regulacji (przedsiębiorcy) muszą przestrzegać ogólnych reguł konkurencji w zakresie nieobjętym przepisami regulacyjnymi. Zasada *lex specialis derogat legi generali* ma rów-

<sup>58</sup> Zob. E. Witkowska-Grochowalska: *Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów – współdecydent czy recenzent projektu decyzji Prezesa URTiP w sprawie stwierdzenia pozycji znaczącej operatora telekomunikacyjnego na rynku?* [w:] *Regulacja rynku telekomunikacyjnego. Stwierdzenie znaczącej pozycji operatorów – problemy proceduralne*, Warszawa 2005, str. 57 i nast.

niez istotne znaczenie dla organów stosujących prawo, gdyż w pewnym sensie doprecyzowuje zakres ich ustawowych kompetencji. Odrębny i bardziej złożony problem przedstawiają natomiast relacje pomiędzy kompetencjami krajowych organów regulacyjnych a kompetencjami organów wspólnotowych (Komisji Europejskiej.) To zagadnienie pozostaje jednak poza ramami artykułu<sup>59</sup>.

Nakładanie się kompetencji organu ochrony konkurencji i organów regulacyjnych nie wyczerpuje problematyki relacji pomiędzy kompetencjami wymienionych organów. Przepisy niektórych aktów prawa regulacyjnego przewidują udział organu ochrony konkurencji w procedurach regulacyjnych, co odsłania kolejne wątpliwości prawne, głównie natury proceduralnej. Niewykluczone, iż problem ten będzie zyskiwać na znaczeniu, w miarę przewidywanej konsolidacji organów regulacyjnych.

---

<sup>59</sup> Zagadnienie to poruszają J. Baehr i A. Stawicki w artykule: *Rozważania wokół równoległego stosowania prawa konkurencji i instrumentów regulacyjnych* [w:] *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)* pod red. C. Banasińskiego, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2005.

Dieter Jalowietzki

## **Działania rynkowe publicznych zakładów opieki zdrowotnej**

### **A. Struktura niemieckiej służby zdrowia**

W obrębie Unii Europejskiej państwa członkowskie mogą same swobodnie decydować, jak zorganizowane będą ich systemy zabezpieczeń socjalnych, o ile zachowane pozostają wolności zasadnicze – swoboda przepływu towarów i świadczenia usług, art. 28, 49<sup>1</sup>. W Niemczech zadaniem państwa, zadaniem, które wywodzi się z zasady państwa socjalnego (art. 20 konstytucji), jest zorganizowanie funkcjonującego systemu zabezpieczenia warunków bytowych. Tradycyjnie istnieją ustawowe ubezpieczenia na wypadek choroby oraz nieszczęśliwych wypadków przy pracy oraz chorób zawodowych, jak również od 1995 r. ustawowe ubezpieczenie na wypadek wymagania opieki.

Państwo nie wykonuje samodzielnie działalności ubezpieczeniowej. Właściwe w tym zakresie są posiadające strukturę publiczno-prawną ustawowe kasy chorych oraz branżowe organizacje przedsiębiorstw, działające jako zakład ubezpieczeń w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków przy pracy. Obecnie istnieje 320 ustawowych kas chorych, w 1991 roku było ich jeszcze 1235. Pracownicy o rocznym dochodzie brutto wynoszącym poniżej 45.900 € podlegają obowiązkowi ubezpieczenia. Podniesienie tej granicznej wysokości składki jest obecnie przedmiotem dyskusji politycznej. Osoby uzyskujące wyższe dochody mogą ubezpieczyć się dobrowolnie w ustawowej kasie lub w prywatnej kasie chorych. Około 89 % ludności jest obecnie objętych ubezpieczeniem ustawowym, w 1981 roku było to jeszcze prawie 95 %. Wysokość składek uzależniona jest od dochodu osoby ubezpieczonej i jest ponoszona po połowie przez pracownika i pracodawcę. Wysokość składek nie ma wpływu na zakres świadczeń kasy. Natomiast prywatne firmy ubezpieczeniowe pobierają składki, których wysokość powiązana jest z uzgodnionym zakresem świadczeń i z określonymi czynnikami ryzyka (ogólny stan zdrowia, wiek, płeć).

Ustawowe kasy chorych wypełniają swoje obowiązki wobec ubezpieczonego według zasady świadczeń rzeczowych<sup>2</sup> co oznacza, że udostępniają one pacjentowi produkty i usługi niezbędne dla potrzeb leczenia (szpital, opieka lekarska, leki, medyczne środki pomocnicze). W tym celu kasy zawierają odpowiednie umowy z dostawcami świadczeń względnie z organizacjami ich zrzeszającymi, przy czym winny być przestrzegane ustawowe wymogi dotyczące dopuszczania usługodawców, sposobu realizacji świadczenia oraz wymiaru wynagrodzenia. Pacjent może zrealizować przepisane mu przez lekarza świadczenie za okazaniem odpowiedniej recepty u dopuszczonego przez kasę dostawcy. Inaczej niż w przypadku prywatnych

<sup>1</sup> ETS z dnia 07.02.1984 r., sprawa 238/82 „Duphar”; z dnia 26.04.1998 r., sprawa C-158/96 „Kohl”; z dnia 13.05.2003 r., sprawa C-385/99 „Müller-Fauré”.

<sup>2</sup> Kodeks Socjalny (SGB), tom V, par. 2 ustęp 2.

firm ubezpieczeniowych, które pracują w oparciu zasadę refundacji wydatków, osoba ubezpieczona ustawowo nie musi sama ponosić żadnych opłat na rzecz danego dostawcy świadczeń. W rozumieniu prawa oznacza to, że stosunek dostawca – odbiorca istnieje tylko pomiędzy kasami a dostawcami świadczeń. Jak ważne są to zdarzenia gospodarcze, wynika już z faktu, że w sektorze służby opieki zdrowotnej zatrudnionych było 4,1 mln. pracowników, a łączne koszty leczenia wyniosły 224 miliardy € (stan na rok 2002).

Obecna sytuacja w niemieckiej służbie zdrowia charakteryzuje się szczupłymi zasobami i rosnącymi kosztami. W celu ograniczenia kosztów z jednej strony sięga się do środków ustawowych, aby spowodować rozwój konkurencji, z drugiej strony zaostrzane są istniejące już regulacje cenowe, a kasy uwalniane są od przymusów nakładanych przez prawo o konkurencji. Wyłączenie z prawa o konkurencji obserwuje się zarówno na płaszczyźnie krajowej, jak i na płaszczyźnie europejskiej, różnią się jedynie środki temu służące.

## II. Miejsce ustawowych kas chorych w myśl prawa krajowego

### I. Stan prawny do roku 2000

Stosunki prawne pomiędzy kasami a osobami ubezpieczonymi były i są przedmiotem regulacji prawno-publicznej. To samo dotyczy stosunków ze stowarzyszeniami lekarzy i aptekarzy. Spory pomiędzy tymi stronami należało do tej pory regulować na drodze prawnej w sądach ds. socjalnych<sup>3</sup>.

Nieco inne zasady obowiązywały w stosunkach z dostawcami leków i środków pomocniczych (okulary, aparaty słuchowe, pieluchy) oraz w korzystaniu z usług (przewozy chorych, domowa opieka nad chorym, terapia socjalna, socjalno-medyczne działania postterapeutyczne, usługi akuszerskie). Tutaj kasy zawierają cywilno-prawne umowy kupna-sprzedaży lub umowy o świadczenie usług na warunkach rynkowych. Nie ma stosunku nad- i podrzędności, lecz obowiązuje równość umawiających się stron. Zatem spory biorące się ze stosunku dostawca – odbiorca są natury cywilno – prawnej i były dotychczas rozstrzygane przez sądy cywilne, a tam, jeżeli chodziło o roszczenia wynikające z prawa kartelowego, przez wyspecjalizowane w tej dziedzinie sądy orzekające (§ 87 ustawy o zakazie ograniczania wolnej konkurencji).

Walka o skumulowany w kasach potencjał popytu już wcześniej narzuciła pytanie, czy ustawowe kasy chorych podlegają w swoich procedurach zamówieniowych restrykcjom proceduralnym wynikającym z prawa o wolnej konkurencji oraz kontroli w oparciu o prawo kartelowe zgodnie z ustawą o zakazie ograniczania wolnej konkurencji. Z reguły chodziło tutaj o dostęp do grona dopuszczonych dostawców lub o zachowanie tej pozycji. W swoim orzeczeniu (wyrok w sprawie o szczególnym znaczeniu, często kontrowersyjnej) z dnia 26 października 1961 r.<sup>4</sup> Trybunał Federalny określił jasno, że wprawdzie stosunki ustawowych kas chorych względem osób w nich ubezpieczonych i względem stowarzyszeń lekarzy kas chorych należą do sfery prawa publicznego, ale inne zasady obowiązują w odniesieniu do opartego o struktury prawa prywatnego stosunku względem dostawców medycznych środków pomocniczych. W tym zakresie, orzekł Trybunał, jeżeli mamy do czynienia z działaniem przedsiębiorstwa, musi się ono stosować do ustawy o zakazie ograniczania wolnej konkurencji. Fakt, że kasa nie odsprzedaży dalej zakupionych produktów, nie wyklucza posiadania przez nią w tym zakresie cech przedsiębiorstwa. Pokrywanie kosztów środków użytych do zrealizowania świadczenia z dochodu płynącego z tego świadczenia jest wprawdzie jedno-

<sup>3</sup> Trybunał Federalny, orzeczenie z dnia 23.01.1964 r., KZR 2/63 „Izba Aptekarska”; orzeczenie z dnia 25.06.1964 r., KZR 4/63 „Środki przeciwbólowe”.

<sup>4</sup> KZR 1/61 „Pończochy gumowe”.

znaczną oznaką, nie jest jednak niezbędną przesłanką dla posiadania cech przedsiębiorstwa. Stanowisko to Trybunał Federalny ponownie potwierdzał w następnych latach, pomimo gwałtownego sprzeciwu ze strony kas<sup>5</sup>. Ponieważ kasy były z reguły najważniejszym, jeżeli wręcz nie jedynym podmiotem zgłaszającym popyt (około 90 % popytu na świadczenia medyczne przypada właśnie na nie), nie było żadnych wątpliwości odnośnie ich dominującej na rynku pozycji i uzależnieniu dostawców<sup>6</sup>. Chodziło wtedy zawsze już tylko o ocenę czy okoliczności danego pojedynczego przypadku mogą być kwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej.

## 2. Stan prawny od dnia 1 stycznia 2000 roku

Wraz z ustawą o reformie służby zdrowia w zakresie ustawowych kas chorych 2000 nastąpiła, obowiązująca od dnia 01 stycznia 2000 r., zasadnicza zmiana stanu prawnego. Zgodnie z nowym brzmieniem paragrafu 69 Kodeksu Socjalnego(SGB) tom V, stosunki prawne kas chorych i ich związków względem lekarzy, stomatologów, psychoterapeutów, aptek i pozostałych dostawców usług oraz ich związków uregulowane w sposób wyczerpujący przez rozdział 4 Kodeksu Socjalnego. Przepis ten zawiera nie tylko wyznaczenie drogi prawnej przed sądy ds. socjalnych, lecz należy go także rozumieć jako stan faktyczny wyłączenia dla zastosowania norm wynikających z prawa o wolnej konkurencji: ustawy o zakazie ograniczania wolnej konkurencji oraz ustawy przeciwko nieuczciwej konkurencji<sup>7</sup>. Uregulowanie to jest poparte przez paragraf 87 zdanie 3 ustawy o zakazie ograniczania wolnej konkurencji (GWB) oraz paragraf 51 ustęp 2 ustawy o sądach ds. socjalnych (SGG), gdzie jest wyraźnie powiedziane, że wyłączna właściwość dla sporów cywilno – prawnych wynikających z prawa kartelowego nie rozciąga się już na stosunki dostawca – odbiorca wymienione w paragrafie 69 Kodeksu Socjalnego, tom V, lecz przekazana jest sądom ds. socjalnych.

Wynikają z tego następujące konsekwencje: dostawcy mogą się bronić przed będącymi nadużyciem procedurami zakupowymi kas, zgodnie z prawem krajowym, już tylko przy użyciu środków prawa publicznego, tak jak przy naruszeniu uregulowań prawa socjalnego lub pozycji konstytucyjnych (art. 12 konstytucji). Obowiązkowy dotąd udział urzędów ds. karteli w tego rodzaju sporach (paragraf 90 ustawy o zakazie ograniczania wolnej konkurencji w dawnym brzmieniu) został tak samo zniesiony, jak legitymacja procesowa zrzeczeń działających na rzecz ochrony konkurencji.

Ponieważ jednak prawodawca krajowy nie może unieważniać norm europejskich<sup>8</sup>, nie ma wpływu na stosowanie art. 81, 82 Traktatu Wspólnoty Europejskiej. Tylko tym sposobem można w przyszłości rozważać przeprowadzenie kontroli ustawowych kas chorych pod kątem przestrzegania prawa o wolnej konkurencji.

<sup>5</sup> Trybunał Federalny z dnia 26.04.1967 r., Ib ZR 45/65 „Aparaty słuchowe“; z dnia 04.04.1975 KZR 6/74 „Dodatkowe ubezpieczenie kosztów leczenia szpitalnego“; z dnia 22.03.01976 r. GSZ 2/75 „Autoanalizator“; z dnia 12.05.1976 r. KZR 14/75 „Pomocnicze aparaty dla organu wzroku“; z dnia 01.06.1977 r. KZR 3/76 „Lecznice zakłady kąpielowe“; z dnia 18.12.1981r. ZR 34/80 „Punkty samodzielnego oddawania okularów“; z dnia 10.02.1987 r. KZR 1/86 „Importowane leki gotowe“; z dnia 26.05.1987 KZR 13/85 „Przewóz chorych“; z dnia 10.11.1987 r. KZR 18/86 „Lbza rozrachunkowa dla świadczeń aptecznych“; z dnia 10.10.1989 KZR 22/88 „Przewóz noworodków“; z dnia 08.05.1990 r. KZR 21/89 „Opieka fizjoterapeutyczna“; z dnia 12.03.1991 r. KZR 26/89 „Przedsiębiorstwa zajmujące się przewozem chorych II“; z dnia 25.06.1991r. KZR 19/90 „Opieka nad chorym“; z dnia 22.03.1994 r. KZR 9/93 „Obuwie ortopedyczne“.

<sup>6</sup> Federalny Sąd Socjalny z dnia 25.09.2001 r., BSGE 89/20, str. 23.

<sup>7</sup> Federalny Trybunał Socjalny z dnia 31.08.2000 r., B3KR 11/98 R oraz z dnia 25.09.2001 r., B 3 KR 3/01 R; pozostawione otwarte w orzeczeniu Trybunału Federalnego NZS 2004/33.

<sup>8</sup> Kodeks Socjalny, tom V, paragraf 69.

### III. Miejsce ustawowych kas chorych zgodnie z prawem europejskim

Dziedzina zabezpieczeń społecznych zgodnie z prawem WE nie jest dziedziną będącą wyjątkiem – tak jak na przykład rolnictwo (rozporządzenie 26/62). Przepisy prawa o konkurencji są więc w takich sytuacjach stosowane.

Zakazom zawartym w art. 81, 82 Traktatu Wspólnoty Europejskiej podlegają tylko przedsiębiorstwa. Ponieważ nie jest przewidziane ograniczenie tylko do przedsiębiorstw prywatnych, do adresatów tej normy należą zasadniczo również przedsiębiorstwa publiczne. Wynika to pośrednio również z artykułu 86, który przewiduje dla określonych przedsiębiorstw publicznych, przy spełnieniu szczególnych warunków – w drodze wyjątku - nie stosowanie reguł wolnej konkurencji.

#### 1) Pojęcie przedsiębiorstwa

W ciągłej praktyce sądy europejskie definiują jako przedsiębiorstwo „każdą jednostkę wykonującą działalność gospodarczą, niezależnie od jej formy prawnej i sposobu jej finansowania”<sup>9</sup>. W ten sposób zostaje od razu jasno określone, że nie odgrywa przy tym roli, czy państwo jako zarządca majątku publicznego działa bezpośrednio czy też poprzez zorganizowane jednostki prawa prywatnego. Decydujące znaczenie posiada kwestia, czy rozwijana jest działalność gospodarcza, czy też mamy do czynienia z działaniem wykonywanym przez władzę zwierzchnią. W tym przyporządkowaniu kryje się główny problem stosowania prawa.

#### a) Działanie wykonywane przez władzę zwierzchnią

Pewne jest jedynie, że obszar klasycznej zwierzchniej administracji władczej celem zapewnienia bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego (policja, wymiar sprawiedliwości, wykonanie kary) nie może zostać sklasyfikowany jako działalność gospodarcza. ETS opisuje ten sektor jako „zadanie leżące w interesie ogółu, które należy do istotnych zadań państwa”<sup>10</sup>. Do tych zadań orzeczenie to zalicza również nadzorowanie krajowego obszaru powietrznego<sup>11</sup> oraz ochronę środowiska naturalnego<sup>12</sup>. Jeśli chodzi o służbę zdrowia, do tego obszaru zostają zaliczone działania w zakresie zwalczania zarazy i epidemii, a ostatnio także działania prewencyjne przeciwko atakom terrorystycznym z użyciem broni biologicznej.

#### b) Działanie czysto gospodarcze

Z drugiej strony w sposób oczywisty mamy do czynienia z działaniem gospodarczym, kiedy państwo jako oferent prywatny poprzez własne zakłady lub jako konkretny udziałowiec działa w celach zarobkowych<sup>13</sup>.

#### c) Działalność gospodarcza z odniesieniem zwierzchnim

Odniesienie zwierzchnie do działalności gospodarczej jednostki publicznej nie sprzeciwia się jej sklasyfikowaniu jako przedsiębiorstwa. Obowiązuje to na przykład w odniesieniu do emitowania programów telewizyjnych<sup>14</sup> dla zorganizowanych na zasadach publiczno - prawnych zakładów usług pogrzebowych<sup>15</sup>, dla pań-

<sup>9</sup> ETS z dnia 23.4.91, sprawa C-41/90 „Höfner und Elser”.

<sup>10</sup> Orzeczenie z dnia 18.06.1975 r., sprawa 94/74 „IGAV/ENCC”; orzeczenie z dnia 12.07.1973 r., sprawa 2/73 „Geddo/Ente Nazionale Risi”; orzeczenie z dnia 30.04.1974, sprawa 155/73 „Sacci”.

<sup>11</sup> ETS z dnia 19.01.1994 r., sprawa C-364/92 „SAT Fluggesellschaft/ Eurocontrol”.

<sup>12</sup> ETS z dnia 18.03.1997 r., sprawa C- 343/95 „Diego Cali & Figli”.

<sup>13</sup> ETS z dnia 18.06.1998 r., sprawa C- 35/96 „Komisja/Włochy”; z dnia 19.2.2002, sprawa C-309/99 „Wouters”.

<sup>14</sup> ETS z dnia 30.04.1974 r., sprawa 155/73 „Sacchi”.

<sup>15</sup> ETS z dnia 04.05.1988 r., sprawa 30/87 „Bodson”.

stwowego pośrednictwa pracy<sup>16</sup>, dla izb zawodowych adwokatów<sup>17</sup> i architektów, dla urzędowo organizowanych przewozów chorych oraz służb ratowniczych<sup>18</sup>, dla spedytorów celnych<sup>19</sup>, dla zarządców portów lotniczych<sup>20</sup>.

Podobnie jak w prawie niemieckim, nie należy stosować ryczałtowej klasyfikacji. Ten sam podmiot może działać zarówno w sposób zwierzchni, jak i na zasadzie działalności gospodarczej. Przedsiębiorstwem jest wówczas tylko w odniesieniu do działalności gospodarczej. W sprawie „ADP” należało zatem odgraniczyć zwierzchnią kontrolę obszaru powietrznego od, prowadzonej gospodarczo, działalności w zakresie odpraw.

Kryteria przyporządkowania są przy tym złożone. W przypadku pośrednictwa pracy ważne jest, że nie zawsze jest ono prowadzone przez placówki prawa publicznego i że nie jest to konieczne. Rozstrzygające znaczenie dla zakwalifikowania spedytorów celnych, pracujących pod kontrolą państwa, jako przedsiębiorstwa, miała odpłatność za świadczone przez nich usługi (załatwianie formalności celnych przy wwozie i wywozie) oraz okoliczność, że ponosili oni ryzyko biznesowe. W przypadku ośrodków należących do systemów zabezpieczeń społecznych wchodzi w grę inne czynniki, widoczne dopiero przy kazuistycznym podejściu do zagadnienia.

## **2. Publiczne przedsiębiorstwa systemów zabezpieczeń społecznych**

### **a) Sprawa Poucet/Pistre (ETS, orzeczenie z dnia 17.02.1993, C 159/91 i 160/91)**

Kwestia, czy krajowe podmioty ubezpieczenia społecznego podpadają pod pojęcie przedsiębiorstwa, powstała po raz pierwszy w sprawie Poucet/Pistre. W sprawie tej chodziło o dopuszczalność obowiązkowego członkostwa w łączonym ubezpieczeniu zdrowotno-rentowym dla samodzielnych rzemieślników we Francji. Osoby będące powodami w postępowaniu wyjątkowym pragnęły mieć możliwość swobodnego wyboru prywatnego ubezpieczenia.

ETS z następujących powodów zanegował posiadanie cech przedsiębiorstwa: ponieważ system służy celowi społecznemu, i opiera się na zasadzie solidarności, a jego celem nie jest zysk, zaś wysokość składki oraz zakres świadczenia są określone ustawowo, kasa nie prowadzi działalności gospodarczej.

Cel społeczny wynika z ustalenia, iż chodzi o zapewnienie ubezpieczonemu – niezależnie od jego sytuacji majątkowej oraz stanu zdrowia w momencie przystąpienia – ochrony ubezpieczeniowej w przypadku choroby, starości, śmierci i inwalidztwa. Zasada solidarności wyraża się w przypadku ubezpieczenia na wypadek choroby w tym, że składki uiszczane są w zależności od dochodów, a świadczenia są jednakowe dla wszystkich członków. W systemie zabezpieczenia na starość zasada solidarności konkretyzuje się przez to, że emerytury osób będących w stanie spoczynku finansowane są przez osoby czynne zarobkowo, a ich wysokość nie zależy od wysokości uiszczonych składek. Obowiązek ubezpieczenia jest, stwierdza dalej ETS, niezbędny dla równowagi finansowej tego rodzaju systemów.

### **b) Sprawa Fédération Française des Sociétés d'Assurance (ETS, orzeczenie z dnia 16.11.1995, C-244/94)**

Chodziło tutaj o wprowadzone drogą ustawy dobrowolne dodatkowe ubezpieczenie emerytalne dla osób wykonujących samodzielne zawody rolnicze we Francji, działające również bez

<sup>16</sup> ETS z dnia 23.04.1991 r., sprawa C-41/90 „Höfner i Elser”; z dnia 11.12.1997, sprawa C-55/96 „Job Centrell”.

<sup>17</sup> ETS z dnia 19.02.2002 r., sprawa C-309/99 „Wouters”.

<sup>18</sup> ETS z dnia 25.10.2001 r., sprawa C-475/99 „Ambulanz Glöckner”.

<sup>19</sup> ETS z dnia 18.06.1998 r., sprawa C-35/96.

<sup>20</sup> ETS z dnia 24.10.2002 r., sprawa C-82/01 P „Aéroports de Paris „ADP”.

zamiaru osiągania zysku i wykazujące elementy solidarności. Jednakże ETS potwierdził istnienie cech przedsiębiorstwa, ponieważ członkostwo jest dobrowolne i system funkcjonuje na zasadzie kapitalizacji. Zakres świadczeń zależy wyłącznie od wysokości składek i od dochodów przynoszonych przez inwestycje dokonywane przez tę instytucję. W związku z tym konkuruje ona z (prywatnymi) przedsiębiorstwami zajmującymi się ubezpieczeniami na życie. Ponieważ członkostwo jest dobrowolne, wywodzi dalej ETS, elementy solidarności (składki niezależne od ryzyka ubezpieczeniowego, pozostawanie wpłaconych składek w funduszu po śmierci ubezpieczonego, zwolnienie od płacenia składek w przypadku choroby i złej sytuacji w zakresie dochodów) mają jedynie podrzędne znaczenie.

**c) Sprawy Brentjens (C-115/97 do 117/97) oraz Albany (C-67/96), ETS, orzeczenia z dnia 21.9.1999**

Chodziło tutaj o obowiązkowe członkostwo w systemie dodatkowych emerytur dla osób pracujących w sektorze handlu materiałami budowlanymi (Brentjens) i w przemyśle włókienniczym (Albany), przewidziane w zbiorowych układach pracy. Zgodnie z opinią ETS, ograniczające wolną konkurencję skutki zbiorowych układów pracy muszą być tolerowane, jeżeli służą celom polityki socjalnej, w tym przypadku poprawie warunków zatrudnienia i pracy. System dodatkowych emerytur służy w swojej istocie zagwarantowaniu określonego poziomu emerytur dla wszystkich pracowników danej gałęzi przemysłu i dlatego przyczynia się bezpośrednio do poprawy wynagrodzeń. Uzasadnienie to opiera się na pewnego rodzaju wyważeniu dóbr i pozostawia nierozstrzygniętą kwestię posiadania cech przedsiębiorstwa.

**d) Sprawa Pavlov i inni (ETS, orzeczenie z dnia 12.9.2000, C-180/98 do C-184/98)**

Chodziło tutaj o ocenę pewnego funduszu, założonego przez przedstawicielstwo zawodowe lekarzy specjalistów dla zarządzania przewidzianym ustawowo systemem dodatkowych emerytur. Trybunał potwierdził w tym przypadku posiadanie przez lekarzy cech przedsiębiorstwa uzasadniając, że oferują oni świadczenia w zamian za odpłatność i ponoszą związane z tym ryzyko finansowe. Udział w systemie dodatkowych emerytur zawodowych jest z tym związany, ponieważ zapewnia on określony poziom dochodów na okres po zakończeniu pracy zawodowej. Powiązanie z wykonywaniem działalności zawodowej widoczne jest również w tym, że system ten jest nacechowany przez zwiększony stopień solidarności wśród wszystkich lekarzy. I tak wysokość składki, wywodzi dalej Trybunał, nie zależy od ryzyka, indywidualny stan zdrowia nie odgrywa roli, uwzględniane są roszczenia działające wstecz, a wysokość emerytury powiązana jest z indeksem. Ponieważ lekarzy należy traktować jako przedsiębiorstwo, ich przedstawicielstwo zawodowe działało przy utworzeniu funduszu emerytalnego jako zrzeszenie przedsiębiorstw.

**e) Sprawa INAIL (ETS, orzeczenie z dnia 22.1.2002, C-218/00)**

Należało ocenić nadzorowane przez państwo obowiązkowe ubezpieczenie przed nieszczęśliwymi wypadkami przy pracy oraz chorobami zawodowymi we Włoszech. Trybunał zanegował posiadanie w tym przypadku charakter przedsiębiorstwa, ponieważ spełnia ono zadanie czysto społeczne. Wprawdzie społeczny cel systemu ubezpieczeniowego nie wystarcza, aby wykluczyć zaklasyfikowanie jako przedsiębiorstwa, tutaj jednak realizowana jest – nawet jeżeli tylko w ograniczonym zakresie - zasada solidarności. Wysokość składek nie jest ściśle uzależniona od ubezpieczonego ryzyka, ponieważ obowiązuje składka maksymalna. Luka finansowa pokrywana jest przez wszystkie przedsiębiorstwa danej grupy ryzyka. Miarodajne

dla wysokości składki jest nie ryzyko wypadku, lecz wysokość dochodów ubezpieczonego. Zakres zapewnianych świadczeń niekoniecznie jest proporcjonalny do dochodów ubezpieczonego. I wreszcie, konkluduje Trybunał, ustalenie wysokości składek i zakres świadczeń podlega nadzorowi państwa.

**f) Sprawa AOK Bundesverband (ETS, orzeczenie z dnia 16.3.2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01)**

Podczas gdy w sprawach omówionych w podpunktach od a) do e) chodziło o stosunek kas do członków, a zatem badane było postępowanie po stronie oferenta, sprawa AOK dotyczyła stosunku do dostawców, a zatem pozycji kasy jako podmiotu zgłaszającego popyt. Przedmiotem rozstrzygnięcia było, czy związki ustawowych niemieckich kas chorych w przypadku ograniczenia zakresu swoich świadczeń poprzez ustalenie stałych kwot za lekarstwa działają jako przedsiębiorstwo.

Przy ustalaniu stałych kwot chodzi o działanie przewidziane w ustawie<sup>21</sup>, mające na celu ograniczenie kosztów w służbie zdrowia. Zaopatrzenie w lekarstwa odbywa się w następujący sposób: pacjent uiszcza opłatę według recepty, podczas gdy kasa chorych płaci wydającej lek aptecę cenę w granicach ustalonych przez ustawę stałych kwot. Jeżeli stała kwota zostanie przekroczona, pacjent musi zapłacić sumę przewyższającą daną stałą kwotę. Ta regulacja ustawowa doprowadziła do tego, że producenci leków w przeważającej mierze ponownie sprowadzili swoje ceny zbytu na poziom stałych kwot.

Ustalenie stałych kwot odbywa się zgodnie z procedurą określoną w ustawie. W pierwszym etapie określone gremium (Federalna Komisja Lekarzy i Kas Chorych), przy uwzględnieniu substancji czynnych i rodzajów działania, grupy leków pochodzących od różnych producentów. Wybór ten podlega kontroli ze strony ministerstwa zdrowia. W drugim etapie związki kas ustalają w sposób wiążący stałe kwoty dla zdefiniowanych grup. W tym przypadku system stałych kwot działa jak kartel cenowy po stronie podmiotów zgłaszających popyt. Dlatego jest oczywiste, że przemysł farmaceutyczny widział w tym ingerencję w swoją swobodę kształtowania cen, ponieważ w trwały sposób zmniejszało to rynkowe szanse preparatów, które oferowane są w cenach przekraczających stałe kwoty maksymalne.

Odnosząc się do swojego przeczenia w sprawach Poucet/Pistre oraz INAIL Europejski Trybunał Sprawiedliwości zanegował przede wszystkim generalnie posiadanie cech przedsiębiorstwa przez ustawowe kasy chorych i ich związki. Kasy współdziałają w zarządzaniu systemem bezpieczeństwa socjalnego, stąd wykonują zdanie czysto społeczne, które opiera się na zasadzie solidarności i realizowane jest bez zamiaru osiągnięcia zysku. Szczególnie podkreślić należy, dowodziła dalej Trybunał w swoim orzeczeniu, ustawowe zobowiązanie kas do oferowania swoim członkom zasadniczo takich samym świadczeń obowiązkowych niezależnie od wysokości składek i dokonywanie pomiędzy sobą wyrównania kosztów i ryzyka.

Następnie Trybunał bada, czy ustalenie stałych kwot może służyć – odchodząc od zasadniczo społecznego celu kas – nie celowi społecznemu, lecz gospodarczemu, a zatem mielibyśmy tutaj do czynienia z działaniem podmiotu o charakterze przedsiębiorstwa. Trybunał odpowiada na to pytanie przecząco, uzasadniając, że ustalenie to opiera się na ustawowym obowiązku którego celem jest zapewnienie trwania systemu.

**g) Sprawa FENIN (ETS, orzeczenie z dnia 4.3.2003, T-319/99)**

Orzeczenie dotyczy hiszpańskiej służby zdrowia, która zarządzana jest w sumie przez 26 podmiotów – w tym trzy ministerstwa. Stosowały one praktykę płacenia rachunków za zakupione na potrzeby szpitali wyroby medyczne dopiero 300 dni po dostawie. Dostawcy widzieli w tym

<sup>21</sup> Kodeks Socjalny (SGB), tom V, par. 35.

nadużycie dominującej pozycji na rynku ze strony podmiotu zgłaszającego popyt. Argumentacja ta nie znalazła zrozumienia ani w oczach Komisji, ani w sądzie pierwszej instancji.

ETS wprowadził w swoich rozważaniach na temat problematyki przedsiębiorstwa nowy element uzasadniający. Wywiódł mianowicie, że pojęcie działalności gospodarczej nacechowane jest nie przez działalność w zakresie zakupów jako taką, ale poprzez oferowanie dóbr lub usług na określonym rynku. Działanie polegające na zakupie wyrobów nie może być oceniane w izolacji od ich późniejszego wykorzystania. Wykorzystanie nie mające charakteru gospodarczego określa zatem w sposób konieczny charakter działalności polegającej na dokonywaniu zakupów. Ponieważ dane podmioty prowadziły wobec osób ubezpieczonych działalność o charakterze czysto społecznym, konieczny do tego zakup nie przedstawiał sobą działalności gospodarczej.

Pozostaje odczekać, czy ETS potwierdzi tę ocenę. Rzuca się w oczy, że nie skorzystał on z tej argumentacji w swoim – wydanym znacznie później – orzeczeniu w sprawie AOK. Wystarczyłoby tam stwierdzić społeczny charakter kas jako takich, wówczas rozważania na temat gospodarczej jakości cen stałych – rozpatrując to z punktu widzenia sądu I. instancji – byłyby zbędne. Należy ubolewać, że ETS nie zajął się (spóźnionym) wywodem składających zażalenie, którzy zwracali uwagę, że ze świadczeń szpitali korzystają również samodzielnie płacący pacjenci, pozostający poza obrębem systemu obowiązkowych ubezpieczeń. W rzeczywistości mielibyśmy tutaj do czynienia, także w rozumieniu stosowanym przez ETS, z działalnością gospodarczą. W przypadku stwierdzenia niezgodności z prawem tak późnych płatności, szpitale musiałyby znaleźć sposób na rachunkowe wyodrębnienie wyrobów wykorzystywanych dla potrzeb leczenia tych pacjentów i płacenia za nie w stosownym terminie. Wątpliwe jest, aby było to możliwe w sposób uzasadniony ekonomicznie.

#### **IV. Uwagi końcowe i spojrzenie w przyszłość**

1. Kontrolowanie zakupów dokonywanych przez podmioty działające w zakresie ustawowego ubezpieczenia na wypadek choroby, ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków i ubezpieczenia na wypadek wymagania opieki zgodnie z niemieckim prawem o wolnej konkurencji (ustawa o zakazie ograniczania wolnej konkurencji) jest na mocy ustawy wykluczone.

2. Prawo europejskie (art. 81, 82 Traktatu Wspólnoty Europejskiej) charakteryzuje się tutaj wielką ilością przypadków kazuistycznych, co wpływa niekorzystnie na pewność w jego stosowaniu. Charakterystyczne dla ogólnej dezorientacji jest, że przeważająca część odnośnych orzeczeń została spowodowana prośbami o wydanie orzeczeń wstępnych ze strony sądów krajowych.

Kryteria dla przyporządkowania jako przedsiębiorstwo na obszarze społecznych systemów zabezpieczeń (cel socjalny, brak zamiaru osiągnięcia zysku, obowiązkowe członkostwo, zasada solidarności, nadzór państwowy) są różnie oceniane i każde z nich pojedynczo nie posiada wystarczającej mocy dla podjęcia właściwej decyzji. Częściowo – tak jak to było w sprawie Pavlov – ich obecność wykorzystywana jest również jako uzasadnienie, że w danym przypadku mamy do czynienia z działalnością gospodarczą. W wyniku tego z niejaką pewnością można jedynie powiedzieć, że cechy danego podmiotu pozwalające zaklasyfikować go jako przedsiębiorstwo w każdym bądź razie muszą być tam zanegowane, gdzie wszystkie wymienione elementy uzasadniające występują bez zastrzeżeń i skumulowane.

Wprawdzie ETS nie wyklucza ryczałtowo obowiązywania przepisów o konkurencji dla każdej działalności kasy chorych; związek z celem socjalnym może się jednak nie pojawić przynajmniej w przypadku klasycznych „fiskalnych transakcji pomocniczych”, czyli przy zakupie materiałów biurowych lub przy najmowaniu pomieszczeń. Obszar ten jednak z punktu widzenia prawa kartelowego nigdy nie posiadał znaczenia, gdyż kasy nie posiadały tutaj nigdy siły rynkowej.

Moim zdaniem ta restrykcyjna polityka jest błędna, a problemy, związane ze wzrostem ilości możliwych wariantów i form mieszanych w instytucjach krajowych, będą coraz bardziej narastać. Patrząc na to z punktu widzenia stosowania prawa, należałoby sobie, życzyć, aby charakter przedsiębiorstwa takich instytucji był potwierdzany, o ile nie chodzi o działania wykonywane wyłącznie przez władzę zwierzchnią, i należałoby w ramach art. 86 ustęp 2 dokonać precyzyjnej oceny, tak jak to zaproponował prokurator generalny Jacobs w swojej opinii w sprawie AOK (C-264/01). Wówczas w danym przypadku rozstrzygające byłoby, czy zachowanie reguł konkurencji zakłóca lub uniemożliwia wypełnianie zadań postawionych przed tymi instytucjami. W sprawie FENIN w zasadzie trudno sobie wyobrazić, aby punktualne płacenie dostawcom mogło pociągać za sobą tego rodzaju skutki.

3. Jeżeli przyjmie się wykładnia prawna ETS z orzeczenia w sprawie FENIN, będzie to mieć niemałe konsekwencje dla stosowania prawa krajowego w przypadkach spoza obszaru systemów zabezpieczenia socjalnego. Obowiązujące do tej pory powszechnie w prawie niemieckim założenie, że dla pojęcia przedsiębiorstwa wystarczająca jest działalność jako podmiotu zgłaszającego popyt, nie da się wówczas utrzymać. Konsekwencją tego byłby fakt, że państwo jako zamawiający świadczenia budowlane (drogi) i kupujący produkty (wyroby dla straży pożarnej) nie podlegałoby kontroli w zakresie prawa kartelowego.

Eryk Kosiński

## Konkurencja w sektorze\* transportowym w Polsce\*\*

### I. Szczególny charakter sektora transportowego

Szeroko rozumiany transport stanowił ważny element rozwoju gospodarczego i technicznego już w Średniowieczu, niemniej szczególnie istotnego znaczenia nabral w wieku XIX, w dobie kapitalizmu współczesnego<sup>1</sup>.

Początkowo w transporcie dominował transport drogowy, jak i wodny wodami śródlądowymi oraz morskimi. W pierwszej połowie XIX wieku, w czasach już dojrzałego kapitalizmu, wobec wzrastającego poziomu wymiany handlowej, zarówno krajowej, jak i międzynarodowej i międzykontynentalnej, państwa takie jak Stany Zjednoczone Ameryki, Wielka Brytania, Francja czy Niderlandy starały się poprawić warunki transportu lądowego, w tym zwiększyć jego możliwości. Przede wszystkim budowano nowe drogi, modernizowano drogi stare, budowano nowe mosty na rzekach. Z kolei w dziedzinie transportu wodnego wodami śródlądowymi budowano nowe kanały żeglugowe, łączące spławne rzeki, jak i udrażniano dotychczasowe. Pojawił się więc problem konieczności ponoszenia wielkich nakładów finansowych. W krajach anglosaskich, w tym w Stanach Zjednoczonych, zgodnie ze średniowieczną tradycją ciężar budowy i utrzymania dróg spoczywał na wspólnotach lokalnych (gminach), które tym samym odpracowywały wszelkie feudalne podatki drogowo<sup>2</sup>.

\* Pojęcie sektora gospodarki stanowi pojęcie powszechnie przyjęte tak w praktyce, jak i w nauce. Sektor (gałąź) ma węższy zakres od pojęcia branży w znaczeniu ekonomicznym. Przez branżę bowiem rozumie się grupę przedsiębiorstw i organizacje branżowe, stanowiące strukturę hierarchiczną, oraz wszelkie powiązania pomiędzy nimi występujące. Jednym z możliwych kryteriów wyodrębnienia branży jest rodzaj działalności wykonywanej przez przedsiębiorstwa (kryterium przedmiotowe). Patrz szerzej B. Jankowska, Branża jako mezosystem gospodarczy, RPEiS 2002, Nr 2, s. 233 i n., w szczególności s. 241-242.

\*\* Wspólnotowa regulacja sektora transportowego nie jest poruszana w niniejszej pracy, albowiem stanowi ona na tyle istotny i bardzo obszerny przedmiot badań, iż wymaga stosownego, odrębnego opracowania. Zwrócić w tym kontekście należy uwagę na szczególne okresy przejściowe dotyczące Polski w przedmiocie transportu kolejowego i drogowego, znajdujące się w Załączniku Nr 1, Tom II, Załącznik XII, Rozdział 8 „Polityka transportowa”, do Traktatu dotyczącego przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej do Unii Europejskiej, zawartego w Atenach w dniu 16 kwietnia 2003 r. (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864). Patrz obszernie omówienie wpływu Traktatu Akcesyjnego na obowiązywanie wspólnotowych regulacji transportowych w Polsce w: A. S. Grzelakowski (w): Z. Brodecki, M. Dąbkowska, M. Gąsiewski, A. S. Grzelakowski, Pr Lewandowski, B. Liszko, M. Łobodziński, M. Nestorowicz, K. Nowak, A. Resiak, M. Włodarska, T. Wojciechowski, pod redakcją Z. Brodeckiego, Infrastruktura, Warszawa 2004, s. 87 i n.

<sup>1</sup> Niem. *moderne Kapitalismus*, franc. *capitalisme moderne*, czy ang. *modern capitalism*. Patrz: J. Topolski, *Narodziny kapitalizmu w Europie XIV-XVII wieku*, Warszawa 1965, s. 15 i n.

<sup>2</sup> Patrz G. R. Taylor, *The Economic History of the United States, Volume IV, The Transportation Revolution*, New York-Toronto 1951, s. 16.

Transport rzeczny zrewolucjonizowany został w XIX w. poprzez wynalezienie silnika parowego i zastosowanie go do napędu statków rzecznych i morskich. Okręty parowe bardzo szybko zawładnęły transportem m. in. Stanów Zjednoczonych, królując na rzekach, jeziorach oraz wodach przybrzeżnych i w zatokach morskich. Wtedy to, w roku 1824, w Stanach Zjednoczonych zapadło pierwsze orzeczenie antymonopolowe amerykańskiego Sądu Najwyższego, wymierzone w praktyki monopolistyczne stosowane przez przedsiębiorców trudniących się żegluga śródlądową. W orzeczeniu w sprawie *Thomas Gibbons v. Aaron Ogden*, Prezes Sądu Najwyższego sędzia John Marshall potwierdził prawo amerykańskiego Kongresu do regulowania handlu międzystanowego (ang. *interstate commerce*). Sąd Najwyższy uznał, iż monopol w żegludze śródlądowej narusza prawa innych przedsiębiorców zajmujących się przewozem parowcami, w tym na podstawie licencji (ang. *under licenses*) otrzymywanych od rządu federalnego. Tak więc w grę wchodził handel międzystanowy, pomimo iż przedmiotowy w sprawie monopol dotyczył tylko wód wewnętrznych Stanu Nowy York<sup>3</sup>. W konsekwencji orzeczenie to doprowadziło w 1825 r. do uchylecia przez ustawodawstwo Stanu Nowy York monopolu ustanowionego przez Stan jeszcze w roku 1807 w dziedzinie transportu parowcami („statkami napędzanymi parą lub ogniem”, ang. *vessels driven by steam or fire*) na rzecz pionierów transportu statkami parowymi Roberta R. Livingstona oraz Roberta Fultona w zakresie, w jakim ograniczał on handel międzystanowy<sup>4</sup>.

Dopiero w latach pięćdziesiątych i sześćdziesiątych XIX w. statki parowe jako dominujący środek transportu krajowego (zasadniczo w Stanach Zjednoczonych) stopniowo zastępowane były przez nowy środek – kolej żelazną<sup>5</sup>. Tak jak wcześniej po 1815 r. statki parowe, tak w połowie wieku XIX to kolej sprawiła, iż nastąpił kolejny etap „rewolucji transportowej”<sup>6</sup>. Rozwój kolei żelaznej znacząco przyczynił się do szybkiej industrializacji Stanów Zjednoczonych, jak i państw europejskich. W Stanach Zjednoczonych długość linii kolejowych w 1860 r. w porównaniu z 1830 r. wzrosła prawie 420-krotnie<sup>7</sup>. Duża rola transportu kolejowego w okresie przyspieszonej industrializacji w połowie XIX w. sprawiła, iż spółki kolejowe zaczęły nadużywać swej pozycji rynkowej<sup>8</sup>. Czynniki ten stanowił jedną z głównych przyczyn uchwalenia przez amerykański Kongres ustawodawstwa regulującego sektor transportu kolejowego<sup>9</sup> a następnie właściwego ustawodawstwa antytrustowego<sup>10</sup>.

Od początku transport, tzn. jego poszczególne formy, wspierany był przez państwo poprzez bądź bezpośrednie subsydia czy dotacje, bądź w inny sposób. Jednocześnie podlegał on szczególnej regulacji prawnej. Regulacja z czasem narastała, stając się coraz bardziej szczegółową i coraz głębiej wnikającą w regulowaną sferę<sup>11</sup>. Należy podkreślić, iż z jednej strony w Stanach Zjednoczonych w porównaniu z innymi krajami, szczególnie europejskimi, pań-

<sup>3</sup> Patrz Stephen L. Wasby, *The Impact of the United States Supreme Court: some perspectives*, Homewood, Illinois, Georgetown, Ontario, 1970, s. 104 i n.

<sup>4</sup> Patrz G.R. Taylor, op. cit., s. 58-59.

<sup>5</sup> Por. *ibid.*, s. 58 i n. oraz 74 i n.

<sup>6</sup> Ang. *transportation revolution*. Patrz *ibid.*

<sup>7</sup> Z 73 mil w 1830 r. do 30.636 mil w 1860 r. i 202.000 mil w 1884 r., co stanowiło 43% linii kolejowych na całym świecie. G. R. Taylor, op. cit., s. 79, oraz B. Majewska-Jurczyk, *Ustawodawstwo antymonopolowe Stanów Zjednoczonych*, Wrocław 1983, s. 10.

<sup>8</sup> Por. P.J.G. Kapteyn, P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities. After the coming into force of the Single European Act*, Second Edition, Deventer-Boston, 1990, s. 706.

<sup>9</sup> Ustawa o Międzystanowym Handlu (Interstate Commerce Act) z 1887 r. 24 Stat. at Large 379. 49 United States Code (U.S.C.) Sections 1-27.

<sup>10</sup> Tzw. Ustawa Shermana (Sherman Act) z 1890 r. July 2, 1890, ch 647, §§ 1-7, 26 Stat. at Large 210. Title 15, U.S.C. Sections 1-7.

<sup>11</sup> Patrz G. R. Taylor, op. cit., s. 48 i n., 67-69, 92 i n., 128-131.

stwo stosunkowo najmniej bezpośrednio pomagało prywatnym przedsiębiorcom transportowym, z drugiej jednak strony najwcześniej i najszerzej rozpoczęło regulację sektorów transportowych (przede wszystkim żegluga śródlądowej i transportu kolejowego) – najpierw na poziomie poszczególnych stanów, później na poziomie federalnym. Interwencja ta wynikała jednak z faktu, że przedsiębiorcy transportowi starali się uzyskać pozycję monopolistyczną na rynku i wykorzystać ją dla zwiększenia swych zysków, nie dopuszczając innych podmiotów do działalności w sektorze oraz narzucając nadmiernie wygórowane ceny za swe usługi. Takie działania prowadziły do szerokiego niezadowolenia różnych grup społecznych, które poprzez presję polityczną wywierały istotny wpływ na władzę ustawodawczą. Najpierw legislatury stanowe, a następnie Kongres, przyjmowały więc ustawodawstwo chroniące ludność (konsumentów) przed nieuczciwymi praktykami stosowanymi przez przedsiębiorców transportowych.

Do katalogu środków transportu w latach międzywojennych, z dużym nasileniem po II Wojnie Światowej, doszło lotnictwo cywilne. Także i ono od samego początku podlegało regulacji państwowej.

Współcześnie zauważa się, iż co do zasady transport mógłby podlegać powszechnym zasadom rynku, tak jak większość pozostałych sektorów gospodarki, bez jakiegokolwiek wyróżnienia<sup>12</sup>. Tymczasem w praktyce, pomimo tego, sektor transportowy traktowany jest w szczególności, uprzywilejowany sposób. Wynika to przede wszystkim z zaliczania tego sektora do sfery użyteczności publicznej<sup>13</sup>. Ze szczególnym natężeniem takie traktowanie transportu zaobserwować można w przypadku transportu osobowego kolejowego i drogowego o zasięgu lokalnym (jak i regionalnym czy krajowym), gdzie dążenie do niskich opłat uzasadnia się koniecznością zapewnienia pracownikom czy uczniom i studentom taniego przewozu do miejsca pracy oraz nauki. Państwo poprzez transport osobowy zmierza częstokroć do stymulacji wzrostu zatrudnienia w rejonach dotkniętych dużym bezrobociem, ułatwiając pracownikom dojazd do oddalonych od ich miejsca zamieszkania zakładów pracy. Te same przesłanki uzasadniają szczególne traktowanie lokalnego i regionalnego transportu powietrznego oraz wodnego.

Powszechnie jest przyjmowane, że poza pracownikami określone przywileje należą się dzieciom i młodzieży (w tym przede wszystkim uczniom i studentom), osobom starszym i niepełnosprawnym, czy rodzinom wielodzietnym. Transport osobowy obdarzony więc został szczególną rolą społeczną do wypełnienia. W tym kontekście oczywiste stało się, iż nie może on podlegać zwyczajnym regułom rynkowym, gdyż te są zbyt bezwzględne i mogłyby stać na przeszkodzie realizacji funkcji socjalnych spoczywających na transporcie. Powszechnie akceptowane stało się dotowanie transportu osobowego. W Niemczech oddawała to specjalna doktryna, określana *Gemeinwirtschaftlichkeit*<sup>14</sup>.

Ponad powyższe, szczególne wymagania i ograniczenia prawne, ciężące na podmiotach sektora transportowego, wynikają z realizacji określonych celów polityki ochrony środowiska naturalnego. Ten element widoczny jest głównie w transporcie drogowym towarowym, gdzie wprowadza się określone ograniczenia poprzez zwiększone podatki obciążające transport drogowy (zawierane w cenie na paliwo czy opony, w tzw. opłatach winietowych, itp.), bądź wręcz poprzez określone ograniczenia ilościowe czy czasowe<sup>15</sup>.

W literaturze zwraca się uwagę na następujące szczególne cechy gospodarki w sektorze trans-

<sup>12</sup> Tak P.J.G. Kapteyn, P. VerLoren van Themaat, op. cit., s. 705.

<sup>13</sup> Por. R. Greaves, *EC Transport Law*, Harlow 2000, s. 1-2, czy P. S. R. F. Mathijsen, *A Guide to European Community Law*. Eighth Edition, London 2004, s. 331.

<sup>14</sup> Patrz R. Greaves, *ibid.*, s. 706.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

portowym, wyróżniające ją od innych sektorów<sup>16</sup>: po pierwsze, transport w niezwykle dużej mierze zależy od infrastruktury. Ta zależność stanowi poważne uzasadnienie państwowego interwencjonizmu w tym zakresie.

Po drugie, popyt na usługi transportowe nie jest stały w czasie, a ma charakter fluktuujący. Wahanie w poziomie zapotrzebowania na usługi transportowe mają charakter sezonowy i cykliczny. Często zapotrzebowanie zróżnicowane jest zależnie od danych dni, czy nawet godzin w ciągu dnia (szczególnie w przypadku transportu osobowego kolejowego, lotniczego czy wodnego). Tymczasem zdolności przewozowe utrzymywane są na stałym poziomie, co generuje koszty. Dotyczy to także częstego mniejszego zapotrzebowania na transport powrotny. W konsekwencji ceny za przewóz w jedną stronę muszą pokryć także koszt drogi powrotnej. Po trzecie, zwraca się uwagę na stosunkowo małą elastyczność podaży jak i popytu w tym sektorze z krótkoterminowej perspektywy.

Po czwarte, sektor transportu charakteryzuje szczególnie uzależnienie od uwarunkowań geograficznych.

Po piąte, sektor ten co do zasady wymaga wyjątkowo dużych inwestycji<sup>17</sup>. Wyjątek stanowi transport drogowy, w którym przeważającą część kosztów stanowią wydatki związane z zatrudnieniem. Stąd sektor transportu określa się jako sektor o „wysokiej intensywności zatrudnienia” (ang. *highly labour-intensive*)<sup>18</sup>. Ze względu na konieczność zagwarantowania bezpieczeństwa, jak i ze względów socjalnych, państwo ogranicza czas pracy kierowców, reguluje czasokres obowiązkowego wypoczynku, jak i inne wymogi bezpieczeństwa – maksymalny dopuszczalny załadunek, dopuszczalne rozmiary załadunku czy pojazdu, system hamulcowy pojazdów drogowych, itd.

Po szóste, co z kolei dotyczy transportu towarowego, niezależnie od środków transportu, sektor ten jest szczególnie wrażliwy na wahania ogólnej koniunktury gospodarczej. Spadek obrotów handlowych automatycznie przekłada się na spadek zainteresowania usługami transportowymi. Wynika to z generalnego charakteru sektora transportowego jako sektora usługowego (ang. *service industry*), zależnego od popytu ze strony przemysłu oraz konsumentów<sup>19</sup>. Po siódme, niekiedy określonym formom transportu (jak np. transportowi kolejowemu) nadaje się charakter strategiczny z punktu widzenia obronności narodowej.

Po ósme, podnosi się, iż w sektorze znajduje zatrudnienie duża ilość osób (wrażliwość socjalna). Po dziewiąte, wiele innych sektorów gospodarki zależy od transportu, w tym koszty transportu wywierają duży wpływ na ceny innych towarów i usług.

Także nie do pominięcia są określone uwarunkowania historyczne, wiążące się z uprzywilejowaniem danych typów transportu w niektórych państwach (głównie kolei i żeglugi rzecznej)<sup>20</sup>. Wszystkie wymienione cechy szczególne, wyróżniające transport od pozostałych sektorów gospodarki, stanowią samoistne podstawy interwencji państwa w ten sektor. W przeważającej większości realizowana w ten sposób jest polityka społeczna państwa (przede wszystkim w sferze transportu osobowego). Przyjmuje się, iż poddanie sektora transportowego prawom wolnego rynku oraz ogólnym regułom ochrony konkurencji doprowadziłoby do zaniechania prowadzenia działalności transportowej w określonych rejonach czy na określonych trasach (szczególnie tych nierentownych). Nadto wymaga się od przewoźników zapewnienia określonego minimalnego standardu usług. Poddanie usług przewozowych czystej grze rynkowej mogłoby doprowadzić do ogra-

<sup>16</sup> Patrz ibidem, s. 707-711, oraz D. Wood w: J. Faull, A. Nikpay, ed., *The EC Law of Competition*, Oxford 1999, s. 878-879.

<sup>17</sup> Patrz. m.in. P. S. R. F. Mathijsen, op. cit., s. 331 oraz s. 335.

<sup>18</sup> P.J.G. Kapteyn, P. VerLoren van Themaat, op. cit., s. 710-711.

<sup>19</sup> Por. D. Wood w: A. Nikpay, J. Faull, ed., op. cit., s. 879.

<sup>20</sup> Patrz R. Greaves, op. cit., s. 1-2.

niczania przez przedsiębiorców sektora kosztów funkcjonowania poprzez pogorszenie ich jakości i regularności, co byłoby sprzeczne z interesem publicznym<sup>21</sup>.

Z drugiej strony, państwo w ramach swej polityki społecznej uprzywilejowuje w transporcie osobowym określone grupy konsumentów, jak dzieci, uczącą się młodzież, osoby starsze i niepełnosprawne. W normalnych warunkach rynkowych prywatni przedsiębiorcy nie byłoby w żadnej mierze zainteresowani takimi przywilejami. Z tego więc punktu widzenia obowiązywanie w sektorze transportowym pełnej wolnej konkurencji miałoby wpływ destrukcyjny, niweczący możliwość realizacji określonych celów społeczno-politycznych.

Z kolei w sektorach transportowych o charakterze infrastrukturalnym i sieciowym widoczna jest interwencja państwa mająca na celu stworzenie warunków umożliwiających powstanie w nich konkurencji oraz, przy jej braku, stworzenie mechanizmów zastępujących mechanizmy rynku (wywołanie efektu konkurencji). Interwencja ta określana jest interwencją prokonkurencyjną (interwencją „dla konkurencji”), dla przeciwstawienia jej klasycznej interwencji społeczno-ekonomicznej<sup>22</sup>.

Z kolei nie budzi większych wątpliwości konieczność państwowej interwencji mającej na celu zapewnienie ogólnych reguł bezpieczeństwa, jednolitości standardów technicznych czy zapewnienia dostępu do infrastruktury.

W prawodawstwach wielu państw, podobnie jak w Stanach Zjednoczonych, sektor transportu znajduje swą odrębną, uprzywilejowaną pozycję. Dotyczy to także Unii Europejskiej, jako struktury ponadnarodowej. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na silny trend liberalizacyjny i deregulacyjny w sektorze transportowym, dający się zaobserwować zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w Unii Europejskiej<sup>23</sup>.

Powołanie unijnej Wspólnej Polityki Transportowej (*Common Transport Policy*, CTP) zagwarantowane jest przez art. 3 ust. 1 pkt f Traktatu Rzymskiego o Utworzeniu Wspólnoty Europejskiej<sup>24</sup>, zaś jej szczegółowa regulacja znajduje się w art. 70-80 (dawne art. 74-84) Traktatu<sup>25</sup>. Także w obszarze ochrony konkurencji sektor ten charakteryzują istotne odrębności, wynikające zarówno z określonych uwarunkowań ekonomicznych i politycznych<sup>26</sup>, jak i z występowania w obrębie tego sektora tzw. usług w ogólnym interesie gospodarczym (ang. *services of general economic interest* wł. *servizi di interesse economico generale*), określanych przez Komisję Europejską usługami powszechnymi (ang. *universal services*) bądź usługami publicznymi (służbą publiczną, ang. *public services*)<sup>27</sup>. W konsekwencji na przedsiębiorców sektora nakładane są szczególne obowiązki publicznoprawne, określane obowiązkami usług publicznych (służby publicznej, ang. *public service obligations*, PSOs)<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> Patrz m. in. Informacje Komisji pt. Usługi w interesie ogólnym w Europie. COM (2000) 580 final, w: T. Skoczny, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej*. Źródła. Tom 2: Reguły sektorowe, Warszawa 2002, s. 129-130.

<sup>22</sup> Patrz szerzej: T. Skoczny, *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, (w:) T. Skoczny, red., *Ochrona konkurencji i niezależna regulacja sektorowa*, Problemy Zarządzania 2004, Nr 3, s. 7 i n.

<sup>23</sup> Patrz M. Ponti, M. A. Capiella, *Road Transport*, w: G. Galli, J. Pelkmans, edited by, *Regulatory Reform and Competitiveness in Europe, II. Vertical Issues*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA 2000, s. 228 i n., oraz ibidem: F. McGowan, *Air Transport Regulation in the EU*, s. 443 i n. Patrz szeroko na temat liberalizacji gospodarki wspólnotowej w: E. Szyrca, A. Cygan, *Understanding EU Law*. First Edition, London 2005, s. 103 i n., oraz s. 152-153.

<sup>24</sup> Traktat o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r. Tj. OJ C 325, 24.12.2002, s. 33.

<sup>25</sup> Patrz R. Greaves, op. cit., s. 16-17, oraz M. Nestorowicz w: Z. Brodecki, M. Dąbkowska, M. Gąsiewski, A.S. Grzelakowski, P. Lewandowski, B. Liszko, M. Łobodziński, M. Nestorowicz, K. Nowak, A. Resiak, M. Włodarska, T. Wojciechowski, op. cit., s. 190-191.

<sup>26</sup> Patrz T. Skoczny, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej*. Źródła. Tom 2: Reguły sektorowe, op. cit., s. 24-25.

<sup>27</sup> Por. m.in. P. S. R. F. Mathijssen, op. cit., s. 331.

<sup>28</sup> Patrz szerzej na temat usług w ogólnym interesie gospodarczym: E. Kosiński, *Usługi w ogólnym interesie gospodarczym a reguły ochrony konkurencji w Unii Europejskiej*, RPEiS 2005, Nr 4 (w druku); T. Skoczny, *Stan i tendencje rozwoju prawa administracji regulacyjnej w Polsce*, (w:) *Ius Publicum Europaeum*. Dwunaste Polsko-Niemieckie Kołoławium Prawników-Administratystów. Warszawa 20-22 września 2001 r. Referaty i głosy w dyskusji, Warszawa 2003, s. 123-126; oraz E. Szyrca, A. Cygan, op. cit., s. 175-179.

Powyższe obowiązki stanowią następstwo zaliczania niektórych usług transportowych do kategorii dóbr zbiorowych i opiekuńczych<sup>29</sup>, czyli dóbr mających szczególne, kluczowe znaczenie dla utrzymania godności ludzkiej („... constitutes a necessity, indispensable for human dignity”) <sup>30</sup>, gwarantujących zapewnienie minimalnych standardów życia dla ludności.

## II. Zakres obowiązywania ogólnych reguł ochrony konkurencji w Polsce

Polskie ogólne reguły ochrony konkurencji zawarte są w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>31</sup>.

Polska Konstytucja, podobnie jak konstytucje innych państw, z wyjątkiem Konstytucji Meksyku z 1917 r. (*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*)<sup>32</sup>, nie zawiera jakichkolwiek postanowień dotyczących ochrony konkurencji na rynku.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. w zasadniczej mierze wzorowana jest na przepisach obowiązujących w Unii Europejskiej (art. 81 i 82 Traktatu Rzymskiego), co stanowi przejaw zbliżenia (konwergencji) tych przepisów do unijnych. Proces taki, na co słusznie zwraca się uwagę w literaturze, objął nie tylko Polskę, ale też i inne kraje, w tym dawnych członków Unii<sup>33</sup>. Obowiązek dokonania zbliżenia przepisów przed przystąpieniem do Wspólnoty Europejskiej wynikał z układów stowarzyszeniowych zawartych przez poszczególne państwa ze Wspólnotą<sup>34</sup>.

W konsekwencji art. 5 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Co prawda przepis ten mówi jedynie o porozumieniach, niemniej pojęcie to rozumiane jest bardzo szeroko, obejmując, zgodnie z definicją ustawową zawartą w art. 4, umowy zawierane pomiędzy przedsiębiorcami, związkami przedsiębiorców oraz pomiędzy związkami a przedsiębiorcami, jak i uzgodnienia pomiędzy dwoma lub więcej przedsiębiorcami czy związkami przedsiębiorców, oraz uchwały i inne akty związków przedsiębiorców i ich organów statutowych. Z kolei art. 8 ust. 1 ustawy z 2000 r. zawiera zakaz nadużywania pozycji dominującej.

Podmiotowo ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. obejmuje przedsiębiorców oraz ich związki. Przedsiębiorcą jest przedsiębiorca w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej<sup>35</sup>, a także po pierwsze osoba fizyczna, osoba prawna, czy jednostka organizacyjna nie mająca

<sup>29</sup> Patrz na temat koncepcji dóbr publicznych w: D. R. Kamerschen, R. B. McKenzie, C. Nardinelli, *Ekonomia*, Gdańsk 1991, s. 27-28. Patrz nadto m. in. A. Jaroszyński, R. Krzyżewski, *Konkurencja a regulacja w sektorze usług pocztowych*, Warszawa 1995, s. 12-13.

<sup>30</sup> O. Deleuze, Introduction. Referat stanowi wprowadzenie do konferencji: *Right of access to energy, environmental protection and opening of electricity and gas markets*, Energy Conference Brussels 27 and 28 of September, 2001, s. 14. Dostępne na stronie internetowej: <http://mineco.fgov.be/>.

<sup>31</sup> Tj. Dz. U. z 2003 r., Nr 86, poz. 804 ze zm.

<sup>32</sup> Biorąc pod uwagę państwa i konstytucje znane autorowi.

<sup>33</sup> M. Drahoš, *Convergence of Competition Laws and Policies in the European Community. Germany, Austria and Netherlands*, The Hague – London – Boston 2001, szczególnie s. 385 i n. Patrz co do innych państw w: M. Ojala, *The Competition Law of Central and Eastern Europe*, London 1999.

<sup>34</sup> Patrz przede wszystkim art. 68 Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską, z jednej strony, a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi, z drugiej strony, z dnia 16 grudnia 1991 r. (Dz. U. z 1994 r., Nr 11, poz. 38 ze zm.). Por. A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, PPH 2003, Nr 1, s. 11, oraz T. Skoczny, *Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1 maja 2004 r.*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2004, Nr 2, s. 153-154.

<sup>35</sup> Aktualnie obowiązuje u ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.), jednakże art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nadal jeszcze odsyła do nieobowiązującej ustawy Prawo działalności gospodarczej z 1999 r. (Dz. U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.). Należy oczekiwać

osobowości prawnej, organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej, po drugie osoba fizyczna wykonująca zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, oraz po trzecie osoba fizyczna posiadająca akcje lub udziały zapewniające jej co najmniej 25% głosów w organach co najmniej jednego przedsiębiorcy lub posiadająca kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji (regulowanej ustawą).

W Polsce co do zasady ogólne przepisy ochrony konkurencji zawarte w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów mają zastosowanie we wszystkich dziedzinach (sektorach) działalności gospodarczej. Sama ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera bardzo nieliczne wyłączenia bezpośrednie. Dotyczą one po pierwsze praw przysługujących na podstawie przepisów regulujących ochronę własności intelektualnej i przemysłowej (art. 2 ust. 1)<sup>36</sup>, oraz po drugie układów zbiorowych pracy (rynek pracy, art. 3 pkt 2). Inne wyłączenie zawarte w ustawie o ochronie konkurencji wprowadzone jest przez swego rodzaju generalną normę kolizyjną zawartą w art. 3 pkt 1 ustawy<sup>37</sup>. Podkreślić należy, iż tego typu normy występują także w ustawodawstwach ochrony konkurencji innych państw<sup>38</sup>.

Zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawy tej nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie innych, odrębnych ustaw. Brak jest jakiegokolwiek precyzyjnego wskazania, jakie wyłączenia i o jakim zakresie przedmiotowym czy podmiotowym odrębne przepisy przewidują czy mogą przewidywać. Norma ta znajduje tym większe zastosowanie, im bardziej szeroka i dogłębna jest regulacja danego sektora, a tym samym im większe kompetencje posiada dany organ regulacyjny.

Także odrębne ustawy w Polsce niezwykle rzadko zawierają wyłączenie *expressis verbis* danej działalności gospodarczej spod reguł ogólnych ochrony konkurencji. Jedną z takich nielicznych ustaw jest ustawa z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych<sup>39</sup>, która w art. 4 ust. 1 przyznaje państwu monopol w zakresie gier liczbowych, loterii pieniężnych, wideoloterii i gry telebingo, a w ust. 3 tego artykułu stanowi, iż do działalności tej nie stosuje się ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W rezultacie wymieniony sektor hazardowy stanowi szczególny sektor niekonkurencyjny, objęty państwowym monopolem prawnym<sup>40</sup>.

Druga grupa wyłączeń bezpośrednich dotyczy organizacji rynków rolnych w Polsce - art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o Agencji Rynku Rolnego i organizacji niektórych rynków rolnych<sup>41</sup>, art. 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o organizacji rynku mleka i przetwo-

---

nowelizacji art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uwzględniającej wejście w życie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z 2004 r.

<sup>36</sup> Patrz szerzej m. in. w: I. Wiszniewska, *Granice kartelowo-prawne ważności licencji patentowych*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991, s. 10 i n.

<sup>37</sup> Por. E. Modzelewska Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 22.

<sup>38</sup> Norma taka zawarta jest przykładowo w art. 2 ust. 2 duńskiej Ustawy o Konkurencji z dnia 10 czerwca 1997 r. (Bekendtgørelse af konkurrenceloven). Tekst ustawy z dnia 10 czerwca 1997 r. (Herved bekendtgøres lov nr. 384 af 10. Juni 1997 om konkurrence) w tłumaczeniu na język angielski na stronie internetowej duńskiego Organu Ochrony Konkurencji (Konkurrencestyrelsen): <http://www.ks.dk/english/competition/legislation/>, oraz w: ECLR z 1998 r., Nr 5, Supplement.

<sup>39</sup> Tj. Dz. U. z 2004 r. Nr 4, poz 27 ze zm.

<sup>40</sup> Tego typu monopol fiskalny na gruncie Traktatu Rzymskiego określany jest jako „monopol przynoszący dochody budżetowe” (ang. *revenue producing monopoly*) – art. 86 ust. 2 (d. art. 90 ust. 2) Traktatu.

<sup>41</sup> Dz. U. Nr 42, poz. 386 ze zm.

rów mlecznych<sup>42</sup> oraz art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2003 r. o organizacji rynków owoców i warzyw, rynku chmielu, rynku tytoniu oraz rynku suszu paszowego<sup>43</sup>. Wszystkie te wyłączenia mają charakter jedynie częściowy, nie obejmują one bowiem całych przedmiotowych rynków, a tylko ich określone fragmenty, zdefiniowane w wymienionych przepisach szczególnych.

### III. Prawna regulacja sektora transportowego w Polsce

#### III. 1. Sektor transportu kolejowego

Sektor transportu, w rozumieniu szerokim, obejmuje transport lądowy, morski oraz powietrzny. Z kolei w sektorze transportu lądowego wyróżnić należy transport kolejowy, drogowy (samochodowy) oraz wodami śródlądowymi (żegluga rzeczna). Każdy z tych poszczególnych sektorów (właściwie podsektorów) transportowych posiada swe odrębne uregulowanie prawne. Sektor transportu kolejowego w Polsce należy do tzw. sektorów regulowanych (ang. *regulated industry*)<sup>44</sup>, charakteryzujących się silnym interwencjonizmem państwowym, z państwowym organem regulacyjnym (ang. *regulator*) nadzorującym działalność przedsiębiorców w sektorze. Sektory regulowane z natury cechują określone odrębności w sferze ochrony konkurencji. Stopień tych odrębności zależy od stopnia intensywności regulacji<sup>45</sup>.

Z innego punktu widzenia sektor transportu kolejowego należy do tzw. sektorów infrastrukturalnych i sieciowych<sup>46</sup>, albowiem w sektorze tym nie ma praktycznie możliwości na prowadzenie działalności bez posiadania dostępu do określonych urządzeń technicznych powiązanych sieciowo (konieczność posiadania bądź dostępu do „wielkich instalacji”<sup>47</sup>). Stąd tak istotnym zadaniem regulacji sektorowej jest zapewnienie wolnego dostępu do sieci<sup>48</sup>.

W Polsce brak jest, poza sektorem hazardowym oraz określonymi sektorami rolnymi, bezpośrednich wyłączeń zastosowania ogólnych reguł ochrony konkurencji. W konsekwencji, w przypadku ewentualnego konfliktu pomiędzy ogólnymi regułami ochrony konkurencji a regulacjami sektorowymi, zastosowanie może znaleźć ogólna norma kolizyjna zawarta w art. 3 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z kolei sektor transportu lotniczego posiada swą „własną” normę kolizyjną z art. 203 ust. 1 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze<sup>49</sup>. Polska ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym<sup>50</sup> stanowi wprowadzenie do polskiego systemu prawnego następujących dyrektyw unijnych: Dyrektywy 91/440/EWG z dnia 29 lipca 1991 r. w sprawie rozwoju kolei wspólnotowych<sup>51</sup>, Dyrektywy 92/106/EWG z dnia 7 grudnia 1992 r. w sprawie ustanowienia wspólnych zasad dla niektórych typów transportu kombino-

<sup>42</sup> Dz. U. Nr 93, poz. 897 ze zm. Ustawa ta zastąpiła wcześniejszą ustawę z dnia 6 września 2001 r. o regulacji rynku mleka i przetworów mlecznych (Dz. U. Nr 129, poz. 1446 ze zm.), która w art. 3 ust. 2 zawierała analogiczny przepis.

<sup>43</sup> Dz. U. Nr 223, poz. 2221 ze zm. Ustawa ta z dniem 1 maja 2004 r. uchyliła ustawę z dnia 29 listopada 2000 r. o organizacji rynków owoców i warzyw, rynku chmielu, rynku tytoniu oraz rynku suszu paszowego (Dz. U. z 2001 r. Nr 3, poz. 19 ze zm.).

<sup>44</sup> Patrz szerzej na temat pojęcia regulacji w: T. Skoczny, *Stan i tendencje rozwojowe prawa administracji regulacyjnej w Polsce*, op. cit., s. 148-157; M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 36 i n.; oraz Ph. Areeda, L. Kaplow, *Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases*. Fifth Edition, Cambridge 1997, s. 112-113.

<sup>45</sup> Por. Ph. Areeda, L. Kaplow, op. cit., s. 112 oraz s. 117 i n.

<sup>46</sup> Por. M. Szydło, op. cit., s. 52 i n.

<sup>47</sup> Takiego określenia używa wielki polski ekonomista F. Zweig w: *Zmierzch czy odrodzenie liberalizmu*, Lwów-Warszawa 1938, s. 227.

<sup>48</sup> Por. T. Skoczny, *Stan i tendencje rozwojowe prawa administracji regulacyjnej w Polsce*, op. cit., s. 118.

<sup>49</sup> Dz. U. Nr 130, poz. 1112 ze zm.

<sup>50</sup> Dz. U. Nr 86, poz. 789 ze zm. Ustawa ta zastąpiła wcześniejszą ustawę o transporcie kolejowym z dnia 27 czerwca 1997 r. (Dz. U. Nr 96, poz. 591 ze zm.).

<sup>51</sup> Dz. U. WE L 237 z 24.08.1991, s. 25.

wanego towarów pomiędzy państwami członkowskimi<sup>52</sup>, Dyrektywy 95/18/WE z dnia 19 czerwca 1995 r. w sprawie przyznawania licencji przedsiębiorstwom kolejowym<sup>53</sup>, Dyrektywy 96/48/WE z dnia 23 lipca 1996 r. w sprawie interoperacyjności transeuropejskiego systemu kolei dużych prędkości<sup>54</sup>, Dyrektywy 2001/12/WE z dnia 26 lutego 2001 r. zmieniającej Dyrektywę 91/440/EWG w sprawie rozwoju kolei wspólnotowych,<sup>55</sup> Dyrektywy 2001/13/WE z dnia 26 lutego 2001 r. zmieniającej Dyrektywę 95/18/WE w sprawie przyznawania licencji przedsiębiorstwom kolejowym<sup>56</sup>, Dyrektywy 2001/14/WE z dnia 26 lutego 2001 r. w sprawie alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej pobierania opłat za użytkowanie infrastruktury kolejowej oraz przyznawania świadectw bezpieczeństwa<sup>57</sup> oraz Dyrektywy 2001/16/WE z dnia 19 marca 2001 r. w sprawie interoperacyjności transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnych<sup>58</sup>.

Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym reguluje zasady korzystania z infrastruktury kolejowej, zarządzania infrastrukturą kolejową i jej utrzymania, prowadzenia ruchu kolejowego i wykonywania przewozów kolejowych, warunki techniczne eksploatacji pojazdów kolejowych, warunki zapewnienia interoperacyjności transeuropejskiego systemu kolei dużych prędkości i transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz zasady i instrumenty regulacji transportu kolejowego (art. 1 ustawy). Przepisy ustawy, z określonymi wyłączeniami, stosuje się do metra oraz do bocznic kolejowych (art. 2). Z kolei nie stosuje się ich do linii tramwajowych, kolejowego transportu wewnątrzzakładowego oraz transportu linowego i linowo-terenowego (art. 3).

Infrastruktura kolejowa, definiowana jako linie kolejowe oraz inne budowle, budynki i urządzenia wraz z zajętyimi pod nie gruntami, usytuowane na obszarze kolejowym, przeznaczone do zarządzania, obsługi przewozu osób i rzeczy, a także do utrzymania niezbędnego w tym celu majątku, zarządzana jest przez tzw. zarządcę infrastruktury.

Co do zasady ustawa dopuszcza funkcjonowanie więcej aniżeli jednego zarządcy infrastruktury (art. 4 pkt 7 ustawy). Połączenie linii kolejowych zarządzanych przez różnych zarządców następuje na podstawie umowy zawartej pomiędzy nimi, i nie może mieć negatywnego wpływu na bezpieczeństwo w ruchu kolejowym oraz bezpieczeństwo pasażerów i rzeczy (art. 7 ust. 1).

Samo zarządzanie infrastrukturą kolejową polega na jej budowie i utrzymaniu, w tym w stanie zapewniającym bezpieczne prowadzenie ruchu kolejowego, prowadzeniu ruchu pociągów na liniach kolejowych, udostępnianiu tras pociągów dla przejazdu pociągów na liniach kolejowych i świadczeniu usług z tym związanych oraz na zarządzaniu nieruchomościami wchodzącymi w skład infrastruktury kolejowej.

Zarządca co do zasady sam nie może wykonywać przewozów kolejowych pasażerskich czy towarowych (art. 5 ust. 3), co stanowi realizację koncepcji separacji funkcji gospodarczych w sektorze (ang. *separation, unbundling, splitting*)<sup>59</sup>. Niemniej, jako odstępstwo od reguły,

<sup>52</sup> Dz. U. WE L 368 z 17.12.1992, s. 38.

<sup>53</sup> Dz. U. WE L 143 z 27.06.1995, s. 70.

<sup>54</sup> Dz. U. WE L 235 z 17.09.1996, s. 6.

<sup>55</sup> Dz. U. WE L 075 z 15.03.2001, s. 1.

<sup>56</sup> Dz. U. WE L 075 z 15.03.2001, s. 26.

<sup>57</sup> Dz. U. WE L 075 z 15.03.2001, s. 29.

<sup>58</sup> Dz. U. WE L 110 z 20.04.2001, s. 1.

<sup>59</sup> Szerzej na temat korzyści płynących z separacji funkcji regulacyjnych i gospodarczych oraz różnych funkcji gospodarczych w sektorach w: *The OECD Recommends Structural Separation for Increased Competition in Public Utilities*, na stronie OECD: [http://www.oecd.org/document/40/0,2340,en\\_2649\\_34685\\_1918056\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/40/0,2340,en_2649_34685_1918056_1_1_1_1,00.html). Patrz nadto: T. Skoczny, *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, (w:) T. Skoczny, red., *Ochrona konkurencji i niezależna regulacja sektorowa*, op. cit., s. 8; tamże: S. Piątek, *Regulacja na rzecz konkurencji w sektorze telekomunikacyjnym*, s. 157-158; M. Nowaczek, *Polityka energetyczna Unii Europejskiej w sektorze elektroenergetycznym – Liberalizacja i regulacja rynków państw członkowskich i polska ustawa – Prawo energetyczne*, w: S. Biernat, red., *Studia z prawa*

ustawa przewiduje możliwość uzyskania przez zarządcę zezwolenia na wykonywanie tych przewozów od organu regulacyjnego sektora - Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (UTK)<sup>60</sup>. Prezes UTK wydaje decyzję po zasięgnięciu opinii Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (art. 5 ust. 4).

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 8 września 2000 r. o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego „Polskie Koleje Państwowe”<sup>61</sup>, zarządcą infrastruktury kolejowej jest spółka akcyjna pod firmą „PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna” (PLK S.A.). Jej jedynym akcjonariuszem jest spółka Polskie Koleje Państwowe S.A. oraz Skarb Państwa<sup>62</sup>.

Podstawowym zadaniem zarządcy infrastruktury kolejowej jest jej udostępnianie przewoźnikom kolejowym. Zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym, na zarządcy ciąży obowiązek udzielenia tego dostępu przewoźnikowi zgodnie z jego wnioskiem, w oparciu o regulamin przydzielania tras pociągów i korzystania z przydzielonych tras. Stanowi to realizację unijnych gwarancji prawa dostępu podmiotom trzecim do sieci (ang. *Third Party Access* - TPA, wł. *vetoriamiento*), które stanowi jeden z podstawowych elementów zapewnienia konkurencji w sektorach sieciowych, tradycyjnie zmonopolizowanych przez jednego przedsiębiorcę, państwowego bądź w przeszłości państwowego. Prawo dostępu podmiotów trzecich może przybrać dwie formy – regulowaną (ang. *Regulated Third Party Access*, NTPA), bądź kontraktualną (*Negotiated Third Party Access* TPA, NTPA)<sup>63</sup>.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym, udostępnianie infrastruktury kolejowej polega na przydzielaniu konkretnym przewoźnikom tras pociągów na liniach kolejowych oraz umożliwieniu im korzystania z niezbędnej pozostałej infrastruktury. Udostępnienie następuje na podstawie umowy zawieranej pomiędzy zarządcą a przewoźnikiem, tak więc ma charakter kontraktualny (NTPA; art. 29 ust. 3 oraz 31 ustawy o transporcie kolejowym). Podstawową zasadą rządzącą udostępnianiem infrastruktury kolejowej jest zasada równego traktowania wszystkich przewoźników (art. 29 ust. 2 *in fine* ustawy).

Ustawa o transporcie kolejowym z 2003 r. nie przyznaje przewoźnikom kolejowym *expressis verbis* prywatnoprawnego roszczenia o zawarcie powyższej umowy z zarządcą o udostępnienie infrastruktury kolejowej. Takie roszczenie przyznawała wcześniejsza ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. o transporcie kolejowym<sup>64</sup> w art. 11 ust. 2<sup>65</sup>.

Działalność gospodarczą w sektorze, polegającą na wykonywaniu przewozów kolejowych osób lub rzeczy, bądź na udostępnianiu pojazdów trakcyjnych, może podjąć i wykonywać każdy przedsiębiorca po uzyskaniu licencji od Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (art. 43 ustawy o transporcie i kolejowym). Licencje uzyskane w jakimkolwiek państwie członkowskim Unii Europejskiej bądź Europejskiego Obszaru Gospodarczego są w pełnym zakresie uznawane w Polsce (art. 43 ust. 3). Sama licencja nie przyznaje dostępu do infrastruktury.

Unii Europejskiej, Kraków 2000, s. 567 i n.; oraz M.H. Ryan, *Structural Separation: A Prerequisite for Effective Telecoms Competition*, ECLR 2003, Nr 6, s. 241 i n.

<sup>60</sup> Sposób powoływania i odwoływania, zadania oraz kompetencje Prezesa Urzędu Regulacji Transportu Kolejowego reguluje art. 10-16 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym.

<sup>61</sup> Dz. U. Nr 84, poz. 948 ze zm.

<sup>62</sup> Patrz na temat finansowania PKP PLK S.A. oraz celów polityki państwa w tym sektorze w: *Infrastruktura – klucz do rozwoju*, Aneks Nr 3 do Strategii Gospodarczej Rządu SLD-UP-PSL zt. Przedsiębiorczość-Rozwój-Praca, Rada Ministrów, Warszawa, Styczeń 2002, s. 27 i n.

<sup>63</sup> Por. w sektorze energetycznym: J.Ch. Pielow, H.M. Koopmann w: Martha M. Roggenkamp, A. Rønne, C. Redgwell, I.Àigo Del Guayo, edited by, *Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions*, Oxford 2001, s. 549-550.

<sup>64</sup> Dz. U. Nr 96, poz. 591 ze zm.

<sup>65</sup> Patrz P. Świątecki, *Nowe prawo kolejowe. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2000, s. 109.

Przydzielanie tras pociągów oraz korzystanie przez przewoźników z tychże tras ma miejsce w oparciu o publicznie ogłaszany regulamin (art. 32). Regulamin określa m.in. sposób ustalania opłat za korzystanie z infrastruktury kolejowej. Wysokość opłaty, na którą składa opłata podstawowa oraz opłata dodatkowa (art. 33 ust. 3), ustalana jest przez zarządcę, i podlega zatwierdzeniu przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. Wysokość i rodzaje stawek opłaty podstawowej i jednostkowej, odrębnie w transporcie osobowym i towarowym, podawane są przez zarządcę do publicznej wiadomości. Stawki jednostkowe winny być ogłaszane co najmniej na 6 miesięcy przed ich wprowadzeniem (art. 33 ust. 9). Przestrzeganie przepisów ustawy przez przewoźników kolejowych nadzorowane jest przez Prezesa UTK<sup>66</sup>.

Opłata podstawowa, zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym, zobowiązuje zarządcę do zapewnienia przejazdu pociągu danego przewoźnika po przyznanej trasie i możliwości korzystania ze stacji kolejowych położonych na przyznanej trasie pociągu, zapewnienie sterowania ruchem, łączności, odprawy i kontroli biegu pociągu, informacji o ruchu pociągów oraz do przekazywania informacji wymaganych do wdrożenia lub prowadzenia przewozów, co do których przyznana została zdolność przepustowa.

Z kolei opłaty dodatkowe mogą być pobierane wyłącznie za inne usługi świadczone przez zarządcę, o ile świadczenia tych usług domaga się sam przewoźnik we wniosku o udostępnienie infrastruktury (przydzielenie trasy pociągu), gdy usługi te są wymienione w regulaminie oraz wtedy, kiedy wymienione są w umowie o udostępnienie infrastruktury (art. 33 ust. 11). Podwyższenie opłat za udostępnienie infrastruktury może nastąpić jedynie w razie udokumentowania przez zarządcę poniesionej straty, bądź też konieczności jej poniesienia w przyszłości, w związku z powiększeniem niewystarczającej zdolności przepustowej określonej linii kolejowej, niekorzystnym oddziaływaniem ruchu pociągów na środowisko oraz w związku z inwestycjami podnoszącymi efektywność w zakresie rozwoju sieci kolejowej zakończonych lub rozpoczętych w okresie nie dłuższym niż 15 lat przed wejściem w życie ustawy o transporcie kolejowym.

Podwyższenie opłat spowodowane niekorzystnym wpływem na środowisko naturalne może nastąpić pod warunkiem, że zwiększenie opłaty będzie porównywalne do stosowanych przez konkurencyjne gałęzie transportu (art. 34 ust. 1 pkt 1 lit b).

Nadto zarządca może podnieść opłaty w obszarze międzynarodowych towarowych przewozów kolejowych. Może to nastąpić wyłącznie pod warunkiem po pierwsze zastosowania niedyskryminacyjnych zasad zapewniających utrzymanie konkurencyjności kolei na rynku przewozów międzynarodowych i po drugie, nieeliminowania z tego rynku przewoźników kolejowych, którzy wskutek zwiększenia opłaty musieliby zaniechać wykonywania kolejowych przewozów międzynarodowych. Zasady niedyskryminacji winny być określone w regulaminie (art. 34 ust. 1 pkt 2).

Szczegółowa regulacja sposobu kalkulacji opłat podstawowych i dodatkowych, opracowywania regulaminu, rodzaju usług świadczonych przez zarządcę oraz treści umowy o korzystanie z przydzielonych tras pociągów znajduje się w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie warunków dostępu i korzystania z infrastruktury kolejowej<sup>67</sup>.

Zarządca może także przyznać ograniczoną w czasie ulgę w opłacie, o ile będzie mógł on uzyskać udokumentowane oszczędności wynikające z usprawnienia organizacji ruchu kolejowego lub zastosowania nowych rozwiązań technicznych, bądź w sytuacji, gdy uzyska udokumentowane oszczędności dzięki zwiększeniu obciążenia linii kolejowych słabo wykorzystywanych.

<sup>66</sup> Patrz rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 21 listopada 2003 r. w sprawie trybu wykonywania kontroli przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (Dz. U. Nr 210, poz. 2046).

<sup>67</sup> Dz. U. Nr 83, poz. 768.

Ulgi przyznawane na innej podstawie muszą opierać się na jednakowych zasadach dotyczących wszystkich przewoźników kolejowych, zaś ich wysokość nie może przekroczyć rzeczywistego zmniejszenia kosztów zarządcy z tytułu wprowadzenia bardziej oszczędnego sposobu świadczenia usług (art. 34 ust. 3).

Wszystkie ulgi dotyczyć mogą tylko określonych linii kolejowych i muszą być porównywalne w porównywalnych okolicznościach.

Wyłączona spod przepisów ustawy o transporcie kolejowym regulujących udostępnianie infrastruktury kolejowej oraz ustalanie opłat za korzystanie jest infrastruktura przeznaczona wyłącznie do osobowych przewozów wykonywanych przez przewoźnika kolejowego, który równocześnie zarządza tą infrastrukturą bez udostępniania jej innym przewoźnikom, infrastruktura przeznaczona do wyłącznego użytku właściciela w celu wykonywania przewozów rzeczy dla jego własnych potrzeb oraz linie kolejowe o szerokości torów innej niż 1.435 mm (art. 36 ustawy). Zarządca rozporządza ponadto kompetencją do likwidacji linii kolejowych, uprzednio przyznanych danemu przewoźnikowi. Może to nastąpić w razie stwierdzenia, iż wpływy z danej linii nie pokrywają kosztów udostępnienia infrastruktury kolejowej na tej trasie.

Zarządca powiadamia zainteresowanych przewoźników kolejowych o zamiarze likwidacji linii kolejowej lub odcinka linii kolejowej w następnym rozkładzie jazdy pociągów. Informuje także o zamiarze likwidacji właściwe organy jednostek samorządu terytorialnego, przez których obszar przebiega dana linia kolejowa lub jej odcinek oraz występuje z wnioskiem do ministra właściwego do spraw transportu o wyrażenie zgody na likwidację. Jeżeli dana linia kolejowa o znaczeniu państwowym ma znaczenie obronne, minister właściwy do spraw transportu swą zgodę winien wyrazić w porozumieniu z Ministrem Obrony Narodowej.

Likwidacji danej linii kolejowej bądź jej odcinka może zapobiec właściwy miejscowo organ samorządu terytorialnego lub wskazany przez niego przedsiębiorca, o ile zapewni środki finansowe na pokrycie kosztów niedoboru powstałego w wyniku eksploatacji danej linii, bądź zawrze umowę o nieodpłatne przejście tej linii kolejowej lub jej odcinka w zarządzanie, bądź też przystąpi do spółki przewozów regionalnych, która przejmie, w celu dalszej eksploatacji, przewidzianą do likwidacji linię lub jej odcinek w charakterze wkładu niepieniężnego (art. 9 ust. 3).

W przypadku linii kolejowych lub odcinków linii kolejowych o znaczeniu państwowym ostateczną zgodę na likwidację wydaje Rada Ministrów w drodze rozporządzenia<sup>68</sup>.

Zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym, Rada Ministrów przy podejmowaniu powyższej decyzji bierze pod uwagę względy gospodarcze, jak i też społeczne, obronne i ekologiczne.

Z kolei w przypadku tzw. linii pozostałych, nie będących liniami o znaczeniu państwowym, decyzję o likwidacji podejmuje minister właściwy do spraw transportu.

Koszty likwidacji pokrywane są ze sprzedaży gruntów i środków trwałych należących do likwidowanych linii kolejowych lub odcinków linii kolejowych, zaś w przypadku, gdy środki te są niewystarczające, pokrywa je państwo (art. 9 ust. 5).

Ustawa o transporcie kolejowym przewiduje nakładanie na przewoźników kolejowych szczególnych zobowiązań o charakterze unijnych obowiązków służby publicznej (ang. *public service obligations*, PSOs). Pojęcie to nawiązuje do koncepcji „służby publicznej”, występującej w większości państw Wspólnoty (ang. *public service*, franc. *service public*, wł. *servizio pubblico*). Na gruncie Traktatu Rzymskiego obowiązki służby publicznej wynikają z realizacji usług w ogólnym interesie gospodarczym (art. 16, d. art. 7d Traktatu).

Polska ustawa o transporcie kolejowym, definiując obowiązek służby publicznej, odwołuje

<sup>68</sup> Listę linii kolejowych o znaczeniu państwowym zawiera rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 8 lutego 2000 r. w sprawie wykazu linii kolejowych, które ze względów gospodarczych, społecznych, obronnych lub ekologicznych mają znaczenie państwowe (Dz. U. Nr 13, poz. 156).

się do unijnego Rozporządzenia Rady Nr 1191/69 z dnia 26 czerwca 1969 r. w sprawie działania państw członkowskich dotyczącego zobowiązań związanych z pojęciem usługi publicznej w transporcie kolejowym, drogowym i w żegludze śródlądowej<sup>69</sup>, gdzie obowiązki te definiowane są jako „obowiązki, których dane przedsiębiorstwo transportowe, gdyby brało pod uwagę jedynie swój interes ekonomiczny (ang. *its own commercial interest*), nie wypełniałoby w ogóle, czy w określonym rozmiarze bądź na danych warunkach” (art. 2 ust. 1 Rozporządzenia Nr 1191/69)<sup>70</sup>.

Zgodnie z art. 30 ust. 2 polskiej ustawy o transporcie kolejowym zarządca przydzielając przewoźnikom kolejowym trasy pociągów w pierwszym rzędzie uwzględnia przewozy osób oraz obowiązki służby publicznej, ciążące na danych przewoźnikach.

Jedyne wskazane w ustawie przewozy o charakterze służby publicznej dotyczą regionalnych kolejowych przewozów pasażerskich<sup>71</sup>. Obowiązek ich organizowania, jak i dotowania oraz nabywania kolejowych pojazdów szynowych, nałożony został na samorząd województwa<sup>72</sup>. Zadania te finansowane są z dochodów własnych samorządu województwa, a realizowane są na podstawie umowy zawartej pomiędzy organem jednostki samorządu terytorialnego a przewoźnikiem kolejowym<sup>73</sup>.

Przewoźnik kolejowy, który wykonuje powyższe przewozy w ramach obowiązku służby publicznej, w razie zamiaru zaprzestania ich dalszego wykonywania, winien o tym powiadomić samorząd województwa z co najmniej 6-miesięcznym wyprzedzeniem przed dniem wejścia w życie nowego rozkładu jazdy pociągów. Co więcej, samorząd województwa może nie wyrazić zgody na zaprzestanie wykonywania przewozów w ramach obowiązku służby publicznej. Wtedy samorząd zobowiązany jest do pokrycia udokumentowanych strat przez danego przewoźnika kolejowego (art. 40 ust. 2 ustawy)<sup>74</sup>. Brak jest wskazania, przez jaki okres czasu dany przewoźnik zobowiązany może być do świadczenia usług przewozowych wbrew swym zamiarom gospodarczym<sup>75</sup>.

Ustawa o transporcie kolejowym reguluje nadto finansowanie przedsiębiorców sektora, przewidując zarówno bezpośrednie finansowanie z budżetu państwa, głównie inwestycji infrastruktury

<sup>69</sup> Dz. U. WE L. 156, 28.6.1969, s. 1. Ang. Regulation No 1191/69 on action by Member States concerning the obligation inherent in the concept of a public service in transport by rail, road and inland waterway.

<sup>70</sup> Do dnia 1 maja 2004 r. art. 4 pkt 19 ustawy o transporcie kolejowym definiował obowiązek służby publicznej jako zobowiązanie przewoźnika kolejowego do zapewnienia, na warunkach określonych ustawą, wykonywania po określonych liniach kolejowych przewozów kolejowych, spełniających określone wymogi co do regularności i taryf, których przewoźnik ten nie wykonałby, kierując się jedynie interesem handlowym. Art. 4 pkt 19 zmieniony został przez art. 87 pkt 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 96, poz. 959).

<sup>71</sup> Zaspokajanie lokalnych potrzeb w zakresie transportu zbiorowego należy do zadań własnych gminy na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591 ze zm.). Z kolei na szczeblu ponadgminnym taki obowiązek ciąży powiecie na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. (t.j. z 2001 r. Dz. U. Nr 142, poz. 1592 ze zm.).

<sup>72</sup> Patrz ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590 ze zm.).

<sup>73</sup> Szczegółowa regulacja znajduje się w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie organizowania regionalnych kolejowych przewozów pasażerskich (Dz. U. Nr 95, poz. 953).

<sup>74</sup> Do 16 maja 2004 r. samorząd województwa mógł nie wyrazić zgody na zaprzestanie przez przewoźnika kolejowego wykonywania przewozów w ramach obowiązku służby publicznej, jeśli pokrywał udokumentowane przez przewoźnika straty lub w trybie określonym w ustawie nie dokonał wyboru innego przewoźnika kolejowego. Zmiana została wprowadzona przez art. 54 pkt 4 ustawy z dnia 31 marca 2004 r. o przewozie kolejną towarów niebezpiecznych (Dz. U. Nr 97, poz. 962 ze zm.).

<sup>75</sup> Przykładowo ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne w art. 40 stanowi, iż Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, jeżeli wymaga tego interes społeczny, może nakazać przedsiębiorstwu energetycznemu, pomimo wygaśnięcia koncesji, dalsze prowadzenie działalności objętej koncesją przez okres nie dłuższy niż 2 lata.

ralnych, a w przypadku linii kolejowych o znaczeniu obronnym - kosztów remontów, eksploatacji i utrzymania, jak i dotacje przedmiotowe dla przewoźników kolejowych (art. 38-39)<sup>76</sup>.

### III.2. Sektor żeglugi śródlądowej

Transport wodami śródlądowymi w Polsce nie należy do sektorów regulowanych.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 21 grudnia 2000 r. o żegludzie śródlądowej<sup>77</sup>, żegluga na polskich śródlądowych drogach wodnych może uprawiać polski statek, jak i statek obcy, tyle że w przypadku tego ostatniego możliwość uprawiania żeglugi zależna jest od danych umów międzynarodowych, zaś w przypadku braku odpowiedniej umowy międzynarodowej wymagane jest pozwolenie ministra właściwego do spraw transportu (żegluga między polskimi portami bądź między polskim portem a portem obcym) albo dyrektora urzędu żeglugi śródlądowej właściwego terytorialnie<sup>78</sup> (inna żegluga aniżeli pomiędzy portami). Ewentualny obowiązek uzyskania zezwolenia nie dotyczy statków o przeznaczeniu jedynie rekreacyjnym czy sportowym.

Krajowy jak i międzynarodowy transport towarowy drogami wodnymi śródlądowymi wykonywać mogą przedsiębiorcy, posiadający odpowiednie kwalifikacje zawodowe (spełniający wymogi zdolności zawodowej), bądź zatrudniający przynajmniej jedną osobę z takimi kwalifikacjami. Nie podlega temu obowiązkowi transport na potrzeby własne, statkami o ładowności nieprzekraczającej 200 ton, promami oraz na wodach innych aniżeli tzw. śródlądowe drogi wodne<sup>79</sup> (art. 17 ust. 3 ustawy o żegludzie śródlądowej). Zaświadczenia o spełnianiu powyższych wymogów wydawane są na wniosek przez właściwego dyrektora urzędu żeglugi śródlądowej (art. 17 ust. 5).

Z kolei statki żeglugi śródlądowej podlegają rejestracji w rejestrze administracyjnym polskich statków żeglugi śródlądowej prowadzonym przez dyrektora urzędu żeglugi śródlądowej właściwego dla portu macierzystego statku<sup>80</sup>. Obowiązek rejestracji statku ciąży na armatorze (art. 19 ust. 2). W rejestrze ujawnione są m.in. rodzaj oraz przeznaczenie statku (art. 20 ust. 1 pkt 4), jak i też dane dotyczące armatora, w tym jego numer identyfikacyjny REGON (a w razie, gdy nie jest on przedsiębiorcą, numer PESEL). Rejestracji w tym rejestrze nie podlegają statki o przeznaczeniu wyłącznie sportowym bądź rekreacyjnym, jak też statki używane do połowu ryb bez napędu mechanicznego o iloczynnie długości i szerokości nieprzekraczającym 20 m<sup>2</sup> lub o napędzie mechanicznym do 20 kW (art. 18 ust. 2).

Działalność przewoźnika w transporcie krajowym lub międzynarodowym w zakresie zarobkowego przewozu ładunków statkami żeglugi śródlądowej, może podejmować przedsiębiorca, który odpowiada wymogowi zdolności zawodowej potwierdzonemu odpowiednim zaświadczeniem, albo zatrudnia co najmniej jedną osobę mającą takie zaświadczenie. Wymóg zdolności zawodowej polega na posiadaniu podstawowej wiedzy z dziedziny prawa cywilnego, handlowego, finansowego, pracy, podatkowego, ubezpieczeń oraz znajomości procedur celnych i granicznych, a także znajomości wymagań bezpieczeństwa żeglugi, standardów technicznych statków i technicznych aspektów działalności przewoźnika, standardów zacho-

<sup>76</sup> Podobnie wcześniej na gruncie ustawy o transporcie kolejowym z 1997 r., art. 21-22. Por. P. Świątecki, op. cit., s. 116-120.

<sup>77</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 43 ze zm.

<sup>78</sup> Organy administracji żeglugi śródlądowej reguluje ustawa z dnia 21 grudnia 2000 r. o żegludzie śródlądowej, art. 6-14. Patrz nadto rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 lipca 2001 r. w sprawie określenia siedzib i terytorialnego zakresu działania dyrektorów urzędów żeglugi śródlądowej (Dz. U. Nr 77, poz. 831 ze zm.).

<sup>79</sup> Pojęcie śródlądowych dróg wodnych zdefiniowane jest w ustawie z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (Dz. U. Nr 115, poz. 1229 ze zm.), art. 9 ust. 1 pkt 18.

<sup>80</sup> Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 23 stycznia 2003 r. w sprawie rejestru administracyjnego polskich statków żeglugi śródlądowej (Dz. U. Nr 39, poz. 340).

wania w warunkach środowiska wodnego oraz umów międzynarodowych regulujących ceny i warunki transportu.

Szczególną reglamentację o charakterze nadzwyczajnym przewiduje art. 9a ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. Prawo przewozowe<sup>81</sup>. Zgodnie z tym przepisem minister właściwy do spraw transportu może, w drodze rozporządzenia, wprowadzić ograniczenia w przewozie rzeczy w żegludze śródlądowej, określając czas ich obowiązywania oraz zakres przedmiotowy lub terytorialny ich stosowania, biorąc pod uwagę środki podjęte przez Komisję Europejską na podstawie właściwych przepisów Unii Europejskiej, w razie wystąpienia poważnych zakłóceń na rynku usług przewozowych w żegludze śródlądowej, w tym nadmiernej podaży usług przewozowych. Środek ten stanowi wprowadzenie mechanizmu przewidzianego w art. 7-8 unijnej Dyrektywy Rady 96/75/WE z dnia 19 listopada 1996 r. w sprawie systemów czarterowania i wyznaczania stawek przewozowych w krajowej i międzynarodowej żegludze śródlądowej we Wspólnocie<sup>82</sup>.

### III.3. Sektor transportu drogowego

Sektor transportu drogowego w Polsce nie ma charakteru regulowanego.

Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym<sup>83</sup> wprowadza do polskiego systemu prawnego szereg unijnych dyrektyw: Dyrektywę 76/914/EWG z dnia 16 grudnia 1976 r. w sprawie minimalnego poziomu wykształcenia kierowców w transporcie drogowym<sup>84</sup>, Dyrektywę 84/647/EWG z dnia 19 grudnia 1984 r. w sprawie użytkowania pojazdów najmowanych bez kierowców w celu przewozu drogowego rzeczy<sup>85</sup>, Dyrektywę 88/599/EWG z dnia 23 listopada 1988 r. w sprawie standardowych procedur sprawdzających przy wykonaniu Rozporządzenia (EWG) nr 3820/85 w sprawie harmonizacji niektórych przepisów socjalnych odnoszących się do transportu drogowego oraz Rozporządzenia (EWG) nr 3821/85 w sprawie urządzeń rejestrujących stosowanych w transporcie drogowym<sup>86</sup>, Dyrektywę 90/398/EWG z dnia 24 lipca 1990 r. zmieniającą Dyrektywę 84/647/EWG w sprawie użytkowania pojazdów najmowanych bez kierowców w celu drogowego przewozu rzeczy<sup>87</sup>, Dyrektywę 92/106/EWG z dnia 7 grudnia 1992 r. w sprawie ustanowienia wspólnych zasad dla niektórych typów transportu kombinowanego towarów między państwami członkowskimi<sup>88</sup>, Dyrektywę 98/76/WE z dnia 1 października 1998 r. zmieniającą Dyrektywę 96/26/WE w sprawie dostępu do zawodu przewoźnika drogowego transportu rzeczy i przewoźnika drogowego transportu osób oraz wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji, mająca na celu ułatwienie im korzystania z prawa swobody przedsiębiorczości w dziedzinie transportu krajowego i międzynarodowego<sup>89</sup>, Dyrektywę 1999/62/WE z dnia 17 czerwca 1999 r. w sprawie pobierania opłat za użytkowanie niektórych typów infrastruktury przez pojazdy ciężarowe<sup>90</sup> oraz Dyrektywę 2000/30/WE z dnia 6 czerwca 2000 r. w sprawie drogowej kontroli przydatności do ruchu pojazdów użytkowych poruszających się we Wspólnocie<sup>91</sup>.

<sup>81</sup> Tj. Dz. U. z 2000 r. Nr 50 poz. 601 ze zm.

<sup>82</sup> Dz. U. WE L 304 z 27.11.1996, s. 12.

<sup>83</sup> Tj. Dz. U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2088.. Dz. U. z 2004 r. Nr 204, poz. a 2001 r. o transporcie drogowym

<sup>84</sup> Dz. U. WE L 357 z 29.12.1976, s. 36.

<sup>85</sup> Dz. U. WE L 335 z 22.12.1984, s. 72.

<sup>86</sup> Dz. U. WE L 325 z 29.11.1988, s. 55.

<sup>87</sup> Dz. U. WE L 202 z 31.07.1990, s. 46.

<sup>88</sup> Dz. U. WE L 368 z 17.12.1992, s. 38.

<sup>89</sup> Dz. U. WE L 277 z 14.10.1998, s. 17.

<sup>90</sup> Dz. U. WE L 187 z 20.07.1999, s. 42.

<sup>91</sup> Dz. U. WE L 203 z 10.08.2000, s. 1.

Zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym, działalność gospodarczą w sektorze podjąć i wykonywać może każdy przedsiębiorca po uzyskaniu licencji na wykonywanie transportu drogowego (art. 5 ust. 1 ustawy o transporcie drogowym). Wymagania konieczne do spełnienia w celu uzyskania licencji określone są w ustawie w art. 5 ust. 3 ustawy, a dla transportu drogowego taksówką – w art. 6 ust. 1. Organem udzielającym licencji na międzynarodowy transport drogowy jest minister właściwy do spraw infrastruktury, na transport krajowy – właściwy miejscowo starosta, zaś w przypadku transportu taksówkowego – właściwy wójt, burmistrz bądź prezydent (art. 7 ust. 2 ustawy). Nadto ustawa o transporcie drogowym wymaga uzyskania stosownego zezwolenia na wykonywanie przewozów osób (regularnych i regularnych specjalnych)<sup>92</sup>, art. 18 ust. 1), jak i na międzynarodowy transport towarowy (art. 28 ust. 1).

Zwolnione spod reglamentacji ustawowej są przewozy drogowe na potrzeby własne, czyli przewozy niezarobkowe, wykonywane przez przedsiębiorcę jako działalność pomocnicza w stosunku do jego podstawowego zakresu działalności gospodarczej<sup>93</sup> (art. 33 ust. 1 ustawy). Taki transport wykonywać można po jego zgłoszeniu i uzyskaniu zaświadczenia od właściwego miejscowo starosty w przypadku transportu krajowego, zaś w przypadku transportu międzynarodowego – od ministra właściwego do spraw transportu (art. 33 ust. 8). Zezwolenie na międzynarodowy przewóz drogowy na potrzeby własne może być konieczne jedynie w sytuacji, gdy stosowne umowy międzynarodowe, których Polska jest stroną, tego wymagają (art. 34 ust. 1).

Zwolnienie od obowiązku uzyskania zezwolenia na transport drogowy osób bądź rzeczy może być udzielone nadto przedsiębiorcy, który wykonuje przewozy związane z udzielaniem pomocy humanitarnej, medycznej bądź pomocy w następstwie klęsk żywiołowych, chyba że zwolnienie generalnie przewiduje odpowiednia umowa międzynarodowa. Zwolnienie indywidualne udzielane jest przez ministra właściwego do spraw transportu w formie decyzji administracyjnej (art. 35 ust. 2). Powyższa analiza prowadzi do wniosku, iż transport drogowy w całości podlega ogólnym regułom ochrony konkurencji, tak więc należy do sektorów w pełni konkurencyjnych. Niemniej zwrócić uwagę należy na szczególną możliwość wprowadzenia cen urzędowych na usługi przewozowe w transporcie zbiorowym<sup>94</sup> oraz na przewozy taksówkowe na terenie gminy przez radę gminy, zaś w transporcie zbiorowym na terenie powiatu przez radę powiatu. Kompetencja ta przyznana jest przez art. 8 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach<sup>95</sup>. Z kolei na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy o cenach, rada gminy obligatoryjnie określa strefy cen obowiązujących na przewozy osób i ładunków taksówkami<sup>96</sup>.

### III.4. Sektor transportu morskiego

Sektor transportu morskiego w Polsce, podobnie jak w przypadku transportu wodami śródlądowymi czy drogowego, nie jest regulowany<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> Pojęcie przewozów regularnych oraz regularnych przewozów specjalnych zdefiniowane jest, odpowiednio, w art. 4 pkt 7 oraz pkt 9 ustawy o transporcie drogowym.

<sup>93</sup> Definicja przewozu na potrzeby własne (niezarobkowego przewozu drogowego) zawarta jest w art. 4 pkt 4.

<sup>94</sup> Co do zasady więc przepis powyższy dotyczy transportu drogowego. Niemniej może dotyczyć także transportu kolejowego czy żeglugi śródlądowej o zasięgu gminnym bądź powiatowym.

<sup>95</sup> Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.

<sup>96</sup> Co ciekawe, transport taksówkowy cieszy się szczególnymi regulacjami także w systemach prawnych innych państw. W Szwecji na podstawie § 18e Ustawy z dnia 14 stycznia 1993 r. o Konkurencji (Konkurrenslag) porozumienia zawierane pomiędzy przedsiębiorcami taksówkowymi bądź pomiędzy tymi przedsiębiorcami a przedsiębiorcami trudniącymi się rezerwacjami zwolnione są generalnie pod określonymi warunkami spod zakazu kartelowego z § 6 Ustawy. Tekst Svenska Konkurrenslag w języku angielskim na stronie internetowej Szwedzkiego Organu Ochrony Konkurencji (Konkurrensvirket): <http://www.kkv.se/eng/competition/>. Tekst Ustawy w tłumaczeniu na język polski (stan prawny na 1995 r.) w: *Zachodnioeuropejskie ustawy antymonopolowe II*, Warszawa 1995, s. 155 i n.

<sup>97</sup> Patrz na temat międzynarodowych regulacji i uwarunkowań ekonomicznych transportu morskiego w: K. Dąbrowski, *Ure-*

Na podstawie ustawy z dnia 18 września 2001 r. Kodeks morski<sup>98</sup>, działalność transportową w sektorze mogą podejmować podmioty będące armatorami, tj. podmiotami uprawiającymi żeglugę statkiem morskim własnym bądź cudzym we własnym imieniu (art. 7 Kodeksu morskiego). Z kolei zgodnie z art. 3 § 2 Kodeksu, morskim statkiem handlowym jest statek przeznaczony do prowadzenia działalności gospodarczej, a w szczególności do: przewozu ładunku lub pasażerów, rybołówstwa morskiego lub pozyskiwania innych zasobów morza, holowania, ratownictwa morskiego, wydobywania mienia zatopionego w morzu, pozyskiwania zasobów mineralnych dna morza oraz zasobów znajdującego się pod nim wnętrza Ziemi.

Statki morskie stanowiące polską własność, w tym handlowe, zgodnie z art. 23 § 1 Kodeksu morskiego, podlegają procedurze rejestracji w rejestrze okrętowym<sup>99</sup>, prowadzonym przez izbę morską właściwą dla portu macierzystego danego statku<sup>100</sup>. Te zaś statki, które nie podlegają obowiązkowi wpisu do rejestru okrętowego<sup>101</sup>, rejestrowane są we właściwych urzędach morskich<sup>102</sup> (art. 39 § 1 Kodeksu morskiego)<sup>103</sup>. Statki nadto podlegają obowiązkowej procedurze zatwierdzenia nazwy przez dyrektora właściwego urzędu morskiego (art. 12 § 2 Kodeksu morskiego)<sup>104</sup>.

Po wpisaniu do rejestru okrętowego statek otrzymuje certyfikat okrętowy (art. 36 § 1 Kodeksu), stanowiący dowód polskiej przynależności statku.

### III.5. Sektor transportu lotniczego

Sektorem regulowanym w Polsce, tak jak transport kolejowy, jest transport lotniczy.

Ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze wprowadza do polskiego systemu prawnego następujące dyrektywy unijne: Dyrektywę 91/670/EWG z dnia 16 grudnia 1991 r. w sprawie wzajemnego uznawania licencji personelu pełniącego funkcje w lotnictwie cywilnym<sup>105</sup>, Dyrektywę 92/14/EWG z dnia 2 marca 1992 r. w sprawie limitów operacyjnych samolotów objętych częścią II, rozdział 2, tom 1 załącznik 16 do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym, wydanie 2 (1988)<sup>106</sup>, Dyrektywę 93/65/EWG z dnia 19 lipca 1993 r. w sprawie definicji i korzystania ze zgodnych specyfikacji technicznych dla zamówień na sprzęt i systemy zarządzania ruchem powietrznym<sup>107</sup>, Dyrektywę 93/104/WE z dnia 23 listopada 1993 r. w sprawie pewnych aspektów organizacji czasu pracy<sup>108</sup>, Dyrektywę 94/56/WE z dnia 21 listopada 1994 r. ustanawiającą podstawowe zasady regulujące postępowanie w zakresie

gulowania Wspólnoty Europejskiej w transporcie morskim a polska polityka żegluga (aspekty ekonomiczne), Studia Europejskie 1998, Nr 1, s. 107 i n.

<sup>98</sup> Dz. U. Nr 138, poz. 1545 ze zm.

<sup>99</sup> Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 23 stycznia 2003 r. w sprawie rejestru okrętowego i postępowania rejestrowego (Dz. U. Nr 47, poz. 400).

<sup>100</sup> Ustawa z dnia 1 grudnia 1961 r. o izbach morskich (Dz. U. Nr 58, poz. 320 ze zm.).

<sup>101</sup> Są to statki nie uprawiające żeglugi poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez napędu mechanicznego, oraz z napędem mechanicznym o długości całkowitej do 15 metrów. § 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 15 kwietnia 2004 r. w sprawie określenia rodzajów statków stanowiących polską własność niepodlegających obowiązkowi wpisu do rejestru okrętowego (Dz. U. Nr 83, poz. 769).

<sup>102</sup> Urzędy morskie, jako terenowe organy administracji morskiej, uregulowane są w ustawie z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1502 ze zm.), art. 38 i n.

<sup>103</sup> Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie rejestracji statków morskich w urzędach morskich (Dz. U. Nr 102, poz. 1074).

<sup>104</sup> Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie nadawania i zatwierdzania nazwy statku morskiego (Dz. U. Nr 118, poz. 1237).

<sup>105</sup> Dz. U. WE L 373 z 31.12.1991, s. 21.

<sup>106</sup> Dz. U. WE L 076 z 23.03.1992, s. 21.

<sup>107</sup> Dz. U. WE L 187 z 29.07.1993, s. 52.

<sup>108</sup> Dz. U. WE L 307 z 13.12.1993, s. 18.

badania wypadków i zdarzeń w lotnictwie cywilnym<sup>109</sup>, Dyrektywę 96/67/WE z dnia 15 października 1996 r. w sprawie dostępu do rynku obsługi naziemnej w portach lotniczych Wspólnoty<sup>110</sup>, Dyrektywę 97/15/WE z dnia 25 marca 1997 r. przyjmującą normy Eurocontrol i zmieniającą Dyrektywę 93/65/EWG w sprawie definicji i korzystania ze zgodnych specyfikacji technicznych dla zamówień na sprzęt i systemy zarządzania ruchem powietrznym<sup>111</sup>, Dyrektywę 2000/34/WE z dnia 22 czerwca 2000 r. zmieniającą Dyrektywę 93/104/WE w sprawie pewnych aspektów organizacji czasu pracy w celu objęcia sektorów i działalności wyłączonej z tej Dyrektywy<sup>112</sup>, oraz Dyrektywę 2000/79/WE z dnia 27 listopada 2000 r. dotyczącą Europejskiego Porozumienia w sprawie organizacji czasu pracy personelu latającego w lotnictwie cywilnym, zawartego przez Stowarzyszenie Europejskich Linii Lotniczych (AEA), Europejską Federację Pracowników Transportu (FTF), Europejskie Stowarzyszenie Cockpit (ECA), Stowarzyszenie Linii Lotniczych Regionów Europy (ERA) i Międzynarodowe Stowarzyszenie Przewoźników Lotniczych (IACA)<sup>113</sup>.

Zgodnie z art. 203 ust. 1 ustawy Prawo lotnicze, do przewozów lotniczych stosuje się przepisy ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, ale w zakresie o ile ustawa Prawo lotnicze nie zawiera odmiennych uregulowań. Żadna z pozostałych regulacji sektorowych w dziedzinie transportu w Polsce nie zawiera podobnej, szczególnej normy kolizyjnej. Co więcej, ustęp 2 art. 203 Prawa lotniczego bezpośrednio przyzwala na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję stanowiących umowy, decyzje oraz inne praktyki przewoźników lotniczych, które warunkują korzystanie z określonych praw przewozowych przyznanych przewoźnikom lotniczym w umowach międzynarodowych o transporcie lotniczym lub przyznanych polskim przewoźnikom przez inne państwa.

Podjęcie i wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie przewozów lotniczych wymaga uzyskania koncesji (art. 46 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, art. 164 ust. 1 ustawy Prawo lotnicze)<sup>114</sup>. Wyłączone spod obowiązku uzyskania koncesji są przewozy wykonywane wyłącznie przy użyciu statków powietrznych<sup>115</sup> bezsilnikowych lub o masie startowej nieprzekraczającej 495 kg. Koncesji udziela organ regulacyjny sektora – Prezes Urzędu Lotnictwa Cywilnego (ULC)<sup>116</sup> - zgodnie z unijnym Rozporządzeniem Nr 2407/92/EWG z dnia 23 lipca 1992 r. w sprawie licencjonowania przewoźników lotniczych<sup>117</sup>.

Prezes Urzędu Lotnictwa Cywilnego prowadzi także rejestr cywilnych statków powietrznych (art. 34 ust. 1 ustawy Prawo lotnicze), jak i udziela zezwoleń na utworzenie lotniska (art. 55 ust.1) oraz prowadzi rejestr lotnisk (art. 58 ust. 1), udziela zezwoleń na zarządzanie lotniskiem (art. 173 ust. 1 pkt 1) i zezwoleń na świadczenie obsługi naziemnej statków powietrznych, ładunków, pasażerów i ich bagażu (art. 173 ust. 1 pkt 2).

Nadto przewoźnik lotniczy w zakresie eksploatacji statków powietrznych zobowiązany jest do uzyskania certyfikatu na podjęcie i wykonywanie działalności lotniczej (art. 160 ust. 1).

<sup>109</sup> Dz. U. WE L 319 z 12.12.1994, s. 14.

<sup>110</sup> Dz. U. WE L 272 z 25.10.1996, s. 36.

<sup>111</sup> Dz. U. WE L 095 z 10.04.1997, s. 16.

<sup>112</sup> Dz. U. WE L 195 z 1.08.2000, s. 41.

<sup>113</sup> Dz. U. WE L 302 z 1.12.2000, s. 57.

<sup>114</sup> Uzyskanie koncesji, promesy koncesji, zmiana decyzji koncesyjnej, uzyskanie zezwoleń, itd. podlega tzw. opłacie lotniczej. Patrz rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 8 września 2003 r. w sprawie opłaty lotniczej Dz. U. Nr 176, poz. 1718).

<sup>115</sup> Definicja statku powietrznego znajduje się w art. 2 pkt 1 ustawy Prawo lotnicze.

<sup>116</sup> Regulacja prawna tego organu znajduje się w art. 20-26 ustawy Prawo lotnicze.

<sup>117</sup> Dz. U. WE L 045 z 23.02.1993, s. 30.

Certyfikacji podlega zarówno wykonywanie działalności gospodarczej przy użyciu statków powietrznych, jak i szkolenie personelu lotniczego w celu uzyskania licencji członka personelu lotniczego wraz z towarzyszącymi jej dodatkowymi uprawnieniami, zarządzanie lotniskami, obsługa naziemna statków powietrznych, ładunków, pasażerów i ich bagażu oraz zaopatrywanie statków powietrznych, spedycja rzeczy do przewozu lotniczego, w tym spedycja materiałów niebezpiecznych drogą lotniczą, projektowanie, produkcja i obsługa techniczna statków powietrznych i innego sprzętu lotniczego, oraz inne rodzaje działalności lotniczej, o ile certyfikatu wymagają przepisy odrębne albo odpowiednie umowy międzynarodowe (art. 160 ust. 3). Proces certyfikacji przeprowadzany jest przez Prezesa ULC.

Poza koncesją oraz certyfikatem, przewoźnik lotniczy musi uzyskać upoważnienie Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego do wykonywania przewozów lotniczych na określonych trasach lub obszarach. Także upoważnienie wydawane jest w formie decyzji administracyjnej (art. 191 ust. 2 oraz ust. 8).

Prezes ULC dokonuje wyznaczenia polskich przewoźników lotniczych uprawnionych do wykonywania przewozów na określonych trasach lub obszarach danego państwa, o ile wymagają tego zawarte przez Polskę umowy międzynarodowe, bądź gdy jest to wymagane przez prawo państwa, w którego granicach mają być wykonywane przewozy lotnicze. Prezes ULC winien przy tym kierować się interesem publicznym oraz potrzebami rozwoju polskiego transportu lotniczego (art. 191 ust. 4 ustawy Prawo lotnicze). O wyznaczeniu określonego przewoźnika informowany jest odpowiedni organ danego państwa (art. 191 ust. 3).

Prawo lotnicze pozwala na odmowę udzielenia upoważnienia lub wyznaczenia do wykonywania przewozów polskiemu przewoźnikowi lotniczemu, albo na zawężenie ich zakresu, w przypadku konieczności podyktowanej ograniczeniami wynikającymi z umów lub przepisów międzynarodowych, dążenia do uniknięcia poważnego ograniczenia skutecznej konkurencji polskich przewoźników lotniczych z obcymi przewoźnikami, potrzeby umożliwienia opłacalności regularnych przewozów na linii lotniczej już obsługiwanej, na której nie ma potrzeby zwiększenia oferowanej zdolności przewozów, oraz w sytuacji, gdy wykonywanie lotów regularnych na danej linii zostało już wcześniej powierzone innemu przewoźnikowi lotniczemu na zasadzie obowiązku użyteczności publicznej.

W przypadku, gdy o udzielenie upoważnienia bądź wyznaczenia na przewozy lotnicze pomiędzy tymi samymi portami lotniczymi ubiega się co najmniej dwóch przewoźników lotniczych, Prezes ULC winien przeprowadzić konkurs. Przy dokonywaniu wyboru jednego z przewoźników powinna być wzięta pod uwagę zdolność do zapewnienia właściwego poziomu usług i konkurencyjnego poziomu opłat za przewozy oraz, w przypadku przewozów międzynarodowych, skutecznego konkurowania z obcymi przewoźnikami lotniczymi. Nadto uwzględnić należy wcześniej poniesione nakłady i dotychczas osiągnięte przez danego przewoźnika lotniczego wyniki ekonomiczne (art. 191 ust. 5).

Co do zasady, zgodnie z art. 198 ust. 1 Prawa lotniczego, przewoźnicy lotniczy ceny na swe usługi ustalają zgodnie z zasadami wolnego rynku.

Przewoźnicy przed wprowadzeniem taryf przewozu lotniczego na przeloty krajowe oraz na przeloty międzynarodowe wykonywane do i z terytorium Polski, winni zgłosić je Prezesowi ULC<sup>118</sup>. Organ regulacyjny może nakazać wycofanie taryfy nadmiernie wygórowanej (szczególnie w warunkach niedostatecznej konkurencji), bądź też w stosunku do taryfy nadmiernie zaniżonej – nakazać jej wstrzymanie (szczególnie gdy ma ona charakter dumpingowy, zmuszający innych przewoźników na rynku do obniżania taryf poniżej kosztów czy zmierza-

<sup>118</sup> Szczegółowy tryb zgłaszania taryf przewozu lotniczego reguluje rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 14 października 2003 r. w sprawie taryf przewozu lotniczego (Dz. U. Nr 186, poz. 1818 ze zm.).

jący wręcz do eliminacji słabszych konkurentów). Przed podjęciem którejś z wymienionych decyzji, Prezes ULC winien przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, mające na celu zbadanie prawidłowości przedłożonych taryf. Brane przy tym są pod uwagę koszty ponoszone przez danego przewoźnika, całościowa struktura taryf na danej trasie oraz racjonalny poziom zwrotu poniesionych nakładów kapitałowych (art. 198 ust. 3 i ust. 4).

Prezes ULC może zażądać od przewoźnika dostarczenia stosownych informacji niezbędnych do dokonania analizy określonych taryf. Jeżeli w wyznaczonym terminie przewoźnik nie dopełni nałożonego nań obowiązku, bądź dostarczone informacje okażą się być niekompletne, Prezes ULC może zażądać, w drodze decyzji administracyjnej, wycofania określonej taryfy ze sprzedaży i z systemów rezerwacji danego przewoźnika (art. 198 ust. 5).

W razie uznania, iż określone praktyki danego przewoźnika lotniczego naruszają zakazy antymonopolowe z ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes ULC może skierować sprawę do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Wtedy ewentualna decyzja o wycofaniu taryfy bądź o wstrzymaniu jej stosowania pozostaje w mocy do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez organ ochrony konkurencji i konsumentów (art. 198 ust. 6).

Nie zakwestionowane przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego taryfy na przewozy podawane są do publicznej wiadomości w sposób zwyczajowo przyjęty (art. 198 ust. 1 *in fine*). Także do publicznej wiadomości podawany jest rozkład lotów regularnych<sup>119</sup> (art. 201 ust. 1).

Przewoźnik lotniczy, oferujący publicznie swe usługi, nie może odmówić wykonania przewozu pasażerom czy nadawcom rzeczy, o ile ci poddali się stosownym przepisom i regulaminom przewozowym. Jednakże obowiązek ten nie ma charakteru bezwzględnego. W razie bowiem, gdy przewóz co do istoty jest zakazany czy ograniczony na podstawie przepisów szczególnych, bądź jest niedopuszczalny ze względów bezpieczeństwa, bądź gdy dany przewoźnik nie rozporządza odpowiednimi środkami technicznymi niezbędnymi do przedsięwzięcia danego przewozu lotniczego, bądź też gdy dany przewóz wykracza poza zakres standardowej, bieżącej działalności przewoźnika, może on odmówić wykonania takiego przewozu (art. 199).

Sektor transportu lotniczego jest drugim sektorem transportowym, po transporcie kolejowym, w którym występują usługi powszechne. Ustawa Prawo lotnicze określa je obowiązkami użyteczności publicznej, które definiuje jako zobowiązanie przewoźnika lotniczego do zapewnienia świadczenia usług przewozu lotniczego, spełniających określone wymogi co do ciągłości, regularności, zdolności przewozowej i taryf, których przewoźnik lotniczy nie spełniałby, kierując się jedynie interesem handlowym, a w przypadku zarządzającego lotniskiem na jego zobowiązaniu do zapewnienia funkcjonowania lotniska z zachowaniem określonych wymagań, których nie spełniałby, kierując się jedynie interesem handlowym (art. 2 pkt 18). W sferze zarządzania lotniskami Prezes ULC może zawrzeć z zarządzającym lotniskiem umowę dotyczącą wykonywania przez niego obowiązku użyteczności publicznej, zapewniającego funkcjonowanie lotniska o stosunkowo niedużym ruchu lotniczym, lecz ważnego dla miasta lub regionu, z zachowaniem określonych wymagań w zakresie regularności i ciągłości ruchu lotniczego na tym lotnisku. Z wnioskiem o zawarcie takiej umowy występuje do Prezesa Urzędu dana jednostka samorządu terytorialnego, przedstawiając jednocześnie propozycje rekompensaty zarządzającemu lotniskiem nadwyżki kosztów nad przychodami lub przyznania innych świadczeń. Co więcej, Prezes Urzędu najpierw zawiera stosowną umowę właśnie z tą jednostką samorządu terytorialnego, w której ta ostatnia zobowiązuje się do współfinansowania zarządzającego lotniskiem użytku publicznego w związku z wykonywaniem powyższego obowiązku użyteczności publicznej (art. 183 ust. 1 i 2). Ewentualne dofinansowanie

<sup>119</sup> Definicja regularnych przewozów lotniczych znajduje się w art. 2 pkt 14 Prawa lotniczego.

obowiązku użyteczności publicznej przez Prezesa ULC jest istotnie ograniczone przez Art. 183 ust. 3 ustawy Prawo lotnicze<sup>120</sup>.

Z kolei w przypadku przewozów lotniczych Prezes ULC może zarządzeniem określić daną trasę istotną dla danego miasta bądź regionu, niemniej o nieznacznym natężeniu ruchu, jako trasę obsługiwaną na zasadzie obowiązku użyteczności publicznej z uwzględnieniem określonych wymagań dotyczących w m.in. ciągłości i regularności przewozów, zdolności przewozowej i wysokości opłat za przewozy (art. 197 ust. 1). Z wnioskiem o wydanie takiego zarządzenia występuje właściwa jednostka samorządu terytorialnego bądź wojewoda. W razie, gdy żaden z przewoźników nie podejmie się wypełnienia obowiązku użyteczności publicznej, Prezes ULC może ogłosić konkurs otwarty dla polskich przewoźników, jak i dla przewoźników zagranicznych. Oferty zgłaszane na konkurs winny zawierać określenie formy lub wysokości rekompensaty bądź też innych świadczeń w zamian za wypełnianie obowiązku użyteczności publicznej.

Umowa zawierana pomiędzy Prezesem ULC a danym przewoźnikiem może zawierać zobowiązanie przewoźnika do świadczenia usług objętych obowiązkiem użyteczności publicznej przez określony czas.

Nadto Prezes ULC może przyznać przewoźnikowi wyłączność na danej trasie, ale jedynie na okres 3 lat, po którego upływie ponownie winien być przeprowadzony konkurs (art. 197 ust. 5).

#### IV. Wnioski

Pierwszym, generalnym wnioskiem wynikającym z analizy regulacji prawnej sektorów transportowych w Polsce jest to, że co do zasady podlegają one ogólnym przepisom ochrony konkurencji, zawartym w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Na gruncie prawa polskiego szczególne sektorowe wyłączenia zastosowania ogólnych reguł ochrony konkurencji mogą mieć miejsce za sprawą generalnej normy kolizyjnej wyrażonej w art. 3 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z kolei sektor transportu lotniczego posiada własną normę kolizyjną zawartą w art. 203 ust. 1 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze. Tego typu norma może znaleźć zastosowanie w przypadku wykonywania obowiązków usług powszechnych (obowiązków użyteczności publicznej czy służby publicznej). Należy jednakże zwrócić uwagę na wyjątkowy charakter takiego wyłączenia, które stosowane być winno z dużą ostrożnością, w możliwie jak najwęższym zakresie.

Po drugie, w Polsce jedynie sektory transportu kolejowego oraz lotniczego stanowią tzw. sektory regulowane, cechujące się szczególnym interwencjonizmem państwowym, mogącym powodować modyfikowanie funkcjonowania powszechnych mechanizmów rynkowych.

Po trzecie należy podnieść, że na gruncie wewnętrznego prawa polskiego brak jest, poza transportem kolejowym oraz lotniczym, powszechnego wprowadzenia wspólnotowej instytucji usług w ogólnym interesie gospodarczym, łączącej się z nakładaniem na przedsiębiorców sektora obowiązków usług powszechnych (służby publicznej). Zgodnie z prawem unijnym obowiązki takie występują zasadniczo we wszystkich sektorach transportowych<sup>121</sup>.

Możliwość obciążenia przewoźników szczególnymi obowiązkami przewiduje ustawa z dnia 15 li-

<sup>120</sup> Dofinansowanie takie ma miejsce ze środków specjalnych Prezesa ULC. Patrz art. 26 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo lotnicze.

<sup>121</sup> Patrz m.in. co do żeglugi śródlądowej w: P. Lewandowski, *Prawo publiczne w żegludze śródlądowej. Zarys problematyki prawnoporównawczej*, Współpraca: M. Forkiewicz, A. Machnikowska, A. Plejewska, Gdańsk 1998, s. 162-165, oraz P. Lewandowski, A. Machnikowska, *Ustawodawstwo Unii Europejskiej w zakresie żeglugi śródlądowej (Zarys problematyki prawnoporównawczej)*, Gdańskie Studia Prawnicze, Tom II, 1998, s. 91-93.

stopada 1984 r. Prawo przewozowe<sup>122</sup>. Ustawa ta dotyczy wyłącznie transportu lądowego (bez transportu konnego)<sup>123</sup>. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Prawo przewozowe minister właściwy do spraw transportu może nałożyć na przewoźnika obowiązek zawarcia umowy o wykonanie danego zadania przewozowego, o ile będzie to o uzasadnione względami obronności lub bezpieczeństwa państwa. Obowiązek taki może zostać nałożony przez ministra, jak i wójta, burmistrza (prezydenta miasta), starostę bądź marszałka województwa w przypadku wystąpienia klęski żywiołowej (art. 9 ust. 1 i ust. 2). Nałożenie obowiązku wiąże się ze zobowiązaniem danego organu administracji rządowej bądź samorządowej do zapewnienia przewoźnikowi środków finansowych na jego realizację. Organ może też wskazać inny podmiot zobowiązany do zapewnienia tych środków, który zawrze z przewoźnikiem stosowną umowę w tym zakresie (art. 9 ust. 3).

Z kolei art. 8 ustawy Prawo przewozowe przewiduje administracyjne ograniczenie obowiązku przewozowego spowodowane względami obronności lub bezpieczeństwa państwa, bądź klęską żywiołową, przez ministra właściwego do spraw transportu, a w przypadku transportu zbiorowego o zasięgu wojewódzkim, powiatowym bądź gminnym odpowiednio przez wojewodę, starostę, wójta albo burmistrza (prezydenta miasta)<sup>124</sup>.

Sam przewoźnik także może ograniczyć obowiązek przewozu w przypadku klęski żywiołowej, przerwy w eksploatacji, szczególnych trudności spowodowanych przez klienta, z przyczyn ekonomicznych, których przewoźnik nie mógł przewidzieć, oraz z uwagi na bezpieczeństwo ruchu. W transporcie zbiorowym o zasięgu gminnym oraz powiatowym przewoźnik może to uczynić wyłącznie za zgodą wójta (albo burmistrza bądź prezydenta miasta) bądź zarządu powiatu, chyba że ograniczenie nie będzie trwać dłużej aniżeli 7 dni (art. 8 ust. 1). Zgoda wymagana jest nadto od ministra właściwego do spraw transportu albo wojewody w przypadku przewoźników, wobec których minister albo wojewoda pełni funkcję organu założycielskiego, ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa w przypadku przewoźników, wobec których minister pełni funkcję organu założycielskiego bądź wykonuje uprawnienia z akcji lub udziałów, oraz marszałka województwa albo starosty w przypadku gdy zarząd województwa albo powiatu wykonuje prawa z akcji bądź udziałów. Przedmiotowe ograniczenia mogą polegać na całkowitym lub częściowym zawieszeniu przewozu, wyłączeniu z przewozu określonych kategorii przesyłek, relacji przewozowych lub punktów odprawy, zawieszeniu przewozu we wskazanych dniach, bądź uzależnieniu przewozu od spełnienia określonych warunków (art. 8 ust. 2).

Powyższe środki prawne jednakże nie pozwalają na pełne wprowadzenie usług w ogólnym interesie gospodarczym w pozostałych sektorach transportowych, poza transportem kolejowym i lotniczym (w których to sektorach usługi powszechne są obecne). W szczególności istotny wydaje się brak wdrożenia tej instytucji w obszarze transportu drogowego osobowego, odgrywającego w Polsce ze względu na uwarunkowania terenu, jak i tradycyjnie, szczególnie prospołeczną rolę<sup>125</sup>. Wydaje się więc, iż w tym zakresie polskie prawo wymaga stosownych zmian<sup>126</sup>.

Po czwarte w sektorach transportu kolejowego oraz lotniczego można zaobserwować elemen-

<sup>122</sup> Tj. Dz. U. z 2000 r. Nr 50, poz. 601 ze zm. Por. P. Lewandowski, A. Machnikowska, op. cit., s. 93.

<sup>123</sup> Tak art. 1 ust. 1 ustawy Prawo przewozowe.

<sup>124</sup> Wtedy na podstawie art. 49 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo przewozowe wydłuża się z mocy prawa termin doręczenia przesyłki o okres jej zatrzymania w następstwie ograniczenia przewozu. Patrz wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 4.09.1991 r., sygn. I. ACr. 367/91. OSA 1992, Nr 2, s. 21.

<sup>125</sup> Zapewnienie lokalnego transportu zbiorowego należy do zadań własnych gminy (art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy o samorządzie gminnym). Z kolei w sferze transportu zbiorowego ponadgminnego (powiatowego) oraz wojewódzkiego zadanie takie należy odpowiednio do samorządu powiatowego i samorządu województwa (art. 4 ust. 1 pkt 6 ustawy o samorządzie powiatowym oraz art. 11 ust. 2 pkt 2 i art. 14 ust. 1 pkt 10 ustawy o samorządzie województwa).

<sup>126</sup> Tak zdaje się sugerować także T. Skoczny w: *Stan i tendencje rozwoju prawa administracji regulacyjnej w Polsce*, op. cit., s. 125.

ty regulacji prokonkurencyjnej (regulacji dla konkurencji), jak wyznaczanie zarządcy infrastruktury oraz separacja jego funkcji gospodarczych, wprowadzenie prawa dostępu podmiotów trzecich do sieci (TPA), zagwarantowanie pełnej równości i niedyskryminacji przewoźników w dostępie do infrastruktury oraz przy określaniu opłat czy przyznawaniu ulg w opłatach, czy zatwierdzanie przez organ regulacyjny opłat za korzystanie z infrastruktury oraz taryf na usługi przewozowe.

Zauważyć należy, iż polska regulacja sektorów transportowych nie przewiduje szczególnych dla tych sektorów wyłączeń czy zwolnień blokowych (ang. *block exemptions*), obecnych w regulacjach wspólnotowych<sup>127</sup>. Co więcej, zastosowanie tych mechanizmów bezpośrednio na gruncie prawa krajowego w Polsce nie jest możliwe, albowiem brak jest w naszym systemie tzw. wyłączeń czy zwolnień równoległych (ang. *parallel exemption*), obecnych w innych systemach prawnych (m.in. Belgii, Danii, Holandii czy Wielkiej Brytanii), pozwalających przedsiębiorcom na korzystanie z wyłączenia bądź zwolnienia w sytuacji, gdy dane porozumienie jest wyłączone bądź zwolnione spod zakazu kartelowego na podstawie prawa wspólnotowego.

Wszystkie powyższe wnioski wskazują, iż należy oczekiwać w najbliższym czasie dalej idącego zbliżenia polskich przepisów do przepisów wspólnotowych, doceniając jednocześnie olbrzymi postęp w harmonizacji, dokonany na przestrzeni ostatnich lat.

---

<sup>127</sup> Ponownie należy podkreślić, iż zagadnienie ochrony konkurencji vis-à-vis wspólnotowych regulacji sektora transportowego nie jest poruszane w niniejszej pracy. W tym miejscu przede wszystkim chodzi o szczególne wspólnotowe wyłączenia i zwolnienia dotyczące sektora transportu morskiego oraz lotniczego.



# **Procedury i sankcje w prawie antymonopolowym**

Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel

## **Wpływ reformy wspólnotowego prawa konkurencji (rozporządzenia Nr I/2003/WE) na system prawa wewnętrznego państw UE, w tym Polski<sup>1</sup>**

### **I. Wspólnotowe prawo konkurencji – istota i charakter regulacji**

Ochrona konkurencji jest ustrojową zasadą Wspólnoty Europejskiej. Jest ona także kluczowym instrumentem służącym procesowi integracji europejskiej w jej podstawowym i pierwotnym aspekcie, czyli w zakresie współpracy gospodarczej. Istnienie konkurencji jest nierozdzielnie związane z funkcjonowaniem wspólnego rynku, który nie może działać poprawnie bez zniesienia barier w wymianie handlowej między państwami członkowskimi. Znoszeniu tych barier służą przepisy o swobodach rynku wewnętrznego (swobodny przepływ towarów, kapitału i płatności, wolność przedsiębiorczości i świadczenia usług). W praktyce jednak przepisy te mogą okazać się niewystarczające dla osiągnięcia zamierzonego celu. Zdarza się bowiem, że przedsiębiorcy posiadający – samodzielnie lub we współpracy z innymi – silną pozycję rynkową próbują wykorzystywać ją ingerując w mechanizmy funkcjonowania wolnego rynku.

Zagrożeniu temu przeciwdziała istnienie systemu wspólnotowego prawa konkurencji. Jego normy znajdują zastosowanie w przypadku, gdy antykonkurencyjne praktyki określonych przedsiębiorców mogą wywrzeć wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Tak więc prawo konkurencji służy celom wspólnego rynku poprzez nakładanie na przedsiębiorców ograniczeń, które uniemożliwiają im podejmowanie działań niezgodnych z tymi celami. Wspólnotowe prawo konkurencji stosuje się, gdy mamy do czynienia z praktykami ograniczającymi konkurencję w ramach wspólnego rynku, które mogą utrudniać realizację celów Wspólnoty zapisanych w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską<sup>2</sup>, w tym powodować sztuczne podziały stanowiące przeszkodę dla integracji.

Wspólnotowe reguły ochrony konkurencji zawarte są w Traktacie. Już w art. 2 TWE wśród licznych zadań, dla realizowania których ustanowiona została Wspólnota Europejska, wymienia się wspieranie wysokiego poziomu konkurencyjności działalności gospodarczej. Natomiast w art. 3 TWE wśród instrumentów służących do osiągnięcia najważniejszych (wymienionych w art. 2 TWE) celów Wspólnoty, takich jak ustanowienie Wspólnego Rynku i unii gospodarczo-walutowej, wskazuje się konieczność utworzenia systemu zapewniającego, że konkurencja na wspólnym rynku nie będzie zakłócana. Regulacje dotyczące konkurencji znajdują się zarówno wśród wspomnianych przepisów ogólnych Traktatu, jak i w części

<sup>1</sup> Opinie wyrażone w niniejszym tekście są osobistymi opiniami autorki i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

<sup>2</sup> Dalej także: Traktat, TWE.

szczegółowej regulującej różne obszary aktywności Wspólnoty Europejskiej i polityki wspólnotowe. Prócz przepisów traktatowych, inne źródła wspólnotowego prawa konkurencji to: rozporządzenia Rady Unii Europejskiej i Komisji Europejskiej dookreślające zakres stosowania norm Traktatu, decyzje Komisji będące aktami stosowania prawa w sprawach indywidualnych, orzecznictwo sądów wspólnotowych, a także – mające charakter niewiążący – obwieszczenia, wytyczne i inne dokumenty wydawane przez Komisję Europejską.

Regulacja ta ma charakter publicznoprawny, co oznacza, że na straży przestrzegania tych norm stoją instytucje wspólnotowe. Organami odpowiedzialnymi za realizację celów prawa konkurencji są: Rada Unii Europejskiej (posiadająca kompetencje ustawodawcze) i Komisja Europejska (będąca organem administracyjno-wykonawczym).

Wspólnotowe prawo konkurencji jest prawem ponadnarodowym. Jest ono bezpośrednio stosowalne na terytoriach wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej (UE) i ma pierwszeństwo przed ich prawem wewnętrznym. Dotyczy to również Polski, która z dniem 1 maja 2004 r. stała się państwem członkowskim UE. Immanentną cechą systemu ochrony konkurencji we Wspólnocie Europejskiej jest współistnienie wspólnotowych reguł zawartych w Traktacie, które dotyczą ochrony konkurencji na wspólnym rynku i krajowego prawa konkurencji w poszczególnych państwach członkowskich, którego celem jest ochrona konkurencji na rynkach krajowych.

## 2. Zagadnienie europeizacji polskiego prawa konkurencji

Członkostwo Polski w UE oznacza, że na naszym terytorium obowiązują równocześnie dwa systemy prawa konkurencji – wspólnotowe prawo konkurencji (czyli przede wszystkim normy zawarte w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską oraz innych aktach wydanych na podstawie przepisów Traktatu) oraz polskie prawo konkurencji (czyli przede wszystkim ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>3</sup>). Konsekwencją wspomnianej wyżej zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego w stosunku do prawa wewnętrznego państw członkowskich jest uznanie podległości (podporządkowania) polskiego prawa konkurencji regulacji wspólnotowej.

Normy wspólnotowego prawa konkurencji nie pozostają bez znaczenia dla konstrukcji i treści norm prawa krajowego (obowiązującego w Polsce). Wynika to przede wszystkim ze wspomnianej już szczególnej roli prawa konkurencji, jako instrumentu służącego procesowi integracji gospodarczej. Ów niebagatelny wpływ wspólnotowego prawa konkurencji (określane go też jako prawo europejskie) na prawo konkurencji obowiązujące w Polsce po 1 maja 2004 r. można określić jako europeizację polskiego prawa konkurencji (będącego jedną z dziedzin krajowego prawa administracyjnego).

Europeizacja krajowego prawa administracyjnego polega na tym, że prawo wspólnotowe wpływa na treść prawa administracyjnego tworzonego w poszczególnych państwach członkowskich UE, mimo że działalność administracyjna jest prowadzona na podstawie prawa tych państw<sup>4</sup>. Z sytuacją taką mamy do czynienia właśnie w przypadku krajowego prawa konkurencji, które jest jedną z najbardziej zeuropeizowanych dziedzin prawa polskiego. Przyczyny europeizacji norm antymonopolowych są dużo głębsze niż europeizacji norm należących do wielu innych dziedzin prawa. W przypadku prawa konkurencji nie chodzi bowiem o ujednolicanie standardów (przyjmowanie norm europejskich), ale o jedną z gwarancji niezakłóconego funkcjonowania Jednolitego Rynku.

<sup>3</sup> Dz. U. tekst jedn. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.

<sup>4</sup> S. Biernat, *Europejskie prawo administracyjne i europeizacja krajowego prawa administracyjnego (zarys problematyki)*, w: *Studia Prawno-Europejskie*, tom VI, Łódź 2002, s. 72.

<sup>5</sup> C. Bellamy, *Common market law of competition*, London 1993, s. 34.

### 3. Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji – „stary” i „nowy” system

W Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską znajdują się przepisy określające zakazy stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą na wspólnym rynku. Są to: zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję (art. 81 TWE) oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej (art. 82 TWE). Przepis art. 83 TWE zawiera upoważnienie dla Rady do wydania rozporządzeń lub dyrektyw niezbędnych do stosowania reguł określonych w art. 81 i 82 TWE. Równocześnie jednak art. 84 TWE stanowi, że do czasu wydania wspomnianych aktów przez Radę, to władze państw członkowskich będą orzekać o dopuszczalności porozumień, decyzji i uzgodnionych praktyk oraz o nadużywaniu pozycji dominującej na wspólnym rynku zgodnie z prawem krajowym i z postanowieniami art. 81 – w szczególności ust. 3 – i art. 82 TWE.

Co do zasady – do czasu wydania przez Radę aktów wykonawczych, o których mowa w art. 83 TWE – wspólnotowe reguły konkurencji zawarte w art. 81 i 82 TWE stosowane były przez państwa członkowskie<sup>5</sup>. Sytuacja taka istniała do czasu wydania rozporządzenia Nr 17 z 1962 r. – pierwszego rozporządzenia dotyczącego stosowania art. 85 i 86 (obecnie: art. 81 i 82) Traktatu<sup>6</sup>. Było ono stosowane przez ponad czterdzieści lat i przez ten okres uznawano je za skuteczny instrument ochrony konkurencji na wspólnym rynku. Rozwiązania zawarte w rozporządzeniu Nr 17 przenoszone były do ustaw antymonopolowych państw członkowskich UE. Również cały dotychczasowy dorobek orzecznicy (w zakresie stosowania wspólnotowego prawa konkurencji) Komisji Europejskiej oraz sądów wspólnotowych odnosi się do „starego” systemu stosowania prawa, którego podstawą było rozporządzenie Nr 17.

Pojawiające się w ostatnim dziesięcioleciu zastrzeżenia, co do skuteczności ochrony konkurencji na wspólnym rynku (w szczególności w perspektywie rozszerzenia UE o dziesięć nowych państw, co nastąpiło 1 maja 2004 r.) przy wykorzystaniu rozporządzenia Nr 17, stały się impulsem do podjęcia reformy w tym zakresie. Jej rezultatem stało się przyjęcie nowego rozporządzenia -rozporządzenia Nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu<sup>7</sup>. Rozporządzenie to z dniem 1 maja 2004 r. zastąpiło rozporządzenie Nr 17.

Jednak przyjęte zmiany – mimo dość szerokiego ich zakresu i znaczenia prawnego – nie mają charakteru rewolucyjnego. Przeciwnie, są daleko idącą konsekwencją stosowania i interpretowania (przede wszystkim przez sądy wspólnotowe) rozporządzenia Nr 17. Mamy tu zatem do czynienia z rozszerzeniem zasięgu działania (w szczególności poprzez zwiększenie ilości organów uprawnionych i zobowiązanych do stosowania wspólnotowego prawa konkurencji) i w konsekwencji w wielu przypadkach – z pewnym rozwinięciem (ewolucją) rozwiązań funkcjonujących na gruncie rozporządzenia Nr 17. Na tej podstawie powstały podwaliny obecnego, „nowego” systemu, którego odmienny charakter nie może zostać zauważony bez odniesienia do „starego” systemu. Można zaryzykować stwierdzenie, że nieobowiązujące już rozporządzenie Nr 17 stanowi i stanowić będzie (co najmniej przez kilka najbliższych lat) swoisty punkt odniesienia przy interpretowaniu i stosowaniu nowego rozporządzenia Nr 1/2003. Już w systemie ochrony konkurencji funkcjonującym na podstawie rozporządzenia Nr 17 sądy krajowe posiadały kompetencję do stosowania tych przepisów (chodzi o art. 81 ust. 1<sup>8</sup> i art. 82 TWE)

<sup>6</sup> Dz. U. WE L 3 z 21.02.1962 r., s. 204; dalej także: rozporządzenie Nr 17.

<sup>7</sup> Dz. U. WE L 1 z 24.01.2003 r., s. 1; dalej także: rozporządzenie Nr 1/2003.

<sup>8</sup> Wyłącznie kompetencję do stosowania przepisu art. 81 ust. 3 TWE (udzielania wyłączeń spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję) w systemie funkcjonującym na podstawie rozporządzenia Nr 17 (tj. przed 1 maja 2004 r.) posiadała Komisja Europejska.

w interesie jednostek i w trybie określonym w procedurach krajowych. Tak ukształtowana kompetencja sądów krajowych uzupełniała działania podejmowane przez Komisję Europejską (i ewentualnie organy ochrony konkurencji państw członkowskich UE<sup>9</sup>) prowadzącą postępowania antymonopolowe w sprawie praktyk ograniczających konkurencję.

Brak wspólnych reguł wyznaczających treść i zakres krajowego prawa antymonopolowego w stosunku do reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE, w systemie funkcjonującym na podstawie rozporządzenia Nr 17 oznaczał, że zakresy zastosowania tych dwóch porządków prawnych mogły się w pewnym zakresie pokrywać (krzyżować się). Kwestia relacji dwóch porządków prawnych w „starym” systemie nie była ustalona w obowiązujących przepisach<sup>10</sup>. W tej sytuacji wiodące znaczenie w ustalaniu reguł kolizyjnych przypisano orzecznictwu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości<sup>11</sup>, który dokonał interpretacji w oparciu o fundamentalne zasady prawa wspólnotowego.

#### 4. Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego w „starym” systemie

Zdaniem ETS kolizje norm między wspólnotowym prawem konkurencji a prawem wewnętrznym państw członkowskich UE należało rozwiązywać zgodnie z zasadą nadrzędności prawa wspólnotowego. ETS uznał istnienie konkurencyjnych jurysdykcji (tj. krajowej i wspólnotowej) niejednokrotnie w odniesieniu do tego samego stanu faktycznego (konkretnej praktyki ograniczającej konkurencję), z uwagi na to, że prawo konkurencji WE i krajowe prawo konkurencji chronią różne interesy. Jednak – zdaniem ETS – „Traktat EWG stworzył samodzielny system, który państwa członkowskie przejęły do swoich systemów prawnych i który stosowany jest przez ich sądy. Byłoby sprzeczne z istotą tego systemu, jeżeli zezwolonoby państwom członkowskim na podejmowanie lub utrzymywanie środków, które mogłyby naruszać praktyczną skuteczność Traktatu. (...) Kolizje norm między kartelowym prawem wspólnotowym a prawem wewnątrzpaństwowym należy więc rozwiązywać zgodnie z zasadą nadrzędności prawa wspólnotowego. (...) Stosowanie prawa narodowego nie może naruszać nieograniczonego i jednolitego stosowania prawa wspólnotowego oraz skuteczności środków podjętych w celu jego egzekwowania”<sup>12</sup>. ETS potwierdził współistnienie i równoległą stosowalność w zakresie ochrony konkurencji prawa wspólnotowego i wewnętrznego, o ile nie zagrażało to jednolitemu stosowaniu prawa wspólnotowego oraz skuteczności środków ochrony konkurencji podejmowanych na jego podstawie.

Jednak samo istnienie tych dwóch reżimów prawnych oraz obowiązywanie zasady prymatu prawa wspólnotowego oznaczało, że zakres krajowego prawa antymonopolowego został zdeterminowany ze względu na istnienie hierarchicznie wyższego prawa wspólnotowego, które obowiązywało równolegle w odniesieniu do terytoriów państw członkowskich.

Te złożone kwestie wzajemnych relacji wspólnotowego i krajowego prawa konkurencji zostały rozstrzygnięte jednoznacznie w rozporządzeniu Nr 1/2003 ustalającym nowy (w stosunku do opisanego wyżej, opartego na rozporządzeniu Nr 17 z 1962 r.) system stosowania art. 81 i 82 TWE.

<sup>9</sup> Chodzi o państwa, których organy ochrony konkurencji posiadały kompetencję do stosowania wspólnotowego prawa konkurencji.

<sup>10</sup> Zawarta w art. 83 ust. 1 i ust. 2 lit. e) delegacja dla Rady UE do wydania rozporządzenia określającego stosunek pomiędzy ustawodawstwem poszczególnych państw, a postanowieniami określającymi wspólnotowe zasady konkurencji dotyczące przedsiębiorstw, zawartymi w Traktacie i wydanych na jego podstawie aktach wykonawczych, pozostała niewykonana do czasu wydania rozporządzenia Nr 1/2003.

<sup>11</sup> Dalej także: ETS.

<sup>12</sup> Wyrok z 13.02.1969 r., Walt Wilhelm i inni przeciw Bundeskartellamt (sprawa 14/68, celex – 61968J0014) – tłumaczenie za: *Procedury antymonopolowe. Orzeczenia sądowe w Unii Europejskiej*, oprac. R. Janusz, Warszawa 1995, s. 18.

## 5. Podstawowe założenia reformy

Podstawowe założenia nowego rozporządzenia Nr 1/2003 to:

- wprowadzenie systemu bezpośredniego stosowalnych wyłączeń spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, co jest związane z decentralizacją dotychczas wyłącznej kompetencji Komisji Europejskiej do stosowania art. 81 ust. 3 TWE (w nowym systemie przepis ten mogą stosować również organy ochrony konkurencji państw członkowskich UE i ich sądy krajowe);
- zapewnienie znacznie szerszego niż dotychczas zakresu stosowania wspólnotowego prawa konkurencji poprzez zobowiązanie organów ochrony konkurencji państw członkowskich UE i ich sądów krajowych do stosowania art. 81 i 82 TWE zawsze, ilekroć stosują one krajowe prawo antymonopolowe, a rozpatrywana przez nie praktyka ograniczająca konkurencję spełnia równocześnie przesłanki zakazu zawartego w którymkolwiek z ww. przepisów Traktatu;
- ustalenie „bezpiecznego zakresu”, w którym dopuszczalne jest zawieranie porozumień poprzez przyjęcie zasady, że stosowanie krajowego prawa antymonopolowego nie może doprowadzić do zakazania porozumienia dopuszczalnego w świetle wspólnotowego prawa konkurencji (chodzi tu o porozumienia, które nie podlegają zakazowi z art. 81 ust. 1, spełniają przesłanki art. 81 ust. 3 albo warunki zawarte w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 81 ust. 3 TWE);
- decentralizacja uprawnień Komisji Europejskiej do stosowania wspólnotowych reguł konkurencji na rzecz organów ochrony konkurencji państw członkowskich UE i ich sądów krajowych, a w konsekwencji
- rozszerzenie kręgu uprawnionych do wdrażania art. 81 i 82 Traktatu w pełnym zakresie (o organy ochrony konkurencji państw członkowskich UE i ich sądy krajowe).

Kluczowe znaczenie dla zagadnienia wzajemnych relacji pomiędzy art. 81 i 82 TWE a krajowym prawem konkurencji ma art. 3 rozporządzenia Nr 1/2003, który nie miał odpowiednika w rozporządzeniu Nr 17 ani w żadnym innym akcie prawa wspólnotowego<sup>13</sup>. Przepis ten wprowadza trzy podstawowe zasady dotyczące omawianej relacji prawa wspólnotowego i wewnętrznego adresowane do organów państw członkowskich UE. Są to:

- 1) obowiązek stosowania art. 81 i 82 TWE (w przypadku, gdy krajowe organy antymonopolowe albo sądy krajowe stosują krajowe prawo konkurencji do praktyk antykonkurencyjnych spełniających równocześnie przesłanki art. 81 lub 82 TWE, są one zobowiązane do równoczesnego stosowania przepisów art. 81 lub 82 TWE, tj. prowadzenia postępowania także na podstawie tych przepisów);
- 2) wymóg dużej zbieżności przepisów dotyczących porozumień (tzw. reguła konwergencji (zbieżności) nakazuje, żeby porozumienia, które nie są zakazane na podstawie prawa wspólnotowego (art. 81 TWE) nie były zabronione również na podstawie krajowego prawa antymonopolowego) oraz
- 3) dopuszczalność stosowania surowszych przepisów krajowego prawa antymonopolowego do jednostronnych naruszeń konkurencji (praktyk o charakterze jednostronnym).

Jak z tego wynika, art. 3 rozporządzenia Nr 1/2003 określa precyzyjnie relacje pomiędzy krajowym i wspólnotowym prawem konkurencji. Uznaje on jednoznacznie nadrzędność tego ostatniego w szerokim zakresie, determinując treść krajowego prawa antymonopolowego. Zdeterminowanie to dotyczy wprawdzie w różnym stopniu poszczególnych rodzajów naruszeń, nie jest jednak możliwe negocjowanie zakresu obligatoryjnej harmonizacji norm.

Przyjęcie art. 3 rozporządzenia Nr 1/2003 w opisanym wyżej brzmieniu miało na celu rozszerzenie zakresu stosowania wspólnotowego prawa konkurencji. Jednak o tym, czy ten cel

<sup>13</sup> Dotychczas kwestia ta była rozpatrywana wyłącznie przez orzecznictwo wspólnotowe, które wypracowało zasadę prymatu prawa wspólnotowego, o czym była już mowa wyżej.

zostanie osiągnięty, w znacznej mierze przesądzi interpretacja pojęcia *wpływ na handel* między państwami członkowskimi. Zaistnienie faktyczne lub choćby hipotetyczne *wpływu na handel między państwami członkowskimi*<sup>14</sup> jest warunkiem koniecznym do tego, żeby przepisy art. 81 i 82 TWE w ogóle mogły być zastosowane. Klauzula wpływu na handel ma charakter nie-ostry, co oznacza, że w przypadkach granicznych może rodzić problemy interpretacyjne. W konkretnych sprawach wielokrotnie na ten temat wypowiadał się Europejski Trybunał Sprawiedliwości i to przede wszystkim jego orzeczenia stały się inspiracją dla treści zawartych w Obwieszczeniu Komisji – Wytycznych w sprawie kryterium wpływu na handel zawartego w art. 81 i 82 TWE<sup>15</sup>. Wydanie Obwieszczenia ustalającego wspólne rozumienie pojęcia *wpływ na handel* stało się szczególnie istotne w chwili wejścia w życie reformy wspólnotowego prawa konkurencji, której istotą jest wielość podmiotów stosujących i egzekwujących te normy. Reguły zawarte w ww. Obwieszczeniu mają charakter wytycznych wskazujących oparte na dotychczasowym orzecznictwie kierunki interpretacji kryterium *wpływu na handel*.

## 6. Wpływ rozporządzenia Nr 1/2003 na prawo wewnętrzne państw UE

Prezentowana reforma wspólnotowego prawa konkurencji nie przewiduje żadnych zmian w zakresie reguł zasadniczych. Przepisy art. 81 i 82 TWE zawierające zakazy stosowania praktyk ograniczających konkurencję obowiązują nadal i niezmiennie. Zmiana dotyczy włącznie sposobu stosowania tych przepisów. Rozporządzenie Nr 1/2003, będące źródłem tych zmian, które obowiązuje bezpośrednio na terytoriach wszystkich państw członkowskich UE, zawiera również przepisy wymagające wprowadzenia modyfikacji do prawa wewnętrznego tych państw (np. art. 35 wymagający wyznaczenia organu lub organów odpowiedzialnych za stosowanie jego przepisów).

Z całokształtu przepisów rozporządzenia, przyjmowanego pod hasłem decentralizacji kompetencji Komisji Europejskiej na rzecz organów ochrony konkurencji państw członkowskich UE, wynika jednoznacznie, że w „nowym” systemie wiodącą rolę będzie odgrywać nadal Komisja Europejska. Jej orzecznictwo stało się wiążące nie tylko dla ww. organów ochrony konkurencji, ale i dla sądów krajowych<sup>16</sup>. Mamy tu więc do czynienia ze swego rodzaju rozproszeniem kompetencji pomiędzy organy różnego szczebla (organ wspólnotowy, organy krajowe), jednak przy zachowaniu znacznego wpływu organu „wyższego” szczebla (wspólnotowego) na treść rozstrzygnięć wydawanych na „niższym” szczeblu (państw członkowskich). Oczywiście brak tu ele-

<sup>14</sup> Dana praktyka „ma lub może mieć wpływ na handel...”.

<sup>15</sup> Commission Notice – Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (Dz. U. WE C 101 z 27.04.2004 r., s. 81). Ze względu na oparcie w orzecznictwie sądów wspólnotowych przedstawiona w tym Obwieszczeniu interpretacja pojęcia wpływ na handel jest zbieżna z wykorzystywaną w systemie funkcjonującym na podstawie rozporządzenia Nr 17.

<sup>16</sup> Przepis art. 16 rozporządzenia Nr 1/2003 określa, jaki jest wpływ decyzji zakazującej stosowania określonej praktyki antykonkurencyjnej wydanej przez Komisję na możliwość samodzielnego stosowania wspólnotowego prawa konkurencji przez sądy krajowe i krajowe organy ochrony konkurencji. Zasada jest następująca – krajowe organy ochrony konkurencji stosując przepisy art. 81 i 82 TWE nie mogą wydawać rozstrzygnięć sprzecznych z dotychczasowym orzecznictwem Komisji. Również sądy krajowe są zobowiązane do niewydawania wyroków sprzecznych z decyzjami Komisji. Zobowiązanie to dotyczy zarówno decyzji już wydanych przez Komisję w tych samych sprawach, jak i decyzji, które będą efektem wszczętego już (ale nie zakończonego) postępowania w tej samej sprawie. Reguła ta jest odzwierciedleniem zasad przyjętych wcześniej przez orzecznictwo sądów wspólnotowych, np. wyrok z 14.12.2000 r., *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd*. (sprawa C-344/98, celex – 61998J0344). Z wyroku tego wynika, że sąd krajowy, jeżeli rozstrzyga w sprawie praktyki ograniczającej konkurencję, której zgodność z art. 81 lub 82 TWE była już przedmiotem decyzji Komisji Europejskiej, powinien – ze względu na potrzebę realizacji postulatu bezpieczeństwa prawnego (pewności co do prawa) – powstrzymać się od wydania orzeczenia sprzecznego ze wspomnianą decyzją Komisji, nawet gdyby orzeczenie takie było sprzeczne z wyrokiem sądu krajowego niższej instancji.

mentu hierarchicznego podporządkowania. W „nowym” systemie funkcjonują organy formalnie niezależne od siebie, między którymi zachodzą jednak określone zależności wynikające z przyznanych na podstawie obowiązujących przepisów uprawnień i nałożonych obowiązków. W „nowym” systemie przyjęto, że – co do zasady – Komisja Europejska działa stosując przepisy rozporządzenia Nr 1/2003, natomiast organy krajowe stosując art. 81 i 82 TWE działają w trybie określonym w przepisach wewnętrznych poszczególnych państw. W rzeczywistości sytuacja jest bardziej złożona, ponieważ w wielu przypadkach procedury krajowa i wspólnotowa przenikają się i uzupełniają<sup>17</sup>. Stosowanie przepisów rozporządzenia stało się zarówno uprawnieniem, jak i obowiązkiem organów krajowych we wszystkich państwach członkowskich. Pojawia się zatem pytanie, czy ustalenie takiego mechanizmu (w sytuacji znacznej harmonizacji norm materialnych) jest krokiem w kierunku harmonizacji przepisów proceduralnych zawartych w prawie wewnętrznym państw członkowskich.

Dodatkowo (oprócz przepisów rozporządzenia Nr 1/2003) na stosowanie prawa wspólnotowego przez organy państw członkowskich będą miały wpływ również reguły wynikające z aktów niższej rangi. Chodzi tu o obwieszczenia Komisji Europejskiej, w tym przede wszystkim Obwieszczenie dotyczące współpracy w ramach sieci organów ochrony konkurencji<sup>18</sup> (obejmującej Komisję Europejską i organy ochrony konkurencji państw członkowskich UE<sup>19</sup>). Z formalnego punktu widzenia obwieszczenia Komisji Europejskiej ustalają zasady obowiązujące jedynie Komisję. W związku z tym, zamiarem tej ostatniej było znalezienie rozwiązania pozwalającego na związanie regułami współpracy określonymi w ww. obwieszczeniu organów ochrony konkurencji z wszystkich państw członkowskich UE. W tym celu zaproponowano podpisanie przez nie stosownego Oświadczenia, w którym zobowiązały się one do dobrowolnego respektowania zasad wynikających ze wspomnianego obwieszczenia. Ta „nowatorska” konstrukcja prawna budziła od samego początku poważne wątpliwości co do charakteru i mocy prawnie wiążącej tego dokumentu w systemach prawa wewnętrznego poszczególnych państw członkowskich<sup>20</sup>.

Takich wątpliwości jest dużo więcej. Zasygnalizowane uwagi co do wpływu rozporządzenia

<sup>17</sup> Jest to szczególnie widoczne w przypadku postępowań prowadzonych przez organy krajowe w sprawie naruszeń traktatowych przepisów dotyczących ochrony konkurencji. Przykładem może być art. 2 rozporządzenia Nr 1/2003, który ustanawia reguły rozkładu ciężaru dowodzenia w postępowaniach dotyczących naruszenia art. 81 i 82 TWE niezależnie od tego, czy postępowanie prowadzi Komisja Europejska czy też organ krajowy.

Z kolei art. 13 ww. rozporządzenia daje organom krajowym dodatkową (w stosunku do wynikających z prawa krajowego), samodzielną podstawę do zawieszenia postępowania lub odrzucenia skargi w okolicznościach wskazanych w tym przepisie. Przepis art. 12 dopuszcza pod pewnymi warunkami wykorzystanie informacji uzyskanych od Komisji Europejskiej lub innych organów krajowych na potrzeby postępowania prowadzonego w związku z naruszeniem wewnętrznego prawa konkurencji danego państwa UE.

<sup>18</sup> Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities (Dz. U. WE C 101 z 27.04.2004 r., s. 43).

<sup>19</sup> Krajowe organy antymonopolowe i Komisja Europejska tworzą wspólnie sieć instytucji działających w interesie publicznym i prowadzących ścisłą współpracę w zakresie ochrony konkurencji. Sieć ta stanowi forum do dyskusji i współpracy w zakresie wdrażania wspólnotowej polityki konkurencji. Zapewnia ona ramy instytucjonalne dla współpracy europejskich organów ochrony konkurencji w sprawach, w których zastosowanie mają art. 81 i 82 TWE oraz stanowi podstawę dla utrzymania wspólnej kultury konkurencji w Europie. Sieć ta określana jest jako Europejska Sieć Konkurencji (European Competition Network, ECN). Podstawowe zasady działania Sieci określa rozporządzenie Nr 1/2003, natomiast Obwieszczenie dotyczące współpracy w ramach sieci organów ochrony konkurencji doprecyzowuje szczegółowe reguły funkcjonowania tego systemu.

<sup>20</sup> Z pewnością moc prawna tego dokumentu nie może być większa niż w przypadku Obwieszczenia, którego on dotyczy. Oświadczenie to może zatem tworzyć tzw. uprawnione oczekiwania (legitimate expectations) po stronie przedsiębiorców – adresatów norm antymonopolowych, co do tego, że organy, które je podpisały, będą postępować według ustalonych w nim zasad. W rzeczywistości jednak wiele w tym zakresie będzie zależało od rozwiązań przyjętych w systemach prawa wewnętrznego poszczególnych państw.

Nr 1/2003 na prawo wewnętrzne państw członkowskich oparte są jedynie na analizie przepisów, które zaczęły obowiązywać w dniu 1 maja 2004 r. Oznacza to, że trafność poczynionych tu spostrzeżeń podlega i będzie podlegać weryfikacji w dłuższej perspektywie stosowania przepisów rozporządzenia Nr 1/2003.

## **7. Wpływ reformy na prawo konkurencji obowiązujące w Polsce jako państwie UE**

Instytucjami stojącymi na straży ochrony konkurencji w Polsce są przede wszystkim: Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów<sup>21</sup>, będący organem ochrony konkurencji w Polsce (odpowiedzialnym zarówno za stosowanie polskiego, jak i wspólnotowego prawa konkurencji) oraz Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, rozpatrujący odwołania od decyzji Prezesa UOKiK<sup>22</sup>.

Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w okresie opracowywania jej projektu i uchwalania prezentowana była pod hasłem dostosowania polskiego prawa konkurencji do regulacji wspólnotowych i cel ten udało się osiągnąć. Reguły materialne zawarte w art. 5 i 8 ustawy antymonopolowej, dotyczące zakazów stosowania praktyk ograniczających konkurencję, odpowiadają analogicznym przepisom wspólnotowym zawartym w art. 81 i 82 TWE. Przepisy proceduralne stosowane w postępowaniu antymonopolowym nie były objęte wymogiem harmonizacji prawa w związku z akcesją do UE, gdyż państwa członkowskie UE zachowały niezależność (autonomię) procedur krajowych w stosunku do procedury wspólnotowej. Dotyczy to również organizacji systemu ochrony konkurencji. Istotny jest jedynie postulat, aby system ten był zorganizowany w sposób zapewniający skuteczne stosowanie prawa konkurencji. W tym kontekście można stwierdzić, że polska procedura antymonopolowa i organizacja systemu ochrony konkurencji odpowiadają standardom przyjętym w europejskim ustawodawstwie antymonopolowym.

Do zakresu nieobjętego obowiązkiem harmonizacji należą także przepisy o sankcjach za naruszenia prawa konkurencji. Zarówno polskie, jak i wspólnotowe przepisy przewidują w takich przypadkach nakładanie na przedsiębiorców kar pieniężnych. Przyjęcie odmiennych reguł, jeżeli chodzi o wysokość i zasady wymiaru tych kar, nie stanowi w tym kontekście problemu.

Do dnia przystąpienia Polski do UE ustawa antymonopolowa dotyczyła wyłącznie stosunków wewnątrz krajowych. Z dniem akcesji sytuacja ta uległa pewnej zmianie. Prezes UOKiK zyskał kompetencje do stosowania wspólnotowego prawa konkurencji<sup>23</sup>. Prowadząc postępowania związane z naruszeniem art. 81 lub 82 TWE, działa on przede wszystkim w trybie określonym w ustawie antymonopolowej oraz – w pewnym ograniczonym zakresie – w rozporządzeniu Nr 1/2003. Oznacza to, że część przepisów polskiej ustawy antymonopolowej jest stosowana również w przypadku naruszenia prawa wspólnotowego.

W tym miejscu nasuwa się pytanie o to, w jaki sposób (zreformowane) wspólnotowe prawo konkurencji wpłynie na system prawa obowiązującego w tym zakresie na terytorium Polski. Jest to pytanie o przejawy i spodziewane skutki europeizacji polskiego prawa antymonopolowego. Przyczyną tej europeizacji jest przystąpienie Polski do Unii Europejskiej w momencie,

<sup>21</sup> Dalej także: Prezes UOKiK.

<sup>22</sup> Od wyroków wyspecjalizowanego Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przysługuje apelacja do Sądu Apelacyjnego. O ile spełnione są po temu ustawowe przesłanki, od wyroków Sądu Apelacyjnego możliwe jest wniesienie skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego.

<sup>23</sup> Kompetencja w tym zakresie wynika z art. 24 ust. 1a ustawy antymonopolowej. Przepis ten wskazuje Prezesa UOKiK jako organ, który będzie wykonywał funkcje organu antymonopolowego państwa członkowskiego UE określone w przepisach rozporządzenia Nr 1/2003. Podstawą do przyznania tych kompetencji Prezesowi UOKiK był art. 35 rozporządzenia Nr 1/2003.

kiedy ta ostatnia reformuje swój system stosowania prawa konkurencji. Pewna część spodziewanych tu skutków znalazła już odzwierciedlenie w przyjęciu ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw<sup>24</sup>. Inne skutki mają charakter ustrojowy, wynikający z samej istoty i nadrzędnej mocy wiążącej regulacji wspólnotowych w stosunku do prawa krajowego.

Nie ulega wątpliwości, że przystąpienie Polski do UE wiąże się z istotnymi konsekwencjami dla systemu prawa polskiego. Mam tu na myśli przede wszystkim to, że od dnia akcesji na tym samym terytorium i w tym samym czasie (w Polsce od 1 maja 2004 r.) obowiązują dwa niejednakowe pod wieloma względami systemy prawne. W rezultacie przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję odbywa się zarówno na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i w oparciu o przepisy art. 81 i 82 TWE.

Harmonizację przepisów materialnego prawa konkurencji państw członkowskich UE w zakresie ograniczonym do spraw o wymiarze wspólnotowym wprowadza wspomniany już art. 3 rozporządzenia Nr 1/2003. Przepis ten ingeruje bezpośrednio w system polskiego prawa konkurencji. Wskazuje on dopuszczalny zakres stosowania ustawy antymonopolowej w przypadku, gdyby zawarte w tejże ustawie przepisy odpowiednio: w przypadku zakazu porozumień – pozostawały w sprzeczności z art. 81 TWE, bądź w przypadku nadużywania pozycji dominującej – były mniej restrykcyjne niż

art. 82 TWE. Wydaje się zatem, że mamy tu do czynienia z ograniczeniem suwerenności polskiego prawodawcy w zakresie stanowienia norm krajowych dotyczących ochrony konkurencji, jako konsekwencją rozwiązania przyjętego w art. 3 rozporządzenia Nr 1/2003.

Reguły stosowania wspólnotowego prawa konkurencji przez Komisję Europejską, a w ograniczonym zakresie również przez organy ochrony konkurencji państw członkowskich UE określa rozporządzenie Nr 1/2003. Ranga aktu prawnego, jakim jest rozporządzenie uzasadnia jego bezpośrednią stosowalność i bezpośrednie obowiązywanie na terytoriach wszystkich państw członkowskich. Z punktu widzenia polskiego porządku prawnego niektóre przepisy rozporządzenia wydają się kontrowersyjne. Trzeba pamiętać, że rozporządzenie zostało przyjęte przez państwa członkowskie UE jeszcze bez udziału Polski (w grudniu 2002 r.). Jednak od 1 maja 2004 r. przepisy te mają moc wiążącą również na naszym terytorium.

Wątpliwości znacznie poważniejszej natury nasuwają się w związku z aktami o charakterze tzw. *soft-law*<sup>25</sup>, które stanowią dokumenty towarzyszące rozporządzeniu (obwieszczenia Komisji Europejskiej) będą *de facto* wywierać istotny wpływ na stosowanie prawa konkurencji w Polsce będącej członkiem UE. Akty stosunkowo niskiej rangi, niemające mocy wiążącej prawnie w stosunku do podmiotów zewnętrznych wobec Komisji Europejskiej (kreujące tzw. uprawnione oczekiwania po stronie przedsiębiorców), staną się w pewnym sensie wyznacznikiem postępowania (zbiorem wytycznych) dla polskiego organu przy dokonywanej przezeń wykładni prawa. Prezes UOKiK może oczywiście nie zastosować się do tychże wytycznych, należy się jednak spodziewać w takim przypadku interwencji Komisji Europejskiej na podstawie odpowiednich przepisów rozporządzenia (motywowanej prawdopodobnie względami

<sup>24</sup> Dz. U. Nr 93, poz. 891. Ustawa ta wprowadziła zmiany dostosowujące polskie prawo konkurencji do standardów wynikających z rozporządzenia Nr 1/2003.

<sup>25</sup> Są to tzw. akty „miękkiego prawa”, niemające mocy prawnie wiążącej, ale zawierające zobowiązania o charakterze politycznym, czy moralnym, które stanowią formę „samo zobowiązania się” podmiotów je wydających (np. obwieszczenia Komisji Europejskiej) do przestrzegania zawartych w nich reguł i mogą rodzić po stronie podmiotów polegających na zawartych w nich zapewnieniach uprawnione oczekiwania (stosuje się do nich zasadę dobrej wiary) – A. Wyrozumska, Opinia dotycząca Obwieszczenia Komisji w sprawie współpracy w ramach Sieci Organów ds. Ochrony Konkurencji (projekt z 2003 r.) i potwierdzenia stosowania przyjętych w nim zasad w drodze jednostronnego oświadczenia składanego przez krajowy organ ds. ochrony konkurencji, Łódź 2003 (opinia sporządzona na zlecenie UOKiK).

jednolitości stosowania prawa wspólnotowego).

W momencie przystąpienia do UE zmienia się także w pewnym zakresie rola polskiego organu ochrony konkurencji. Prezes UOKiK stanie się częścią większego systemu – Europejskiej Sieci Konkurencji<sup>26</sup>. Przepisy rozporządzenia przewidują, że współdziałanie dokonywać będzie się niejako w dwóch płaszczyznach – w zakresie współpracy z Komisją Europejską oraz horyzontalnie – poprzez współpracę z organami antymonopolowymi innych państw członkowskich UE. Nie sposób nie zauważyć, że tworzenie Sieci prowadzi do tworzenia nowych, nieistniejących dotychczas związków pomiędzy Komisją Europejską a organami państw członkowskich. Konsekwencją przystąpienia do Sieci przez Prezesa UOKiK jest zatem także zacieśnienie współpracy z Komisją. Poprzez instrumenty przewidziane w ww. rozporządzeniu Komisja zyskała realną możliwość wpływania na sam fakt prowadzenia przez polski organ określonych postępowań, jak również na treść wydawanych przezeń rozstrzygnięć. Wobec braku symetrycznych uprawnień po stronie organu polskiego, relacja ta jawi się jako mająca – mimo deklaracji niezależności i równorzędności wszystkich członków Sieci – charakter poniekąd hierarchiczny (przynajmniej w aspekcie funkcjonalnym). Zakłada bowiem podporządkowanie Prezesa UOKiK swoistemu nadzorowi w zakresie stosowania prawa wspólnotowego Komisji Europejskiej.

Stosowanie prawa wspólnotowego stanowi istotny nowy obowiązek dla polskiego organu antymonopolowego i zarazem odciąża Komisję Europejską. Nowy wspólnotowy system ochrony konkurencji polega bowiem w dużej mierze na scedowaniu przez Komisję jej zadań, związanych z nadzorowaniem przestrzegania wspólnotowych reguł konkurencji, na organy krajowe. Będą one mogły wykonywać je tak długo, dopóki ich sposób postępowania (stosowania prawa) będzie zgodny z wytycznymi i wskazówkami Komisji Europejskiej. W przeciwnym wypadku organy krajowe muszą liczyć się z władczą interwencją Komisji polegającą na przejęciu sprawy do jej własnej właściwości<sup>27</sup>. W przypadku polskiego organu antymonopolowego byłoby to równoznaczne z ostatecznym pozbawieniem go kompetencji do prowadzenia danej sprawy. Decyzje antymonopolowe wydawane przez Prezesa UOKiK na podstawie wspólnotowego prawa konkurencji będą miały – podobnie jak decyzje wydawane w związku z naruszeniem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – zasięg krajowy. Dzieje się tak, ponieważ jurysdykcja tego organu ogranicza się do terytorium Polski. Co do zasady Prezes UOKiK prowadzi postępowania w sprawach naruszenia krajowego i wspólnotowego prawa konkurencji według tych samych norm proceduralnych zawartych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Jednak w przypadku stosowania prawa wspólnotowego jest on zobowiązany również do uwzględniania norm zawartych w rozporządzeniu Nr 1/2003.

## 8. Podsumowanie

Podstawowym aktem prawnym będącym niejako „bazą” wprowadzanej reformy jest rozporządzenie Nr 1/2003, które zastąpiło rozporządzenie Nr 17 z 1962 r., czyli pierwsze rozporządzenie dotyczące stosowania art. 81 i 82 TWE. Normy prawne zawarte w rozporządzeniu Nr 1/2003 dają wprost odpowiedź na wiele pytań, które w systemie funkcjonującym na podstawie rozporządzenia Nr 17 były przedmiotem sporów organów państw członkowskich UE i instytucji wspólnotowych (zwłaszcza Komisji Europejskiej i sądów wspólnotowych). Przede wszystkim jednoznacznie przesądzona została wątpliwość zasadnicza dotycząca wzajemnych relacji pomiędzy wspólnotowym a krajowym prawem konkurencji.

<sup>26</sup> Europejska Sieć Konkurencji to nazwa określająca Komisję Europejską i organy ochrony konkurencji państw członkowskich UE współpracujące na podstawie rozporządzenia Nr 1/2003. Dalej także: Sieć. Zob. przypis 19.

<sup>27</sup> Podstawą prawną takiego działania może być art. 11 ust. 6 rozporządzenia Nr 1/2003.

Przyznanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich UE oraz ich sądom krajowym kompetencji do stosowania wspólnotowego prawa konkurencji w pełnym zakresie zdaje się – co do zasady – spełniać postulat decentralizacji. Wydaje się to istotną odmianą w stosunku systemu funkcjonującego na podstawie rozporządzenia Nr 17. Równocześnie zasygnalizowane wyżej rezultaty analizy podstawowych przepisów rozporządzenia Nr 1/2003 wskazują, że decentralizacja ta ma raczej pozorny charakter. Ceną tej decentralizacji jest ujednolicenie norm materialnych prawa konkurencji obowiązujących w poszczególnych państwach UE (dotyczy to przede wszystkim zakazu porozumień ograniczających konkurencję) i podporządkowanie orzecznictwa organów i sądów krajowych – Komisji Europejskiej.

Dodatkowy element, wskazujący na tak charakterystyczne dla nowego systemu silne sprzężenie wspólnotowego prawa konkurencji z prawem krajowym, to zawarcie w rozporządzeniu Nr 1/2003 szeregu przepisów wywierających bezpośredni wpływ na sposób postępowania organów krajowych przy stosowaniu wspólnotowego prawa konkurencji. Świadomość znaczenia wprowadzanej reformy nie byłaby pełna bez uwzględnienia aktów o charakterze soft-law towarzyszących rozporządzeniu (obwieszczeń Komisji Europejskiej). Przepisy rozporządzenia mają wprawdzie znaczenie fundamentalne, nie są jednak wystarczające, gdyż sprawne funkcjonowanie Sieci (co najmniej) dwudziestu sześciu organów stosujących prawo, wymaga precyzyjnego określenia obowiązujących mechanizmów współpracy.

Dzięki wprowadzonej reformie Komisja Europejska niewątpliwie osiągnęła swój cel – udało się jej pozbyć części uciążliwych dla niej obowiązków na rzecz organów krajowych, zachowując jednocześnie realny wpływ na treść wydawanych przez nie rozstrzygnięć. Organy krajowe z kolei uzyskały możliwość dostępu oraz wykorzystywania jako dowodów w postępowaniach antymonopolowych informacji gromadzonych przez Komisję i organy ochrony konkurencji innych państw członkowskich UE, a także prawo zwracania się do tych ostatnich z prośbą o pomoc w uzyskaniu dowodów. Daje to szansę na praktyczną realizację zasady eksterytorialności prawa antymonopolowego, która dotychczas często nie mogła być urzeczywistniana właśnie ze względu na trudności właściwych organów w gromadzeniu dowodów poza terytorium objętym ich jurysdykcją.

Postępująca europeizacja polskiego prawa konkurencji jest w znacznej mierze rezultatem reformy wspólnotowego prawa konkurencji, której podstawą jest rozporządzenie Nr 1/2003. Podstawą reformy jest daleko idąca współpraca i faktyczna zależność krajowych organów odpowiedzialnych za stosowanie prawa konkurencji od Komisji Europejskiej oraz ograniczenie suwerenności prawodawczej państw członkowskich (w tym Polski) w dziedzinie prawa konkurencji. Mamy tu zatem do czynienia z dotychczas niewystępującą, wprowadzaną na mocy przepisów prawa powszechnie obowiązującego (rozporządzenia Nr 1/2003) europeizacją wewnętrznego prawa antymonopolowego państw członkowskich UE, w tym Polski.

Na skutek przystąpienia Polski do UE przeobrażeniu ulega rola polskiego organu ochrony konkurencji. Z formalnego punktu widzenia fakt przystąpienia Polski do UE nie powoduje zmiany pozycji ustrojowej tego organu. Trudno jednak zaprzeczyć, że jego udział w Sieci i wszystkie związane z tym uprawnienia i obowiązki oznaczają faktyczne rozluźnienie związków funkcjonalnych z krajową administracją rządową, na rzecz zbliżenia (wyrażającego się poprzez bliską i regularną współpracę) z jego odpowiednikami (krajowymi organami antymonopolowymi) w pozostałych państwach członkowskich UE oraz przede wszystkim z nadzorującą cały system Komisją Europejską.

Na płaszczyźnie prawnej jedną z najpoważniejszych konsekwencji przystąpienia Polski do UE jest otwarcie polskiego systemu prawnego na akty prawa wspólnotowego w szerokim tego słowa

znaczeniu. Zamknięty katalog źródeł prawa z polskiej Konstytucji został dość brutalnie „uzupełniony” o wszystko, co kryje w sobie szeroka kategoria – źródła prawa wspólnotowego.

System polskiego prawa konkurencji, zwłaszcza w części proceduralnej, powstał stosunkowo niedawno. W tej sytuacji można spodziewać się, że mechanizm stosowania prawa wspólnotowego zawarty w rozporządzeniu Nr 1/2003, jako funkcjonujący w oparciu o utrwalone metody postępowania, może wywierać istotny wpływ na sposób stosowania krajowego prawa konkurencji przez Prezesa UOKiK.

Proces europeizacji prawa krajowego państw członkowskich UE w dziedzinie ochrony konkurencji wydaje się podwójnie wart głębszej refleksji i analizy. Mam tu na myśli przede wszystkim względ na wagę i znaczenie dla procesu integracji europejskiej problematyki ochrony konkurencji, jak również hipotezę, że oto być może prezentowana reforma wspólnotowego systemu stosowania prawa konkurencji wskazuje perspektywę dla innych dziedzin współpracy w procesie integracji europejskiej i możliwe konsekwencje dla innych dziedzin prawa polskiego.

Bartosz Turno

## Zagadnienie tajemnicy adwokackiej na gruncie prawa konkurencji

Instytucja tajemnicy adwokackiej, jako zespół wyodrębnionych i w pewien sposób powiązanych norm prawnych<sup>1</sup>, należąca do kategorii tajemnic zawodowych, sprowadza się przede wszystkim do zakazu ujawniania czegokolwiek o czym adwokat dowiedział się w związku z wykonywaniem obowiązków zawodowych bądź inaczej mówiąc do nakazu zachowania przez adwokata w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się w związku z wykonywaniem tych obowiązków. Instytucja ta wiąże się ze szczególnym węzłem łączącym adwokata i jego klienta, opartym na zaufaniu i wynikającym z obowiązku lojalności wobec klienta. Stosunek ten określa się niekiedy jako związek konfidencjalności. Jest on charakterystyczny w relacjach pomiędzy osobą wykonującą wolny zawód<sup>2</sup> a jej klientem. Instytucja tajemnicy adwokackiej wspiera, więc pełną i uczciwą komunikację pomiędzy ww. podmiotami, a uzasadnieniem dla jej obowiązywania jest ochrona autonomii jednostki. Jej funkcjonowanie jest niezbędne do zapewnienia pomocy prawnej i stanowi gwarancję należytego wykonywania zawodu adwokata oraz zadań adwokatury w ogóle, określonych w art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – *Prawo o adwokaturze*<sup>3</sup>. Podkreśla się niekiedy, że społeczne zaufanie do adwokatów jest w zasadniczy sposób określane przez respektowanie tajemnicy adwokackiej. Ponadto instytucja ta służy niewątpliwie dobru wymiaru sprawiedliwości, rozumianego jako działalności polegającej na rozstrzyganiu konfliktów prawnych<sup>4</sup>. Gwarantuje, bowiem prawo do rzetelnego procesu sądowego, współokreślając jednocześnie prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości<sup>5</sup>. Rekapitulując, beneficjentami korzyści, które wynikają z obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej są adwokaci, ich klienci oraz przede wszystkim wymiar sprawiedliwości. Odrębną od tajemnicy adwokackiej instytucją prawną jest tajemnica obrończa, unormowana w art. 178 pkt 1 *Kodeksu postępowania karnego*<sup>6</sup> (dawnej art. 161 pkt 1 *kpk* z 1969 r.<sup>7</sup>). Jest

<sup>1</sup> Por. Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Polska Akademia Nauk, Oddział w Poznaniu, Seria: *Metodologia Nauk*, T. XXIV, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa – Poznań 1983, s. 88 i nast.

<sup>2</sup> Przez pojęcie wolnego zawodu rozumiem, za K. Wojtczak, *Zawód i jego prawna reglamentacja*, Poznań 1999, s. 112, „osobiste i samodzielne wykonywanie wewnętrznie spójnego zespołu czynności o charakterze intelektualnym, wymagających wysokich kwalifikacji (wiedzy i praktyki), systematycznie, w zamian za ustalone honorarium, służące zapewnieniu świadczeń lub usług klientom oraz ochronie istotnych wartości interesu ogólnego, zgodnie z obowiązującymi normami prawnymi, zasadami etycznymi i deontologicznymi”. Por. także M. Szydło, *Nabywanie uprawnień do wykonywania wolnych zawodów*, w: *Państwo i Prawo*, 2002, nr 7, s. 51 i nast.

<sup>3</sup> Tekst jednolity – Dz. U. z 2002 r., Nr 123, poz. 1058 ze zm.

<sup>4</sup> Por. S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa – zagadnienia podstawowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1974, s. 160 i nast.

<sup>5</sup> M. Swora, *Tajemnica adwokacka w świetle wybranych przepisów ustawy o ochronie danych osobowych*, w: *Palestra*, 2004, nr 3/4, s. 80; Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z 16 czerwca 1994 r., I KZP 5/94, OSP 1994/12 poz. 247.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 ze zm.

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r., Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 96 ze zm.

ona oparta na konstrukcji bezwzględneho zakazu dowodowego. Norma prawna wynikająca z ww. przepisu stanowi, że nie wolno przesłuchiwać jako świadka obrońcy co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Zakaz ten dotyczy także adwokata, który udzielił porady prawnej oskarżonemu oraz adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 kpk, kiedy osoba podejrzana została zatrzymana. Obowiązuje on bez względu na to kto obrońcę ustanowił. Nie obejmuje jednak wiadomości, które dotarły do obrońcy przed wystąpieniem w sprawie w tej roli i nie może być uchylony nawet na jego wniosek lub za zgodą oskarżonego<sup>8</sup>. Gdyby doszło do przesłuchania obrońcy na okoliczności objęte zakazem, taki dowód nie mógłby być uwzględniony przy kształtowaniu faktycznej podstawy rozstrzygnięcia. Powyższy zakaz dowodowy jest także konsekwencją ustanowionego w art. 42 ust. 2 *Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*<sup>9</sup> prawa do obrony przysługującego każdemu przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne. Obejmuje on zatem wszystkie fakty, o których obrońca powziął wiadomość, pełniąc swoją funkcję<sup>10</sup>. Tajemnica obrończa została, więc wyodrębniona z tajemnicy adwokackiej i objęta bezwzględną ochroną. Uzupełnieniem powyższego zakazu jest zakaz zajmowania pism i innych dokumentów związanych z wykonywaniem obrony (art. 225 § 3 kpk).

Zakres przedmiotowy tajemnicy adwokackiej reguluje art. 6 ustawy *Prawo o adwokaturze* i jest bardzo szeroki. Obejmuje bowiem wszystko, o czym adwokat dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej (art. 6 ust. 1). Już w okresie międzywojennym, w orzecznictwie organów samorządu adwokackiego, podkreślano, że „obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej obejmuje nie tylko zakomunikowane adwokatowi wiadomości, lecz w ogóle wszelkie wiadomości o charakterze poufnym uzyskane przez adwokata w bezpośrednim związku z wykonywaniem zawodu, nie wyłączając wiadomości uzyskanych dzięki osobistym obserwacjom itp.”<sup>11</sup>. Wyrażono jednak w judykaturze pogląd, że „tajemnicą adwokacką nie są objęte dane personalne klienta i ogólna informacja (wiedza) o rodzaju świadczonej na jego rzecz usługi prawnej. Ratio legis omawianego przepisu (tzn. art. 6 ustawy *Prawo o adwokaturze* – BT) sprowadza się bowiem do tego, aby tajemnicą objęte były te wszystkie okoliczności sprawy, które mogą wyrządzić klientowi szkodę, a nie sam fakt korzystania z pomocy prawnej oraz taka ogólna wiedza o rodzaju usługi (...)”<sup>12</sup>.

Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie (art. 6 ust. 2), a adwokata nie można od tego obowiązku zwolnić (art. 6 ust. 3). Podsumowując, z treści art. 6 ustawy *Prawo o adwokaturze* wyinterpretować można normę prawną, która stanowi, iż adwokat jest obowiązany do zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej – jest on zobowiązany do tego zawsze i w każdym układzie oraz wobec wszystkich. Powołane przepisy wskazują więc jednoznacznie, że zachowanie tajemnicy adwokackiej jest obowiązkiem, a nie prawem.

Ponadto do instytucji tajemnicy adwokackiej odnoszą się normy zawarte w *Zbiorze zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej)*<sup>13</sup>. Normy te są prawem wewnętrznym obowiązującym w ramach samorządu zawodowego adwokatów. Ich nieprzestrzeganie zagrożone jest sankcjami o charakterze dyscyplinarnym. Zgodnie z § 19 ww. *Zbioru zasad* adwokat zo-

<sup>8</sup> K. Marszał, St. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny*, red. K. Marszał, Wydawnictwo Volumen, Katowice 2003, s. 226.

<sup>9</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.

<sup>10</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 maja 2000 r., II AKz 96/2000, *Krakowskie Zeszyty Sądowe*, 2000/5, poz. 41.

<sup>11</sup> Uchwała Wydziału Wykonawczego Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 13 października 1934 r. - cyt. za Z. Krze-  
miński, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 30.

<sup>12</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 września 1998 r., I SA/Ka 2214-2223/96, ONSA 1999/3, poz. 88.

<sup>13</sup> Uchwała Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 10 października 1998 r., nr 2/XVIII/98.

bowiązany jest zachować w tajemnicy oraz zabezpieczyć przed ujawnieniem lub niepożądanym wykorzystaniem wszystko, o czym dowiedział się w związku z wykonywaniem obowiązków zawodowych. Materiały znajdujące się w aktach sprawy, zgodnie z § 19 pkt 2, także objęte są tajemnicą adwokacką. Tajemnicą tą objęte są również wszystkie wiadomości, notatki i dokumenty dotyczące sprawy uzyskane od klienta oraz innych osób, niezależnie od miejsca, w którym się znajdują (§ 19 pkt 3). Ponadto, do przestrzegania obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej zobowiązani są współpracownicy, personel oraz wszelkie osoby zatrudnione przez adwokata podczas wykonywania przez niego obowiązków zawodowych (§ 19 pkt 4).

Prezentowany jest pogląd, że dyspozycja zawarta w przepisie art. 6 ustawy *Prawo o adwokaturze* charakteryzuje tajemnicę adwokacką jako bezwzględną, absolutną, a zakaz wynikający z art. 6 ust. 3 ustawy *Prawo o adwokaturze* dotyczy wszelkich spraw. Przez korporację adwokacką ww. instytucja zawsze była traktowana jako zupełna, niepozwalająca na jakiegokolwiek odstępstwa od zachowania w pełnej tajemnicy informacji uzyskanych od klienta w związku z udzielaniem pomocy prawnej<sup>14</sup>. Nie mniej jednak z przepisów innych ustaw, w szczególności z przepisów kpk, wynikają normy kompetencyjne zezwalające odpowiednim organom na zwolnienie określonych podmiotów od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, w tym tajemnicy adwokackiej. Jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującego kpk z 1969 r., Sąd Najwyższy, dokonując wykładni jego art. 163<sup>15</sup> oraz art. 6 ustawy *Prawo o adwokaturze*, a także ustalając relację między ww. przepisami, uchwałą z dnia 16 czerwca 1994 r.<sup>16</sup> dopuścił możliwość uchylenia tajemnicy adwokackiej, stwierdzając, że „adwokata nie wolno przesłuchiwać jako świadka co do faktów, o których dowiedział się jako obrońca udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę (arg. ex art. 161 pkt 1 kpk). W innych wypadkach adwokat może odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy określony w art. 6 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – *Prawo o adwokaturze* (Dz. U. 1982 r. Nr 16, poz. 124), chyba że sąd lub prokurator zwolni go na podstawie art. 163 kpk od obowiązku zachowania tajemnicy. Zwolnienie to może nastąpić tylko wtedy, gdy ujawnienie okoliczności objętych tajemnicą – w drodze przesłuchania adwokata jako świadka – jest nieodzowne dla zapewnienia prawidłowego wyrokowania w sprawie”. Sąd Najwyższy stwierdził jednocześnie, że przepis art. 163 kpk stanowił *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 6 ustawy *Prawo o adwokaturze*, który w sposób ogólny (generalny) normował instytucję tajemnicy adwokackiej. Przepis art. 163 kpk stanowił więc wyjątek od zasady ogólnej wyrażonej w art. 6 ww. ustaw. Zdaniem Sądu zasadą winno jednak być respektowanie prawa do odmowy zeznań, natomiast wyjątkiem korzystanie z uprawnienia do zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej. Z przepisu art. 163 kpk z 1969 roku, przebiegała więc, według Sądu, „wyraźna preferencja na rzecz obrony tajemnicy zawodowej”<sup>17</sup>.

Cytowana powyżej uchwała, do której należy odnieść się z aprobatą, nie została zaakceptowana przez samorząd adwokacki<sup>18</sup>. W szczególności teza Sądu Najwyższego wskazująca na szcze-

<sup>14</sup> J. Agacka – Indecka, *Tajemnica zawodowa adwokata – znaczące rozstrzygnięcia sądów*, w: *Palestra*, 2005, Nr 7-8, s. 121; M. Steinhagen, *Tajemnica zawodowa prawników: wyzwania i zagrożenia*, w: *Palestra*, 2004, Nr 5/6, s. 57 i n.

<sup>15</sup> „Osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy służbowej lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji mogą odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, chyba że sąd lub prokurator zwolni te osoby od obowiązku zachowania tajemnicy”.

<sup>16</sup> Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z 16 czerwca 1994 r., 1 KZP 5/94, OSP 1994/12 poz. 247.

<sup>17</sup> W kwestii przestrzegania tajemnicy adwokackiej przez adwokata przesłuchiwanego w postępowaniu karnym w charakterze podejrzanego lub oskarżonego patrz A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *Trójgłos w sprawie tajemnicy zawodowej adwokata*, w: *Palestra*, 1964, nr 3, s. 1-14.

<sup>18</sup> Krytyczna glosa Z. Krzemińskiego, w: *Monitor Prawniczy* 1994, z. 10, s. 302 - 305; odmiennie glosa aprobująca A. Geberle, w: *Państwo i Prawo*, 1995, nr 4, s. 106 - 111; por. także A. Murzynowski, *Refleksje na tle Uchwały Naczelnej Rady Adwokackiej dotyczącej tajemnicy adwokackiej*, w: *Palestra*, 1994, nr 11, s. 52.

gólny charakter regulacji procesowych (art. 163 kpk z 1969 r.) w stosunku do art. 6 ustawy *Prawo o adwokaturze* spotkała się ze zdecydowanym oporem korporacji adwokackiej<sup>19</sup>. Jeszcze przed podjęciem powyższego rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy organy samorządu adwokackiego, podkreślając bezwzględny charakter obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej, wskazywały, że przepis art. 163 kpk z 1969 r. nie ma zastosowania do adwokatów<sup>20</sup>. Co więcej, w toku prac legislacyjnych nad procedurą karną z roku 1969 Naczelna Rada Adwokacka postulowała, aby bezwzględny zakaz dowodowy objął tajemnicę adwokacką (nie tylko obrończą) i aby ustawodawca wyraźnie wyłączył możliwość stosowania art. 163 kpk w stosunku do adwokatów<sup>21</sup>. Istotne rozbieżności interpretacyjne w zakresie dopuszczalności zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, w tym adwokackiej, przyczyniły się do nowelizacji, ustawą z dnia 22 maja 1997 r.<sup>22</sup>, ustawy *Prawo o adwokaturze* jak i ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych<sup>23</sup>. Ustawa *Prawo o adwokaturze* nadaje tajemnicy adwokackiej charakter bezwzględny, stanowiąc, w art. 6 ust. 3, że adwokata nie można zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę.

*Kodeks postępowania karnego*, który wszedł w życie 1 września 1998 roku, podtrzymał dotychczasową linię ustawodawczą oraz orzecniczą wyznaczoną ww. uchwałą Sądu Najwyższego. Żadnej z tajemnic zawodowych (notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, lekarskiej, dziennikarskiej) nie nadano bezwzględnego charakteru<sup>24</sup>. Zaostrzono natomiast warunki umożliwiające zwolnienie z zachowania tajemnicy zawodowej. Zgodnie z przepisem art. 180 § 2 kpk osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, lekarskiej, dziennikarskiej mogą być przesłuchiwane, w charakterze świadka, co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. O przesłuchaniu lub zwolnieniu na przesłuchanie decyduje wyłącznie sąd, w formie postanowienia (postanowienia o przesłuchaniu – w fazie postępowania jurysdykcyjnego albo postanowienia o zezwoleniu na przesłuchanie – w fazie postępowania przygotowawczego), na które przysługuje zażalenie<sup>25</sup>.

W obecnie obowiązującym stanie prawnym kwestia charakteru tajemnicy adwokackiej pozostaje, więc nierozstrzygnięta. Zasadnicza sprzeczność pomiędzy przepisami art. 180 § 1 i 2 kpk oraz art. 6 ustawy *Prawo o adwokaturze* nadal występuje. Z jednej strony adwokat, w sytu-

<sup>19</sup> Uchwała Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 18 czerwca 1994 r. Nr 1/VIII/94.

<sup>20</sup> Uchwała Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 27.10.1993 r.; uchwała Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 12 grudnia 1993 r.

<sup>21</sup> Uchwała z dnia 7 listopada 1968 r., w: *Palestra*, 1969, nr 1, s. 107 i n.

<sup>22</sup> Dz. U. z 1997 r., Nr 75, poz. 471.

<sup>23</sup> Tekst jednolity - Dz. U. z 2002 r., Nr 123, poz. 1059 ze zm.

<sup>24</sup> Przesłuchanie w charakterze świadka adwokata, co do faktów objętych tajemnicą adwokacką, jest ujęte w konstrukcję względnego zakazu dowodowego; zob. także A. Ważny, *Problem zwolnienia z tajemnicy adwokackiej, dziennikarskiej i lekarskiej w procesie karnym*, w: *Prokuratura i Prawo*, 1998, nr 10, s. 113-118.

<sup>25</sup> S. Zabłocki, *Nowela k.p.k. z dnia 20 lipca 2000 r., Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC, 2000, System Informacji Prawnej Lex (Lex Omega) 41/2005, s. 1; według R. A. Stefańskiego, *Komentarz do art. 180 kodeksu postępowania karnego*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Tom. I, red. Z. Gostyński, J. Bratoszewski, L. Gardocki, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Dom Wydawniczy ABC, 1998, System Informacji Prawnej Lex (Lex Omega) 41/2005, s. 3, zażalenie przysługuje jedynie na postanowienie sądu w przedmiocie zwolnienia od zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, lekarskiej lub dziennikarskiej (tzn. na postanowienie o przesłuchaniu bądź postanowienie o zezwoleniu na przesłuchanie). Do tych bowiem tajemnic ustawa dopuszcza wprost zażalenie (art. 180 § 2 in fine). Identycznie T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Zakamycze, 2004, wyd. III, System Informacji Prawnej Lex (Lex Omega) 41/2005, s. 1.

acji zwolnienia go przez sąd od obowiązku zachowania tajemnicy, obowiązany jest zeznawać<sup>26</sup>, natomiast z drugiej strony nałożony jest na niego obowiązek zachowania tajemnicy. Wydaje się jednak, że teza wyrażona w cytowanej uchwale Sądu Najwyższego o szczególnym charakterze przepisu art. 163 (obecnie art. 180 kpk) w stosunku do przepisu art. 6 ustawy *Prawo o adwokaturze* zachowuje swoją aktualność<sup>27</sup>. Sprzeczność ta może, więc zostać usunięta poprzez zastosowanie reguły kolizyjnej *lex specialis derogat legi generali*. Ponadto uzależnianie stosowania przepisu art. 180 kpk od wyrażnej możliwości uchylecia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej zawartej w akcie prawnym regulującym tajemnicę (np. w ustawie *Prawo o adwokaturze*), czyniłoby przepis art. 180 bezprzedmiotowym<sup>28</sup>.

Zauważyć należy, że tylko na gruncie postępowania karnego ustawodawca dopuszcza możliwość zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, w tym tajemnicy adwokackiej. Inne przepisy procesowe tzn. przepisy postępowania cywilnego jak i postępowania administracyjnego, nie zawierają takiej regulacji. Przewidują jedynie sytuacje szczególne, w których świadek może uchylić się od odpowiedzi na zadane pytanie lub odmówić zeznań. Pozwala to na postawienie tezy, że ochrona dóbr, które są przedmiotem postępowania cywilnego oraz administracyjnego nie jest na tyle istotna, aby zwalniać w tych postępowaniach adwokatów z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Ustawodawca w zróżnicowany sposób kształtuje więc stosownie do potrzeb danego postępowania zakres prawa adwokatów do określonych zachowań wobec organów wymiaru sprawiedliwości.

Na gruncie postępowania cywilnego „świadek może odmówić odpowiedzi na zadane mu pytanie, jeżeli zeznanie mogłoby narazić jego lub jego bliskich (...) na odpowiedzialność karną, hańbę lub dotkliwą i bezpośrednią szkodę majątkową albo, jeżeli zeznanie miałoby być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej” (art. 261 § 2 *Kodeksu postępowania cywilnego*<sup>29</sup>). Z kolei na gruncie jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, rozumianego jako postępowanie, którego zakres przedmiotowy określają przepisy prawa administracyjnego i którego celem jest wydanie aktu jurysdykcji tzn. decyzji administracyjnej<sup>30</sup>, „świadek może odmówić odpowiedzi na pytania, gdy odpowiedź mogłaby narazić jego lub jego bliskich (...) na odpowiedzialność karną, hańbę lub bezpośrednią szkodę majątkową albo spowodować naruszenie obowiązku zachowania prawnie chronionej tajemnicy zawodowej” (art. 83 § 2 *Kodeksu postępowania administracyjnego*<sup>31</sup>). Ustawodawca w obu przypadkach uwzględnił, więc

<sup>26</sup> Po zwolnieniu od obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej odmowa zeznawania jest odmową bezpodstawną. Możliwe jest więc stosowanie kar porządkowych wobec świadka. Stosowanie najsurowszej z nich - kary porządkowej aresztowania – winno, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 1995 r. (I KZP 15/94, OSNKW 1-2/1995, poz. 1), odbywać się z dużą rozważą i oględnością.

<sup>27</sup> Należy w tym miejscu wskazać, że wyrokiem z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/2003, opublikowanym w OTK ZU 2004/10A poz. 107, Trybunał Konstytucyjny uznał, iż art. 180 § 2 kpk jest zgodny z art. 2, art. 17, art. 31 ust. 3, art. 42 ust. 1, art. 49 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W uzasadnieniu swego orzeczenia Trybunał potwierdził, iż stosunek pomiędzy przepisem art. 6 *Prawa o adwokaturze* a przepisem art. 180 § 2 kpk jest relacją *lex generalis* – *lex specialis*. Ponadto Trybunał nie znalazł podstaw do zaakceptowania tezy o istnieniu konstytucyjnego prawa do zachowania tajemnicy zawodowej. W ocenie Trybunału jedynym przepisem Konstytucji, na którym można oprzeć bezwzględny nakaz zachowania tajemnicy zawodowej przez przedstawiciela zawodu prawniczego jest art. 42 ust. 2, statuujący prawo do obrony. Prawo to, zdaniem Trybunału, przez kpk jest zagrożone w sposób niepodważalny.

<sup>28</sup> R. A. Stefański, *Komentarz do art. 180 kodeksu postępowania ...*, s. 3.

<sup>29</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego*, Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 ze zm.

<sup>30</sup> M. Zimmermann, *Z rozważań nad postępowaniem jurysdykcyjnym i pojęciem strony w kodeksie postępowania administracyjnego*, w: *Księga pamiątkowa prof. dra Kamila Stefki*, Wrocław 1967, s. 445; J. Zimmermann, *Polska jurysdykcja administracyjna*, Warszawa 1996, s. 84.

<sup>31</sup> Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r., tekst jednolity - Dz. U. z 1980 r., Nr 9, poz. 26 ze zm.

wprowadzone przez siebie obowiązki określonych grup zawodowych, w tym adwokatów. W ich przypadku obowiązki te sprowadzają się także do obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej. Ustawodawca postępuje przy tym konsekwentnie, albowiem nakładając w innych ustawach obowiązek składania zeznań, przewiduje możliwość zachowania milczenia przez osoby związane tajemnicą. Konkludując stwierdzić należy, że o zakresie prawa adwokatów do zachowania milczenia w stosunku do organów ochrony prawnej decyduje treść przepisów, stanowiących podstawę konstruowania tego prawa<sup>32</sup>.

Istnieje oczywiście więcej sytuacji procesowych, w których może dojść do konfliktu pomiędzy takimi wartościami jak dążenie do realizacji celów postępowania karnego, w szczególności poszukiwanie prawdy o popełnionym czynie i jego sprawcy oraz dobrem wymiaru sprawiedliwości, a potrzebą ochrony tajemnicy zawodowej, w tym adwokackiej. Konflikt ten szczególnie mocno może ujawnić się w toku przeszukania (art. 219 – 236a kpk), gdy wydane lub znalezione przy przeszukaniu pismo lub inny dokument zawiera wiadomości objęte tajemnicą zawodową, w tym tajemnicą adwokacką. W zakresie wykorzystania w postępowaniu dowodowym dokumentów zawierających wiadomości objęte tajemnicą zawodową, w tym adwokacką, stosuje się odpowiednio zakazy i ograniczenia określone w art. 178 – 181 kpk. Oznacza to, że taki dokument będzie mógł być wykorzystany tylko przy spełnieniu warunków określonych w art. 180 kpk i tylko na mocy decyzji sądu.

Interesy osób korzystających z pomocy prawnej jak i zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej, w tym adwokackiej, mogą znaleźć się w konflikcie także z innymi wartościami niż dobro wymiaru sprawiedliwości. Taką wartością może być ochrona konkurencji przed praktykami, które ją ograniczają, przy czym przez konkurencję należy rozumieć „współzawodnictwo między przedsiębiorstwami, które ma na celu stworzenie najbardziej korzystnych warunków sprzedaży czy świadczenia usług, tak aby ostateczny konsument mógł spośród wielu substytucyjnych ofert wybrać dla siebie tę najkorzystniejszą”<sup>33</sup>. Wskazuje się, że im lepiej funkcjonuje mechanizm konkurencji, tym wyższa jest efektywność i innowacyjność gospodarki, tym lepsza jest jakość dóbr i usług i tym niższe ceny. W konsekwencji lepiej chronione są interesy konsumentów, którzy uznawani są za punkt odniesienia i ostateczną miarę konkurencji<sup>34</sup>. Płaszczyzną, na której może pojawić się ten konflikt jest więc postępowanie wyjaśniające jak i antymonopolowe, prowadzone przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jako centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji (...) – art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o *ochronie konkurencji i konsumentów*<sup>35</sup>.

Realizacja zadań Prezesa Urzędu w zakresie ochrony konkurencji następuje głównie w drodze wykonywania uprawnień władczych, poprzez wydawanie decyzji administracyjnych w sprawach przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję. Decyzje uznające praktykę za ograniczającą konkurencję i nakazujące jej zaniechania, jak również decyzje uznające praktykę

<sup>32</sup> Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 listopada 2004 r., SK 64/2003, OTK ZU 2004/10A poz. 107.

<sup>33</sup> M. Bychowska, *Prawo konkurencji w Unii Europejskiej*, w: *Wprowadzenie do prawa Wspólnot Europejskich (Unii Europejskiej)*, red. A. Wróbel, M. Bychowska, M. Dąca, W. Postulski, E. Skibińska, A. Szoplińska, I. Twardowska – Mędrak, Zakamycze 2002, System Informacji Prawnej Lex („OMEGA”) 20/2005; W piśmiennictwie wskazuje się oczywiście także na inne definicje konkurencji. Definiuje się ją jako „współzawodnictwo niezależnie działających na rynku przedsiębiorców, nie powiązanych ze sobą, zwłaszcza kapitałowo lub personalnie, zmierzające do osiągnięcia podobnych celów gospodarczych, co możliwe jest kosztem innych przedsiębiorców, których działalność nakierowana jest na te same cele. Rywalizacja ta dotyczy korzyści ekonomicznych osiąganych ze sprzedaży towarów lub usług oraz rynków zaopatrzenia lub zbytu” – T. Ławicki, *Wielka encyklopedia prawa (pr. zbior.)*, Warszawa – Białystok 2000, s. 366 cyt. za. E. Modzelewska Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Twigger, Warszawa 2002, s. 9.

<sup>34</sup> T. Skoczny, *Zakaz Praktyk Ograniczających Konkurencję*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa stycznia 2003, s. 5.

<sup>35</sup> Tekst jednolity - Dz. U. z 2003 r., Nr 86, poz. 804 ze zm.

za ograniczającą konkurencję i stwierdzające zaniechanie jej stosowania oraz decyzje o nie-stwierdzeniu stosowania praktyki, wydawane są po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, które wszczyna się na wniosek lub z urzędu (art. 44 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*). Może ono być dodatkowo poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym (art. 42 ust. 2 ww. ustawy), co z reguły ma miejsce.

Postępowanie prowadzone przed Prezesem Urzędu określane jest niekiedy w piśmiennictwie jako „procedura hybrydowa”<sup>36</sup>. Projektując je przyjęto model administracyjno – sądowy. Ta złożona procedura zawiera bowiem elementy właściwe dla odmiennych typów postępowań. Niewątpliwie, w zasadniczej części, postępowanie przed Prezesem Urzędu oparte jest na rozwiązaniach właściwych jurysdykcyjnemu postępowaniu administracyjnemu. Jak słusznie zauważono, wyznacza ono ogólny standard – punkt odniesienia – dla ocen odnoszących się do wszelkich postępowań przed organami administracji publicznej<sup>37</sup>. W toku postępowania przed Prezesem Urzędu, oprócz przepisów samej ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, stosuje się przepisy kpa, kpc oraz kpk. Zgodnie z przepisem art. 80 ww. ustawy w sprawach nieuregulowanych w ustawie do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy kpa (wprost)<sup>38</sup>. W sprawach dotyczących dowodów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu, w zakresie nieuregulowanym w Rozdziale 1 (przepisy ogólne) Działu V (postępowanie przed Prezesem Urzędu), zgodnie z art. 81 ww. ustawy, stosuje się odpowiednio art. 227 – 315 kpc. Z kolei w sprawach dotyczących przeszukania, nieuregulowanych w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów*, stosuje się odpowiednio przepisy kpk o przeszukaniu (art. 58 ust. 4 ww. ustawy).

Warto zauważyć, że ustawodawca w postępowaniu antymonopolowym dopuszcza daleko idącą ingerencję w sferę indywidualnych praw i wolności przedsiębiorców. Ingerencja ta ma miejsce na etapie gromadzenia materiału dowodowego, a czynności dowodzenia w znacznym stopniu zostały sformalizowane. Jak się wydaje jest to konsekwencją przyjęcia przez ustawodawcę, zwłaszcza w sferze uprawnień dochodzeniowych Prezesa Urzędu, „prymatu elementu skuteczności działania”. Podkreśla się przy tym, że uprawnienia dochodzeniowe Prezesa Urzędu, mimo że uzasadnione ze względu na konieczność „skutecznego ustalania stanów faktycznych w sprawach antymonopolowych (...) nie respektują gwarancji konstytucyjnych podstawowych praw i wolności przedsiębiorców”<sup>39</sup>.

Zgodnie z przepisem art. 45 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przedsiębiorcy lub związki przedsiębiorców są zobowiązani do udzielania na żądanie Prezesa Urzędu, zarówno w toku postępowania wyjaśniającego jak i antymonopolowego, „wszelkich koniecznych informacji i dokumentów”. Uzasadnieniem dla takiego uprawnienia jest fakt wykonywania przez

<sup>36</sup> Określenia tego według Zb. Kmiecika, *Postępowanie w sprawach ochrony konkurencji a koncepcja procedury hybrydowej*, w: *Państwo i Prawo*, 2002, nr 4, s. 31 i n., używa się „oznaczając nim szczególne postępowania o charakterze prawotwórczym, prowadzone wszakże przy wykorzystaniu instytucji procesowych typowych dla działalności orzeczniczej”. O ich wykształceniu, zdaniem Autora, przesądziły względy czysto praktyczne. Dążono bowiem do zapewnienia pełnej ochrony stron takiego postępowania przy jednoczesnym zachowaniu standardu rozstrzygania i zwiększeniu efektywności działania organów administracji.

<sup>37</sup> Ibidem, s. 32 i 33.

<sup>38</sup> Należy zauważyć, że ustawodawca w przepisie art. 80 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w sprawach nieuregulowanych odsyła do stosowania przepisów kpa wprost. Natomiast w przepisie art. 92 ww. ustawy, stanowiąc, że postępowanie antymonopolowe powinno być zakończone nie później niż w terminie 5 miesięcy od dnia jego wszczęcia, nakazuje stosować przepisy art. 35 – 38 kpa („Załatwianie spraw”) odpowiednio. Ponadto w piśmiennictwie wyrażono pogląd, że pomimo zastosowania przez ustawodawcę w art. 80 ww. ustawy generalnego odesłania do kpa, przepisy tego aktu nie powinny być stosowane wprost lecz odpowiednio. Zdaniem Zb. Kmiecika, *Postępowanie w sprawach ochrony ...*, s. 42, „nie pozwalają na to właściwości przedmiotu zawartej w ustawie antymonopolowej regulacji procesowej”.

<sup>39</sup> R. Janusz, T. Skoczny, *Postępowanie antymonopolowe jako szczególne postępowanie administracyjne*, w: *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, Kraków 2001, s. 271.

Prezesa Urzędu zadań w interesie publicznym („Ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów” – art. 1 ust. 1 ww. ustawy), który uznawany jest za nadrzędny w stosunku do indywidualnego interesu uczestników rynku<sup>40</sup>. W przypadku, choćby nieumyślnego, nieudzielania przez przedsiębiorcę lub związek przedsiębiorców żądanych, na podstawie art. 45 ww. ustawy, informacji Prezes Urzędu może nałożyć na ww. podmioty, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość od 1 000 do 50 000 000 euro (art. 101 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy)<sup>41</sup>.

W toku postępowania przed Prezesem Urzędu, zarówno wyjaśniającego jak i antymonopolowego, w zakresie objętym tym postępowaniem, u każdego przedsiębiorcy lub związku przedsiębiorców (także tych, którzy nie są stronami postępowania antymonopolowego), może być przeprowadzona kontrola (art. 57 ust. 1 ww. ustawy). Jest ona przede wszystkim środkiem mającym na celu zbieranie materiału dowodowego w prowadzonym postępowaniu (jest elementem postępowania dowodowego) oraz kontrolę przestrzegania wykonywania przez przedsiębiorców prawomocnych decyzji oraz wyroków<sup>42</sup>. Upoważniony pracownik Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (kontrolujący) ma prawo między innymi żądać udostępnienia akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji (w tym komputerów lub osobistych notatników) związanych z przedmiotem kontroli oraz ich odpisów i wyciągów, a także sporządzania z nich notatek (art. 57 ust. 5 pkt 2 ww. ustawy)<sup>43</sup>. Ponadto, zgodnie z § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 18 września 2001 r. w *sprawie szczegółowego trybu i sposobu przeprowadzania kontroli przedsiębiorców i związków przedsiębiorców w toku postępowania przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*<sup>44</sup>, kontrolowany zapewnia wgląd do wszelkich dokumentów związanych z przedmiotem kontroli, a także sporządza kopie dokumentów wskazanych przez kontrolującego.

W toku kontroli kontrolujący może również dokonać przeszukania pomieszczeń lub rzeczy (art. 61 ww. ustawy). Przeszukanie następuje za zgodą Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu ochrony konkurencji i konsumentów, udzieloną na wniosek Prezesa Urzędu. Zgoda sądu przybiera formę postanowienia, na które nie przysługuje zażalenie (art. 58 ust. 2 ww. ustawy). Przy przeszukaniu kontrolujący może korzystać z pomocy funkcjonariuszy innych organów kontroli państwowej lub Policji. Należy podkreślić, że nowelizacja ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* z dnia 16 kwietnia 2004 roku<sup>45</sup> rozszerzyła uprawnienia Prezesa Urzędu w zakresie przeszukań. Na podstawie art. 58 ust. 1a ww. ustawy Prezes Urzędu może wystąpić do sądu ochrony konkurencji i konsumentów, z wnioskiem o wyrażenie zgody na dokonanie przeszukania, także przed wszczęciem postępowania antymonopolowego, jeśli zachodzi uzasadnione podejrzenie poważnego naruszenia przepisów ustawy, w przypadkach niecierpiących zwłoki,

<sup>40</sup> E. Modzelewska – Wąchal, op. cit., s. 221. Warto zauważyć, że ochrona interesu publicznego obok ochrony indywidualnych interesów jednostek, we wszystkich stadiach postępowania przed organami administracji publicznej tzn. w stadium podstawowym, na etapie postępowania wyjaśniającego oraz po jego zamknięciu, a także w stadium następującym po wydaniu decyzji administracyjnej jest niewątpliwie jedną z podstawowych funkcji jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego – J. Jendrośka, *Kodeks postępowania administracyjnego a proces doskonalenia funkcjonowania administracji publicznej*, w: *Państwo i Prawo*, 1977, Nr 4, s. 17.

<sup>41</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 31/2004, OSNP 2005/4, poz. 60.

<sup>42</sup> E. Modzelewska – Wąchal, op. cit., s. 235.

<sup>43</sup> Podkreślić należy, że kontrolujący nie może domagać się od kontrolowanego sporządzenia opracowań i analiz do celów przeprowadzenia kontroli, które nie są wymagane przez obowiązujące przepisy – wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 6 września 1993 r., XVII Amr 22/93, w: *Wokanda*, 1994, nr 2 cyt. za E. Modzelewska – Wąchal, op. cit., s. 237.

<sup>44</sup> Dz. U. z 2001 r., Nr 116, poz. 1240.

<sup>45</sup> Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o *zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw*, Dz. U. z 2004 r., Nr 93, poz. 891.

w szczególności wtedy, gdy mogłoby to spowodować zatarcie dowodów. Powyższa nowelizacja pozwoliła na przeprowadzenie przeszukania zaskoczenia, co jest niezwykle istotne w przypadku zwalczania karteli. Szybkość działania w tych sprawach decyduje bowiem niejednokrotnie o zebraniu dowodów, a co za tym idzie ukaraniu przedsiębiorcy stosującego praktykę ograniczającą konkurencję, polegającą na zawarciu zakazanego, antykonkurencyjnego porozumienia. Przedsiębiorca niespodziewający się przeszukania nie ma czasu na skuteczne ukrycie lub zniszczenie dowodów, co może się zdarzyć, gdy doręczono mu już, zgodnie z przepisem art. 84 ust. 3 ww. ustawy zawiadomienie o wszczęciu przeciwko niemu postępowania antymonopolowego<sup>46</sup>. Rozszerzono także zakres przeszukań, albowiem, na podstawie znowelizowanego przepisu art. 91 ww. ustawy dopuszczono prowadzenie przeszukania nie tylko w lokalu mieszkalnym, ale również w innym pomieszczeniu, nieruchomości lub środku transportu, które należą do przedsiębiorcy lub innej osoby, np. pracownika przedsiębiorcy. Celem takiego rozwiązania jest oczywiście ułatwienie w zbieraniu dowodów. Przeszukania w trybie art. 91 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dokonuje jednak Policja. Wynika to zarówno z przepisu art. 91 ust. 2 oraz ust. 4 ww. ustawy. Prezes Urzędu może także na podstawie art. 61a ww. ustawy prowadzić kontrolę, w tym dokonać przeszukania, w trybie określonym ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, na wniosek Komisji Europejskiej lub organu ochrony konkurencji innego Państwa Członkowskiego Unii Europejskiej, bez wszczynania odrębnego postępowania. Zgodnie z przepisem art. 60 ww. ustawy Prezes Urzędu, w ramach przeprowadzanej kontroli, może wydawać postanowienia o zajęciu, w celu zabezpieczenia akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów lub innych nośników informacji oraz innych przedmiotów, które mogą stanowić dowód w sprawie. Zajęcie może nastąpić na czas niezbędny do przeprowadzenia kontroli, jednak nie dłuższy niż 7 dni. W razie odmowy dobrowolnego wydania ww. przedmiotów, możliwe jest przeprowadzenie ich odebrania, w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (art. 60 ust. 2 ww. ustawy).

Ponadto Prezes Urzędu, w toku rozprawy administracyjnej może przesłuchiwać świadków (art. 55 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Przesłuchanie będzie się jednak odbywać, w zakresie nieuregulowanym w ww. ustawie, według reguł wskazanych w kpc (art. 258 – 277) stosowanych odpowiednio (art. 81 ww. ustawy).

To właśnie na gruncie powyżej wskazanych czynności procesowych przeprowadzanych w postępowaniu przed Prezesem Urzędu może dojść do wyraźnego konfliktu pomiędzy wartością jaką jest zachowanie w tajemnicy wszystkiego, o czym adwokat dowiedział się w związku z udzielaniem porady prawnej, a dążeniem Prezesa Urzędu do ochrony konkurencji, rozumianej jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Do eskalacji tego konfliktu niewątpliwie mogą przyczynić się szczególnie silne uprawnienia Prezesa Urzędu w zakresie zbierania dowodów. Są one, w zasadzie, odzwierciedleniem uprawnień Komisji Europejskiej, które przysługują jej w toku prowadzonych postępowań w sprawach naruszenia art. 81 lub art. 82 *Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską* (TWE)<sup>47</sup>.

Zagadnienia tajemnicy adwokackiej oraz związanego z nią zakazu dowodowego (ang. *legal privilege*)<sup>48</sup>, na gruncie wspólnotowego prawa konkurencji, są przedmiotem trwającej już ponad 20

<sup>46</sup> Por. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw – System Informacji Prawnej LEX („OMEGA”) 18/2004.

<sup>47</sup> Dz. U. WE C 325 z 24.12.2002 r.

<sup>48</sup> Pod pojęciem „*legal privilege*” należy rozumieć „zasadę prawa, według której pewne wiadomości uzyskane na drodze prawnik – klient nie mogą być przedmiotem przymusowego ujawnienia w postępowaniu. Jeśliby jednak zostały ujawnione, wbrew woli klienta, takie wiadomości są niedopuszczalne jako dowody w tym postępowaniu” – cyt. za E. Gippini – Fourier, *Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond*

lat dyskusji. Nabrała ona jeszcze większego znaczenia od czasu podjęcia prac nad reformą wspólnotowego prawa ochrony konkurencji<sup>49</sup>. Ustawodawca europejski w preambule Rozporządzenia Rady nr 1/2003/WE z dnia 16 grudnia 2002 roku w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu<sup>50</sup> wyraźnie wskazuje, że Komisja Europejska winna posiadać szersze uprawnienia śledcze pozwalające na skuteczne wykrywanie każdego porozumienia, zakazanego na mocy art. 81 TWE. Dlatego też nowe Rozporządzenie Rady nr 1/2003/WE w rozdziale V (Uprawnienia dochodzeniowe) znacznie rozszerza uprawnienia Komisji Europejskiej w zakresie prowadzonych dochodzeń w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. Ponadto, w ostatnich latach wyraźnie widać, iż zwalczanie karteli staje się priorytetem w działaniach Komisji Europejskiej. Walka z nimi jest bowiem uznawana za zasadniczą sprawę dla dobra wspólnej gospodarki i główny cel działań wszystkich organów antymonopolowych<sup>51</sup>. Wprowadzane są więc nowe instrumenty i metody śledcze (ang. *investigative tools*) służące do skutecznego eliminowania najcięższych ograniczeń konkurencji jakimi są zakazane porozumienia. Te nowe instrumenty to przede wszystkim programy *leniency* (programy łagodzenia kar)<sup>52</sup>, „naloty” organów antymonopolowych wczesnym rankiem na siedziby przedsiębiorców podejrzewanych o zakazaną zmwę, w celu dokonania kontroli czy przeszukania (tzw. ang. *dawn raids*), możliwość uzyskiwania dowodów tzw. elektronicznych, możliwość uzyskiwania ustnych zeznań i przesłuchania świadków, możliwość kontroli i utrwalania rozmów czy też w końcu zagrożenie wysokimi karami pieniężnymi za zawarcie zakazanego porozumienia (funkcja odstraszenia karą). Rozszerzenie kompetencji Komisji Europejskiej, a także zmiana polityki karania za stosowanie przez przedsiębiorców najcięższych praktyk ograniczających konkurencję (tzw. ang. *hard – core restrictions*, *hard – core cartels*) niewątpliwie zmusza do poświęcenia większej uwagi zagadnieniu tajemnicy zawodowej i związanych z nią zakazów dowodowych. Warto zauważyć, że zarówno Rozporządzenie Rady nr 1/2003/WE, jak i poprzednio obowiązujące Rozporządzenie Rady nr 17 z 1962 r.<sup>53</sup> nie zawiera żadnych postanowień pozwalających przedsiębiorcom odmówić dostarczenia żądanych informacji, powołując się przy tym na tajemnicę adwokacką. Co więcej, Parlament Europejski, w toku prac nad Rozporządzeniem Rady nr 1/2003/WE, odrzucił próbę uwzględnienia w ww. akcie klauzuli respektującej uprawnienie adwokata lub podmiotu korzystającego z jego usług, do zachowania w tajemnicy informacji uzyskanych (przekazanych) w związku z udzielaniem pomocy prawnej. Dlatego też, na gruncie europejskiego prawa ochrony konkurencji, wszelkie tezy odnoszące się do instytucji tajemnicy adwokackiej i związanego z nią zakazu dowodowego wyprowadzane są z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu<sup>54</sup>.

*the Cursory Glance*, s. 4, <http://www.ssm.com>. Należy więc uznać, że wyrażenie „*legal privilege*” oznacza zakaz dowodowy związany z tajemnicą adwokacką.

<sup>49</sup> Patrz K. Czapracka, *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji na przykładzie nowej regulacji dotyczącej stosowania art. 81 i 82 TWE*, w: *Prawo wobec wyzwań współczesności*, red. Paweł Wiliński, Tom X, Poznań 2004, s. 104 – 113.

<sup>50</sup> Council Regulation (EC) no. 1/2003 of 16 December 2002 on implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal of the European Communities 04.01.2003, L 1, s. 1-25.

<sup>51</sup> M. Monti, *Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?*, w: *Fighting Cartels – why and how?*, The 3rd Nordic Competition Policy Conference In Stockholm, September 2000, Konkurrensverket, Göteborg 2001, s. 15.

<sup>52</sup> Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, Official Journal of the European Communities, 19.02.2002, C 45/3.

<sup>53</sup> Regulation no. 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, Official Journal of the European Communities 21.02.1962, P 013, s. 204 – 211.

<sup>54</sup> G. Peretz, *Privilege Against Disclosure in EC Competition Law Proceedings*, AIJA Conference, Warsaw, 3 – 5 March 2005, s. 2; zob. także *The issue of legal privilege in competition cases*, Mayer, Brown, Rowe & Maw LLP, [http://www.legal500.com/devs/uk/en/uheu\\_009.htm](http://www.legal500.com/devs/uk/en/uheu_009.htm); I. McCallum, *Antitrust Update, The Knotty Issue of privilege in Competition law in the EU and UK*, January 12, 2005, <http://www.meyerbraunrowe.com/london/practise/article.asp?pnid=1446&rid=1959&nid=1513>.

Zasadniczym dla zdefiniowania zakresu zakazu dowodowego związanego z zagadnieniem tajemnicy adwokackiej (ang. *legal privilege*), było orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 maja 1982 r. w sprawie 155/79 *Australian Mining & Smelting Europe Limited (AM&S) v. Commission*<sup>55</sup>. Trybunał dokonał w nim analizy przepisów należących do systemów prawnych Państw Członkowskich, odnoszących się do tajemnicy zawodowej oraz związanych z nią zakazów dowodowych. Sformułował również pewne założenia instytucji *legal privilege*, oparte także na tradycji funkcjonowania ww. instytucji, w Państwach Członkowskich. Trybunał zauważył, że to do samej Komisji, a nie do przedsiębiorstwa, od którego żądała ona, na podstawie art. 14 ust. 1 Rozporządzenia Rady Nr 17, przekazania pism, należała decyzja o tym, czy dany dokument winien być jej przedłożony. Jednocześnie zwrócił uwagę, że krajowe systemy prawne poszczególnych Państw Członkowskich chronią jednak, w podobnych okolicznościach, poufność korespondencji pomiędzy prawnikiem, a jego klientem, jeżeli korespondencja prowadzona jest w ramach prawa klienta do obrony i „przez niezależnych adwokatów, tzn. prawników, którzy nie są związani z mandantem umową o pracę”<sup>56</sup>. Trybunał Sprawiedliwości wysunął więc tezę, zgodnie z którą przedsiębiorcy, na gruncie wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, winni także korzystać z ochrony poufności całej korespondencji pomiędzy nimi a ich adwokatem, która może znajdować się pomiędzy dokumentami żadanymi przez Komisję. Korespondencja ta winna być więc objęta zakazem dowodowym. Musi ona mieć jednak związek z prowadzonym przez Komisję postępowaniem. Ponadto, co najważniejsze, ww. zakaz dowodowy rozciąga się, po pierwsze tylko na dokumenty pisemne, po drugie korespondencja musi być prowadzona z „zewnętrznym prawnikiem” (ang. *external lawyer*) i po trzecie prawnik musi być dopuszczony do zawodu w jednym z Państw Członkowskich. Przez pojęcie zewnętrznego prawnika należy tutaj rozumieć prawnika, który nie jest związany z mandantem umową o pracę<sup>57</sup>. Przedstawiona powyżej koncepcja zakazu dowodowego wynikającego z obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej, wyrażona przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *AM&S v. Commission*, nie spotkała się z akceptacją korporacji prawniczych. Przyczyną takiego stanowiska był niewątpliwie fakt, że zakaz dowodowy nie obejmował korespondencji prowadzonej z prawnikiem zatrudnionym w przedsiębiorstwie na podstawie umowy o pracę (ang. *in – house lawyers*), a także nie obejmował pomocy prawnej świadczonej przez prawników niedopuszczonych do wykonywania zawodu w jednym z Państw Członkowskich. Istotna zmiana w podejściu do instytucji *legal privilege* nastąpiła dopiero po 20 latach od wyroku w sprawie *AM&S v. Commission*. Na gruncie połączonych spraw T – 125/03R i T – 253/03R *Akzo Nobel and Akros Chemicals v. Commission*<sup>58</sup>, Sąd Pierwszej Instancji ponownie rozważył problematykę zakresu zakazu dowodowego związanego z tajemnicą adwokacką. Prezes powyższego Sądu, wydając w dniu 30 października 2003 roku tymczasowe zarządzenie (tzw. ang. *interim order*) zawieszające decyzję Komisji, w której uznała, że pewne pisma, na które natrafiła w toku kontroli, nie są chronione tajemnicą zawodową i nie są w związku z tym objęte zakazem dowodowym, dał nowy impuls do dyskusji nad rozszerzeniem zakresu tego

<sup>55</sup> Zbiór orzecznictwa 1982, 1575 cyt za. *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej, Orzecznictwo, Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962 – 1989*, Opracowanie i wprowadzenie A. Jurkowska i T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 297 – 299.

<sup>56</sup> Ibidem, s. 298.

<sup>57</sup> G. Peretz, *Privilege Against ...*, s. 3., A. Valcke, *In – house Privilege Gets Second Chance Before European Courts*, EU Competition & Trade, December 2003, <http://www.bakernet.com/NR/rdonlyres/7CC076FC-DA8A-49E9-8F2F-D44FA111710C/36972/PrivilegeCompetitionAlertDecember2003.pdf>; E. Gippini – Fourier, *Legal Professional Privilege in ...*, s. 41.

<sup>58</sup> Official Journal of the European Communities 7.02.2004, C 35/15,

<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:035:0010:0010:EN:PDF>

zakazu. Miałby on objąć także korespondencję prowadzoną z prawnikiem zatrudnionym w przedsiębiorstwie na podstawie umowy o pracę (*in – house lawyers*).

W powyższych połączonych sprawach spór sprowadzał się do pytania, czy określone dokumenty, uzyskane w toku przeszukania, winny być uznane za korespondencję pomiędzy przedsiębiorcą i prawnikiem zewnętrznym (czego konsekwencją byłoby uznanie, iż są objęte tajemnicą zawodową i jednocześnie zakazem dowodowym), czy też są jedynie wewnętrznymi pismami, które nie korzystają z ww. przywileju. Prezes Sądu uznał, iż zebrane materiały (memorandum), przygotowane dla zarządu przedsiębiorstwa, w celu uzyskania pomocy prawnej od zewnętrznego prawnika, winny być raczej traktowane jako korzystające z ochrony przed ujawnieniem ich Komisji. Wyraził także wątpliwość czy *e – mail*e wysyłane pomiędzy dyrektorem generalnym, a prawnikiem należącym do holenderskiego samorządu zawodowego adwokatów i zatrudnionym w przedsiębiorstwie *Akzo* oraz pisemne notatki przygotowane przez dyrektora generalnego, w celu przygotowania ww. memorandum, nie powinny zostać także uznane za objęte tajemnicą adwokacką i w konsekwencji zakazem dowodowym? Zdaniem Prezesa Sądu uzasadnione jest bowiem pytanie, czy rozwój prawa ochrony konkurencji, jaki dokonał się od czasu orzeczenia w sprawie *AM&S v. Commission*, nie skutkuje koniecznością objęcia zakazem dowodowym także korespondencji czy też pism wytworzonych przez prawników pozostających w stosunku pracy z przedsiębiorcą?<sup>59</sup>. Podkreślono, że od czasu ww. wyroku, w wielu Państwach Członkowskich, prawnicy zatrudnieni w ramach stosunku pracy (*in – house lawyers*) odgrywają coraz większą rolę w wymiarze sprawiedliwości, a ponadto poddani zostali odpowiedzialności zawodowej i zyskali większą niezależność. W szerszym zakresie korzystają także z ochrony przed ujawnieniem informacji uzyskanych w związku z udzielaniem pomocy prawnej. Co więcej, nie można w żaden sposób zakładać, że stosunek pracy, istniejący pomiędzy prawnikiem a jego pracodawcą, „niewątpliwie niekorzystnie wpłynie na niezależność wymaganą od prawników, która jest konieczna dla wypełniania roli przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości”<sup>60</sup>.

Zdaniem Prezesa Sądu Komisja Europejska, w wątpliwych przypadkach, tzn. takich gdy nie ma pewności czy dane pismo, uzyskane w toku kontroli czy przeszukania, zawiera wiadomości objęte tajemnicą adwokacką, winna przyjąć sposób postępowania, który nie będzie prowadził do wyrządzenia szkody przedsiębiorcy. Dokumenty, co do których przedsiębiorca wysunął zastrzeżenie, że zawierają informacje objęte tajemnicą adwokacką, Komisja powinna zabezpieczyć w zapieczętowanych kopertach. W przypadku, w którym Komisja chciałaby wykorzystać takie dokumenty (przeprowadzić z nich dowód) winna wydać w tej sprawie formalną decyzję, od której przedsiębiorcy przysługiwałoby odwołanie do Sądu Pierwszej Instancji<sup>61</sup>.

Według korporacji prawniczych powyższe orzeczenie, a w zasadzie dokonana przez Prezesa Sądu analiza instytucji *legal privilege* na gruncie wspólnotowego prawa konkurencji, stanowi istotny, pozytywny wyłom w dotychczasowym orzecznictwie i w ogóle w podejściu do tej koncepcji. Sugeruje bowiem, że sądy europejskie są gotowe na nowo rozważyć dopuszczalność korzystania także przez tzw. *in – house lawyers*, w toku postępowań prowadzonych przez Komisję Europejską, w sprawach naruszenia art. 81 lub 82 TWE, z ochrony tajemnicy korespondencji pomiędzy nimi a ich pracodawcami<sup>62</sup>. Mimo nieustannego lobbingu ze strony różnych organizacji zrzeszających prawników, takich jak The Council of the Bars and Law Societies of the EU

<sup>59</sup> G. Peretz, *Privilege Against ...*, s. 3.

<sup>60</sup> A. Valcke, *In – house Privilege Gets...*, s. 3.

<sup>61</sup> G. Peretz, *Privilege Against ...*, s. 4.

<sup>62</sup> G. Murphy, *CFI Signals Possible Extension of Professional Privilege to In – house Lawyers*, s. 1 – 13, [http://www.globalcompetitionforum.org/regions/n\\_america/canada/LPP%20Oand%20Akzo%20edit%201.0%20\(changes%20integrated\)2.pdf](http://www.globalcompetitionforum.org/regions/n_america/canada/LPP%20Oand%20Akzo%20edit%201.0%20(changes%20integrated)2.pdf).

(CCBE) czy European Company Lawyers Association (ECLA)<sup>63</sup> Komisja Europejska, jak do tej pory, ignoruje, także w pracach legislacyjnych, postulaty domagające się uznania, iż zakaz dowodowy wynikający z obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej (legal privilege) rozciąga się także na dokumenty wydawane w ramach pomocy prawnej świadczonej przez prawników pozostających w stosunku pracy z przedsiębiorcą (in – house lawyers)<sup>64</sup>.

Wydaje się, że przedstawionych powyżej rozwiązań nie da się łatwo i w całości implementować na grunt polskiego systemu prawnego. Mogą one jedynie okazać się pomocne dla uzasadnienia pewnych tez dotyczących zagadnienia tajemnicy zawodowej, w tym adwokackiej i związanego z nią zakazu dowodowego, w krajowym systemie prawa ochrony konkurencji. Wynika to przede wszystkim z faktu, że na gruncie postępowania przed Prezesem Urzędu zakazy dowodowe, wynikające z obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej, są uregulowane przez konkretne normy prawne. Nie wynikają, tak jak ma to miejsce na gruncie wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, z orzecznictwa sądowego. Ponadto, w przypadku wykonywania zawodu adwokata podział adwokatów na tzw. external lawyers oraz in – house lawyers nie istnieje. Adwokaci, zgodnie z przepisem art. 4b ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo o adwokaturze, nie mogą wykonywać zawodu, jeżeli pozostają w stosunku pracy. Powyższy podział można zastosować jedynie wobec radców prawnych, albowiem zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy o radcach prawnych wykonują oni zawód, między innymi, w ramach stosunku pracy. Wydaje się jednak, że należałoby zaakceptować tezę wysuniętą przez Sąd Pierwszej Instancji w sprawie AM&S v. Commission, że fakt istnienia stosunku pracy nie może determinować stopnia ochrony informacji, o których prawnik (radca prawny) dowiedział się udzielając pomocy prawnej. Powyższy fakt nie może zatem warunkować objęcia tych informacji zakazem dowodowym<sup>65</sup>.

Wydaje się więc koniecznym podjęcie, na gruncie postępowania przed Prezesem Urzędu, próby rozstrzygnięcia kolizji pomiędzy wartościami, jakimi są skuteczna ochrona konkurencji (zwłaszcza przed kartelami<sup>66</sup>) oraz ochrona autonomii jednostki i należyte wykonywanie zawodu adwokata. Czy ochrona przed najcięższymi ograniczeniami konkurencji uzasadnia uchylenie przez Prezesa Urzędu, w toku prowadzonego przed nim postępowania, tajemnicy adwokackiej? I czy jest to prawnie dopuszczalne?

Największe niebezpieczeństwo związane z ewentualnym ujawnieniem, w toku postępowania przed Prezesem Urzędu, informacji objętych tajemnicą adwokacką może mieć miejsce zarówno w czasie przeszukania jak i kontroli. Te dwie czynności procesowe wiążą się w największym stopniu z ograniczeniem wolności i praw przedsiębiorców. Z uwagi na treść przepisu art. 58 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w czasie przeszukania prowadzonego w trybie art. 58 lub 91 ww. ustawy, w zakresie ochrony tajemnicy zawodowej, w tym adwo-

<sup>63</sup> *Human Rights Implications of Privilege Denial*, Speech by J. Van Caenegem, Vice – President ECLA to the IBA, Paris 21st February 2002, s. 1 – 4, [www.ecla.org/pages/human\\_rights.html](http://www.ecla.org/pages/human_rights.html).

<sup>64</sup> A. Valcke, *In – house Privilege Gets ...*, s. 3.

<sup>65</sup> Zdaniem jednak Trybunału Konstytucyjnego „gdy radca jest zatrudniony w ramach umowy o pracę, trudno mówić, iż wykonuje on zawód zaufania publicznego. W każdym razie, w sytuacji długotrwałego stosunku prawnego łączącego radcę prawnego z podmiotem na rzecz którego świadczy on usługi prawne, niemal nie sposób oddzielić faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę, a które miałyby być objęte tajemnicą zawodową, od okoliczności znanych mu po prostu na skutek stałych kontaktów z jednostką organizacyjną, w której faktycznie wykonuje pracę” – wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/2003, OTK ZU 2004/10A poz. 107.

<sup>66</sup> Kartele szkodzą konsumentom i mają negatywny wpływ na alokację zasobów w skali makroekonomicznej. Powodują najczęściej podwyżkę cen i redukcję rozmiarów produkcji. Konsumentci, ale także przedsiębiorcy stają przed wyborem. Albo nie zapłacą wyższej ceny za pewne lub wszystkie produkty objęte znową kartelową, które pragną zdobyć i obejść się bez tych produktów albo płacą cenę ustaloną przez kartel i przez to bezwiednie transferują dobro na rzecz uczestników kartelu. Co więcej kartel zapewnia swoim członkom ochronę przed pełnym wystawieniem

kackiej, winno się stosować odpowiednio przepis art. 225 kpk. Odpowiednie stosowanie w tym przypadku oznacza, że przepis art. 225 należałoby zastosować z pewnymi zmianami<sup>67</sup>. Można więc wyinterpretować z niego normę prawną, która stanowiłaby, że jeżeli osoba, u której w toku kontroli dokonuje się przeszukania, oświadczy, że wydane lub znalezione przy przeszukaniu pismo lub inny dokument zawiera wiadomości objęte tajemnicą adwokacką, kontrolujący (a w zasadzie Prezes Urzędu) przekazuje niezwłocznie pismo lub inny dokument, bez jego odczytania, sądowi ochrony konkurencji i konsumentów, w opieczętowanym opakowaniu. Wydaje się, że jeśli przyjęlibyśmy takie rozwiązanie, to właśnie ww. sąd winien być adresem przekazanego przez Prezesa Urzędu pisma lub dokumentu zawierającego wiadomości objęte tajemnicą adwokacką. Uzasadnienie ww. tezy wynika ze specyfiki postępowania przed Prezesem Urzędu oraz faktu, że ww. sąd jest właściwy w sprawach odwołań od decyzji i zażeń na postanowienia wydawane przez Prezesa Urzędu (art. 47928 § 1kpc).

Jeżeli zaakceptowalibyśmy przedstawiony powyżej tryb postępowania z pismami lub innymi dokumentami zawierającymi wiadomości objęte tajemnicą adwokacką to, moim zdaniem, przepis art. 225 § 2 i § 3 kpk, w postępowaniu przed Prezesem Urzędu, nie znajduje w ogóle zastosowania. W postępowaniu tym nie występują bowiem osoby podejrzane o popełnienie przestępstwa (§ 2). Nie występuje także zagadnienie tajemnicy obrończej (§ 3).

Wydaje się, że teza dopuszczająca stosowanie § 2 art. 225 kpk, w postępowaniu przed Prezesem Urzędu pozbawiona jest uzasadnionych podstaw. Przepis art. 225 § 2 kpk pozwala na pominięcie wskazanego wyżej trybu postępowania z pismami lub innymi dokumentami zawierającymi tajemnicę adwokacką „jeżeli ich posiadaczem jest osoba podejrzana o popełnienie przestępstwa”. W takim przypadku każdy organ dokonujący przeszukania u osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa może bez ich zgody przeglądać znalezione pisma lub inne dokumenty. Podkreślić należy, że postępowanie przed Prezesem Urzędu nie jest postępowaniem karnym<sup>68</sup>. Ponadto odpowiednie stosowanie przepisów oznacza, że niekiedy stosujemy je wprost albo z pewnymi zmianami albo nie stosujemy ich w ogóle<sup>69</sup>. Moim zdaniem przepis art. 225 § 2 nie może być, w tym przypadku, stosowany w ogóle. Nie można bowiem, stosując go odpowiednio, zmienić wyrażenia „osoba podejrzana o popełnienie przestępstwa” na wyrażenie „osoba podejrzana o popełnienie czynu ograniczającego konkurencję”. Byłoby to zmiana wywołująca daleko idące i bardzo poważne konsekwencje. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie używa takiego pojęcia. Operuje natomiast pojęciem strony postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. Jest nią każdy, kto wnosi o wydanie decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję lub wobec kogo zostało wszczęte postępowanie o stosowanie praktyk ograniczających konkurencję lub naruszenie innych przepisów ustawy (art. 86 ww. ustawy). Dlatego też uważam, iż § 2 art. 225 kpk, w toku postępowania przed Prezesem Urzędu, w sytuacji w której w czasie przeszukania wydano lub znaleziono pismo lub in-

---

się na działanie sił rynkowych, redukując u nich presję na kontrolę kosztów i innowacyjność. Wszystko to szkodzi wydajności w gospodarce rynkowej. W długim okresie kartele prowadzą do spadku konkurencyjności na coraz bardziej globalnym rynku oraz redukują zatrudnienie. Ponadto kartele nie oferują żadnych uzasadnionych ekonomicznych bądź społecznych korzyści, które usprawiedliwiłyby straty, które są przez nie powodowane – *Fighting Hard – Core Cartels, Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, OECD 2002, s. 59, <http://www.oecd.org/data-oecd/41/44/1841891.pdf>.

<sup>67</sup> Patrz A. Skoczylas, *Odesłania w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2001 i wskazana tam literatura.

<sup>68</sup> Czasami w piśmiennictwie wskazuje się, odwołując się do postępowania karnego, że postępowanie wyjaśniające jest „postępowaniem w sprawie” natomiast postępowanie antymonopolowe jest „postępowaniem przeciw” – E. Modzelewska – Wąchal, op. cit., s. 213. Wyrażenia powyższe są, moim zdaniem, używane jedynie dla ułatwienia zrozumienia istoty ww. postępowań i wskazania zachodzących pomiędzy nimi różnic.

<sup>69</sup> A. Skoczylas, op. cit., s. 18.

ny dokument zawierający wiadomości objęte tajemnicą adwokacką, nie znajduje w ogóle zastosowania i powyżej wskazany tryb postępowania, skonstruowany w oparciu o odpowiednie stosowanie przepisu art. 225 kpk, winien być stosowany zawsze.

Należy jednak zadać sobie pytanie po co Prezes Urzędu miałby przekazywać pismo lub inny dokument zawierający wiadomości objęte tajemnicą adwokacką, bez ich odczytania, sądowi ochrony konkurencji i konsumentów? Jaka rola przypadłaby w takiej sytuacji sądowi? Na gruncie postępowania karnego przekazanie ww. przedmiotów wydaje się uzasadnione, albowiem sąd w postępowaniu karnym może, odpowiednio stosując przepisy art. 178 – 181 kpk, zdecydować o ich wykorzystaniu. *Kodeks postępowania karnego*, w zakresie wykorzystania dokumentów zawierających wiadomości objęte tajemnicą zawodową, w tym adwokacką, odsyła właśnie do odpowiedniego stosowania tych przepisów (art. 226). Dotyczą one zakazów i ograniczeń dowodowych związanych z tajemnicą obrończą oraz zawodową, w tym adwokacką. Pamiętać należy, że w postępowaniu karnym sąd może jednak zwolnić adwokata z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Mógłby więc, odpowiednio stosując przepis art. 180 § 2 kpk, postanowić o uchyleniu tajemnicy adwokackiej, obejmującej wiadomości zawarte w piśmie lub innym dokumencie wydanym bądź znalezionym w czasie przeszukania. Postanowiłby wtedy o ich wykorzystaniu, dopuszczając przeprowadzenie z nich dowodu.

W postępowaniu przed Prezesem Urzędu, w sprawach dotyczących dowodów, w zakresie nieuregulowanym w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów*, stosujemy odpowiednio przepisy art. 227 – 315 kpc. Jeśli w postępowaniu karnym, w zakresie wykorzystania jako dowodów pism lub innych dokumentów zawierających wiadomości objęte tajemnicą zawodową, w tym adwokacką, ustawodawca odsyła do odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących zakazów i ograniczeń dowodowych (art. 178 – 181 kpk), to wydaje się, że w postępowaniu przed Prezesem Urzędu, w zakresie wykorzystania takich dokumentów, należałoby chyba odwołać się do przepisu art. 261 kpc, który także dotyczy ograniczeń związanych z przeprowadzaniem dowodów. Stanowi on w § 2, że świadek może odmówić odpowiedzi na pytanie, jeżeli zeznanie miałoby być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej. Sąd w takim przypadku nie ma jednak uprawnienia do zwolnienia takiej osoby z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, w tym adwokackiej. Ustawodawca, w postępowaniu cywilnym, nie wyposażył bowiem sądu w takie kompetencje. Dlatego też, moim zdaniem, sąd ochrony konkurencji i konsumentów nie mógłby, w żadnym stopniu, postanowić o wykorzystaniu jako dowodów, w postępowaniu przed Prezesem Urzędu, pism lub innych dokumentów zawierających wiadomości objęte tajemnicą adwokacką, które zostały wydane lub znalezione przy przeszukaniu. Rola sądu w przypadku przekazania mu przez Prezesa Urzędu ww. pism lub innych dokumentów byłaby więc żadna. Jaką czynność procesową i w jakim trybie miałby bowiem podjąć sąd?

Wydaje się więc, że jeżeli osoba, u której w toku kontroli dokonuje się przeszukania, oświadczy, że wydane lub znalezione przy przeszukaniu pismo lub inny dokument zawiera wiadomości objęte tajemnicą adwokacką, to oznacza to, że ich wykorzystanie jako dowodów byłoby połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej. Dlatego też można chyba zaryzykować twierdzenie, że w ww. przypadku przepis art. 225 § 1 kpk, w związku z art. 58 ust. 4 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, należy odpowiednio stosować w ten sposób, że kontrolujący winien pozostawić takie pisma lub dokumenty zawierające wiadomości objęte tajemnicą adwokacką u osoby, u której dokonuje przeszukania. Może jedynie zbadać formalne przesłanki uzasadniające powołanie się na tajemnicę zawodową. Wydaje się więc, że uzasadnionym jest twierdzenie, iż tryb przekazywania pism lub innych dokumentów, wskazany w przepisie art. 225 § 1 kpk, w postępowaniu przed Prezesem Urzędu, w ogóle nie znajduje zastosowania.

Dowód z przesłuchania świadków jest jednym z najczęstszych środków dowodowych w postępowaniu cywilnym. Także Prezes Urzędu, jak wcześniej wspomniano, w toku prowadzonego przed nim postępowania może przesłuchać świadka. Przesłuchanie odbywa się w toku rozprawy administracyjnej (art. 55 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), a do przesłuchania stosuje się, w zakresie nieuregulowanym w ww. ustawie, art. 227 – 315 kpc (odpowiednio). Bez wątpienia także adwokat może zostać wezwany na rozprawę w celu przesłuchania go w charakterze świadka. Adwokat nie może w ogóle odmówić zeznań w charakterze świadka, powołując się na obowiązek zachowania tajemnicy adwokackiej. Może natomiast odmówić odpowiedzi na zadane mu w toku rozprawy pytanie, jeżeli zeznanie miałoby być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej (art. 261 § 2 kpc). Ocena przesłanki uzasadniającej odmowę odpowiedzi na zadane adwokatowi pytanie należy do kierującego rozprawą.

Rozstrzygnięcia wymaga także kwestia dopuszczalności odmowy przekazania informacji i dokumentów, zawierających wiadomości obejmujące tajemnicę adwokacką, w sytuacji wezwania przedsiębiorcy, przez Prezesa Urzędu do ich przekazania, na podstawie art. 45 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Gdyby wezwanie do przekazania informacji i dokumentów zostało skierowane bezpośrednio do adwokata, a żądane przez Prezesa dokumenty zawierałyby wiadomości objęte tajemnicą adwokacką, to wydaje się, że mógłby on, na podstawie art. 248 § 2 w związku z art. 261 § 2 kpc uchylić się od obowiązku przekazania tych informacji. Uchylić się może bowiem ten kto, co do okoliczności objętych treścią dokumentu mógłby odmówić zeznania. Należy, moim zdaniem, pod pojęciem „odmówić zeznania” rozumieć także odmowę odpowiedzi na zadane pytanie. Wskazuje się bowiem, że art. 248 § 2 odsyła do art. 261 § 2 kpc<sup>70</sup>. Stosowanie powołanych przepisów kpc wydaje się całkowicie uzasadnione albowiem wezwanie skierowane na podstawie art. 45 ww. ustawy ma na celu zebranie dowodów w sprawie. A w sprawach dowodów, w zakresie nieuregulowanym, stosuje się odpowiednio przepisy kpc, w tym przepis art. 248 i art. 261. Uchylenie się od obowiązku przekazania informacji i dokumentów żądanych na podstawie art. 45 ww. ustawy, winno być uznane za skuteczne. Brak byłoby zatem przesłanek do nałożenia w takim przypadku na adwokata kary pieniężnej, określonej w art. 101 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy, za nieudzielanie informacji, żądanej na podstawie art. 45 ww. ustawy.

Nieco inaczej wygląda sytuacja, gdy Prezes Urzędu, na podstawie art. 45 ww. ustawy, żąda od przedsiębiorcy przekazania informacji i dokumentów, które zawierają wiadomości objęte tajemnicą adwokacką. Chodzi tutaj np. o będące w posiadaniu przedsiębiorcy pisemne opinie dotyczące jego sytuacji prawnej, które sporządzone zostały przez adwokata, na podstawie przekazanych mu przez tego przedsiębiorcę informacji. Wydaje się, choć jest to teza bardzo dyskusyjna, że przedsiębiorca także mógłby uchylić się od obowiązku dostarczenia ww. informacji i dokumentów, powołując się na przepis art. 248 § 2 w związku z art. 261 § 2 kpc. Podstawa uchylenia się od ww. obowiązku byłaby więc taka sama jak w przypadku adwokatów. Przekazanie informacji i dokumentów byłoby bowiem połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej. Co prawda klient może ujawnić wiadomości objęte tajemnicą adwokacką, ale może także, we własnym, uzasadnionym interesie, dążyć do zachowania takich wiadomości w tajemnicy.

Wydaje się, że powyższe stanowisko znajduje uzasadnienie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości w kwestii *legal privilege*. Odmowa przekazania ww. informacji i dokumentów, w opisaney powyżej sytuacji, byłaby chyba uznana przez Trybunał za uzasadnioną. Spełnione zostałyby bowiem warunki wskazane w wyroku w sprawie *AM&S v. Commission*. Korespon-

<sup>70</sup> T. Ereciński, J. Gadowski, M. Jędrzejewska, *Komentarz do Kodeksu Postępowania Cywilnego. Część Pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, tom I, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1997, s. 405.

dencja (opinia) ma formę pisemną, adwokat jest tzw. prawnikiem zewnętrznym (*external lawyer*) i ma prawo wykonywania zawodu w jednym z Państw Członkowskich. Przedsiębiorca powinien więc korzystać z ochrony poufności całej korespondencji prowadzonej pomiędzy nim a jego adwokatem, jeżeli może ona znajdować się pośród informacji i dokumentów żądanych przez Prezesa Urzędu, na podstawie art. 45 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Takie informacje i dokumenty winny być więc objęte zakazem dowodowym. Mimo, iż powyższa teza jest dość ryzykowna to jednak wydaje się, że inne rozwiązanie, dopuszczające uzyskanie od przedsiębiorcy, w trybie art. 45 ww. ustawy, informacji i dokumentów zawierających wiadomości objęte tajemnicą adwokacką, naruszałoby znacznie jego interesy oraz autonomię jednostki, a także mogłoby osłabić zaufanie do zasady demokratycznego państwa prawnego, wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP<sup>71</sup>.

Wydaje się, że takie samo rozwiązanie należałoby przyjąć odnośnie kontroli prowadzonej w trybie art. 57 ww. ustawy. Kontrolujący co prawda ma prawo żądać od kontrolowanego udostępnienia akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli. Jednak w sytuacji, w której ww. przedmioty zawierałyby wiadomości objęte tajemnicą adwokacką, kontrolowany przedsiębiorca, jak się wydaje, ma prawo, powołując się także na przepis art. 248 § 2 w zw. z art. 261 § 2 kpc, uchylić się od obowiązku ich udostępnienia. Celem kontroli jest bowiem zebranie dowodów w prowadzonym przed Prezesem Urzędu postępowaniu. W związku z tym, stosujemy odpowiednio przepisy kpc (art. 227 – 315). Dlatego też uważam, że powołanie ww. podstawy prawnej, w celu uchylenia się przedsiębiorcy od obowiązku udostępnienia w toku kontroli akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli, które zawierałyby wiadomości objęte tajemnicą adwokacką, należy uznać za uzasadnione.

Zaakceptowanie powyższych tez z całą pewnością doprowadziłyby do powstania znacznych utrudnień przy zbieraniu dowodów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu. Utrudnienia te ujawniłyby się zwłaszcza w trakcie takich czynności jak przeszukiwanie i kontrola. Dlatego też uzasadnionym wydaje się postawienie w tym zakresie pewnych, skromnych wniosków *de lege ferenda*. Zastosowana przez ustawodawcę, zwłaszcza w odniesieniu do przeszukiwania, technika odesłań, z całą pewnością nie przyczyniła się do zmniejszenia wątpliwości związanych ze stosowanymi przepisami prawa. Wymaga także od stosujących te przepisy dużej wiedzy i doświadczenia. Dlatego też wydaje się, że w celu uniknięcia wskazanych powyżej wątpliwości interpretacyjnych pożądanym byłoby kompleksowe uregulowanie przez ustawodawcę, w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, zwłaszcza kwestii związanych z dopuszczalnością wykorzystania jako dowodów, w toku prowadzonego przed Prezesem Urzędu postępowania, pism lub innych dokumentów zawierających wiadomości objęte tajemnicą adwokacką. Należałoby bowiem szczegółowo uregulować tryb postępowania w przypadku znalezienia bądź wydania takich dokumentów w czasie przeszukiwania jak i określić kompetencje sądu ochrony konkurencji i konsumentów w zakresie orzekania o ewentualnym wykorzystaniu takich dokumentów jako dowodów w prowadzonym postępowaniu.

Niewątpliwie kwestia tajemnicy zawodowej, w tym tajemnicy adwokackiej, na gruncie prawa konkurencji, wymaga dalszych szczegółowych studiów. Przedmiotowe opracowanie jest jedynie skromną próbą wskazania potencjalnych „miejsc” konfliktu w toku postępowania przed Prezesem Urzędu – konfliktu pomiędzy wartością jaką jest skuteczna ochrona konkurencji przed ograniczającymi ją praktykami, stosowanymi przez przedsiębiorców, a wartością jaką jest autonomia praw jednostki (przedsiębiorcy) oraz należyte wykonywanie zawodu adwokata.

<sup>71</sup> „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.”

Rozstrzygając te konflikty należy przede wszystkim pamiętać, że Prezes Urzędu jest organem administracji publicznej, a zgodnie z przepisem art. 7 *Konstytucji* organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Wykładnia stosowana do rozstrzygania tych konfliktów, winna więc mieć zawsze oparcie w powszechnie obowiązujących przepisach prawa. Istotne znaczenie w powyższej kwestii ma także przepis art. 2 *Konstytucji*. Zawiera bowiem oprócz dyrektyw dla prawodawcy, także pewne wskazówki interpretacyjne przesadzające o wykładni przepisów prawa procesowego. W tym kontekście warto przytoczyć pogląd wyrażony w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 września 1991 roku<sup>72</sup> wskazujący, iż „wykładnia prawa, jeśli brzmienie przepisów nie stoi temu na przeszkodzie, powinna zmierzać zatem do rozszerzenia gwarancji procesowych praw obywatela”. Istotnym, z punktu widzenia interpretacji przepisów procesowych, jest także orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 1993 roku<sup>73</sup>, w którym stwierdzono, iż w razie zaistnienia trudności w ustaleniu znaczenia konkretnego przepisu „właściwe jest stosowanie takiej jego wykładni, jaka najbardziej odpowiada zasadom wyrażonym w *Konstytucji*”.

Przeprowadzanie więc dowodu w sytuacji, w której nie jest to dopuszczalne, z uwagi na obowiązek zachowania tajemnicy adwokackiej i związany z nią zakaz dowodowy, a także wymuszanie od przedsiębiorcy, także za pomocą sankcji w postaci nałożenia kary pieniężnej, przedstawienia informacji i dokumentów, zawierających wiadomości objęte tajemnicą adwokacką, nie mieści się w konwencji państwa prawnego<sup>74</sup>.

Powyższe postępowanie mogłoby także zostać uznane za sprzeczne z prawem do dobrej administracji publicznej<sup>75</sup>, oznaczającej prawo do administracji nie tylko sprawnej i efektywnej, wykonującej zadania publiczne w sposób nieprzerwany, powszechny, rzetelny (staranny) i bezstronny, ale przede wszystkim do administracji praworządnej, to jest takiej, która odpowiada wymogom demokratycznego państwa prawa.

Rekapitulując, zawsze tam gdzie w postępowaniu przed Prezesem Urzędu dochodzi do ewentualnego konfliktu i naruszenia tajemnicy adwokackiej, Prezes Urzędu winien zachować szczególną rozwagę i umiar w korzystaniu ze swoich kompetencji dochodzeniowych. Szkoda wyrządzona uchyleniem tajemnicy adwokackiej może bowiem okazać się równie poważna, jak szkoda wyrządzona stosowaniem praktyk ograniczających konkurencję.

<sup>72</sup> Uchwała TK z 25 września 1991 r., OTK 1991, poz. 19, cyt. za R. Hauser, A. Skoczylas, *Strona w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym (zagadnienia wybrane)*, maszynopis (praca niepublikowana), s. 3.

<sup>73</sup> Wyrok SN z 23 czerwca 1993 r., III ARN 33/93, z głosem M. Wierzbowskiego, w: *Państwo i Prawo*, 1994, Nr 9, s. 111, za ibidem, s. 3.

<sup>74</sup> Warto także zauważyć, że w doktrynie coraz częściej pojawiają się głosy wskazujące, że w postępowaniu, w którym organ ma kompetencje do nakładania administracyjnych kar pieniężnych, nieodbiegających dalece od środków właściwych prawu karnemu, winno się rozważyć czy nie należałoby stosować do takich sankcji gwarancji wynikającej z art. 42 *Konstytucji*. Odmienne jednak w tej sprawie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTK ZU nr 4A/2002, poz. 50, w którym podkreślił, że w sposób niebudzący wątpliwości art. 42 *Konstytucji* odnosi się tylko odpowiedzialności karnej i postępowania karnego. Nie ma zdaniem, Trybunału, podstaw do rozciągania jego treści na wszelkie postępowania, w których stosowane są jakiekolwiek sankcje i dolegliwości – D. Szumiało – Kulczycka, *Prawo administracyjno – karne, czy nowa dziedzina prawa?*, w: *Państwo i Prawo*, 2004, nr 9, s. 6.

<sup>75</sup> „Prawo do dobrej administracji” (*„Right to good administration”*) zostało sformułowane w art. 41 Karty Podstawowych Praw Unii Europejskiej, przyjętej w grudniu 2002 roku w Nicei oraz w Europejskim Kodeksie Dobrej Administracji (*The European Code of the Good Administrative Behaviour*), przygotowanym przez unijnego ombudsmena J. Sodermana i uchwalonym przez Parlament Europejski, w formie rezolucji, w dniu 6 września 2001 r. – Zob. A. Jakiewicz, *Prawo do dobrej administracji w świetle Karty Praw Podstawowych*, w: *Państwo i Prawo*, 2003, Nr 7, s. 67 i nast.; J. Świątkiewicz, *Europejski Kodeks Dobrej Administracji*, Warszawa 2002; także R. Arnold, *Karta Praw Zasadniczych Unii Europejskiej*, *Państwo i Prawo* 2002, Nr 3, s. 35 i nast.

Marek Sachajko

## **Administracyjna kara pieniężna jako element systemu sankcjonowania naruszeń wspólnotowych oraz polskich zakazów praktyk ograniczających konkurencję**

Motywnym publicznoprawnej ochrony konkurencji jest ochrona mechanizmu wolnej/skutecznej konkurencji, która jest ograniczana lub eliminowana w wyniku praktyk ograniczających konkurencję.<sup>1</sup> Konsekwencją naruszenia tego mechanizmu, zagrażającemu lub naruszającemu interes publiczny, w wyniku antykonkurencyjnych zachowań jest zastosowanie środków sankcjonowania o charakterze publicznym. Środki publicznoprawnego sankcjonowania naruszeń zakazów praktyk ograniczających konkurencję mogą być m.in. administracyjno-prawne. Wówczas antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorców i/lub ich związków są uznawane jako delikt typu administracyjnego i, w konsekwencji, eliminowane – w trybie antymonopolowej procedury administracyjnej – poprzez zastosowanie administracyjnych środków władczych, które mogą zostać nałożone wyłącznie przez organy ochrony konkurencji, które są organami administracji. Konsekwencją tego sposobu normowania jest zastosowanie środków właściwych dla administracji (tj. decyzji) oraz ich egzekwowanie przy użyciu środków przymusu administracyjnego. Podstawowym środkiem sankcjonowania naruszeń zakazów praktyk ograniczających konkurencję jest nakaz zaniechania stosowania praktyki w sytuacji stwierdzenia naruszenia zakazu oraz uznania tej praktyki za ograniczającą konkurencję. Do systemu sankcjonowania naruszeń zakazów praktyk ograniczających konkurencję zaliczyć należy także kary pieniężne.

Kary pieniężne przewidziane w prawie ochrony konkurencji, są środkiem prawnym należącym do gałęzi prawa administracyjnego, mającym na celu zapewnienie wykonania obowiązków administracyjnych oraz wzmocnienie ochrony wolności konkurencji. Kary te wymierzone są za zachowania sprzeczne z sankcjonowanymi normami prawa ochrony konkurencji. Podstawą ich nałożenia jest naruszenie obowiązków antymonopolowych. Zasadniczo, środki należące do tej grupy sankcji mają na celu represję i tylko w sposób pośredni mogą służyć zabezpieczeniu wykonania obowiązków wyznaczonych przez normę prawną.<sup>2</sup> Tak więc, kara pieniężna jest rodzajem sankcji administracyjno-karnej<sup>3</sup> – kary administracyjnej.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, str. 21.

<sup>2</sup> M. Sachajko, *Istota i charakterystyka prawna antymonopolowych kar pieniężnych*, w: RPEiS, 2002, z. 1.

<sup>3</sup> Zob. O. Gómiok, *Wspólnotowe, europejskie, gospodarcze prawo karne?*, w: PUG 1996, nr 7 – 8; wyrok S.A.M. z dnia 11 marca 1998 r., sygn. akt XVII Ama 69/98, niepublikowany.

<sup>4</sup> Zob. głoszą Z. Leońskiego do uchwały SN z dnia 24 czerwca 1992 r., sygn. akt III CZP 70/92, publikowaną w *OSP* 1993, z. 3, s. 136 i nast. Szerzej o instytucji kary administracyjnej zob. W. F. Dąbrowski, *Orzecznictwo karno-administracyjne*, Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu, Prace Wydziału Prawa nr 28, Poznań 1967, str. 268 i nast.

Kary pieniężne unormowane w prawie ochrony konkurencji pełnią różne funkcje i mają za zadanie realizację odmiennych celów, wynikających z charakteru prawnego czynu oraz różnorodnych przesłanek ich nałożenia. Trzeba przede wszystkim podkreślić, iż kary te mogą być nakładane zarówno za popełnienie czynów mających postać praktyk ograniczających konkurencję, a więc zachowań zakazanych z mocy prawa, jak i na podstawie przepisów dotyczących koncentracji przedsiębiorców, czyli wymierzone są także za zachowania, których kontrola oparta została na zasadzie nadzoru – a więc zachowań, co do zasady, prawnie dozwolonych. Z uwagi na powyższą różnicę należy stwierdzić, iż kary nakładane za praktyki ograniczające konkurencję mają za zadanie represję i stworzenie dolegliwości jej adresatowi, który naruszył zakaz ustawowy.<sup>5</sup> Ich celem jest zlikwidowanie bezprawnej działalności i zapobieganie ponownemu jej wykonywaniu, tak aby ich stosowanie nie prowadziło jedynie do wyeliminowania bieżącego naruszenia.<sup>6</sup> Poza zakresem niniejszego opracowania pozostają kary nakładane na adresatów za naruszenie norm proceduralnych prawa ochrony konkurencji jak też norm dotyczących koncentracji przedsiębiorców.

We wspólnotowym prawie pierwotnym brak jest norm prawnych, które regulowałyby odpowiedzialność karno-administracyjną za zachowania naruszające zakaz praktyk ograniczających konkurencję. Normy prawne o charakterze karno-administracyjnym uregulowane zostały w przepisach tzw. „wtórnego” prawa wspólnotowego - Rozporządzeniu (WE) Nr 1/2003 Rady z 16 grudnia 2003 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE.<sup>7</sup> Jest charakterystyczne, że prawodawca wspólnotowy, w przeciwieństwie do polskiego, wskazał charakter prawny kary pieniężnej; uczynił to stwierdzając, iż „decyzje nakładające kary pieniężne na podstawie tych przepisów nie mają charakteru karno-prawnego” (art. 23 ust. 5 R 1/2003).<sup>8</sup> Jako przyczynę negowania karnoprawnego charakteru kary pieniężnej wskazanej w powyższym rozporządzeniu uważa się przede wszystkim brak kompetencji Unii Europejskiej do stanowienia norm prawa karnego. Ponadto, Komisja Europejska wskazała, iż prawo wspólnotowe nie przewiduje tego typu norm, a w konsekwencji również sankcji typu kryminalnego.<sup>9</sup> Polski prawodawca unormował ten rodzaj kary w art. 101 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>10</sup>; jednakże nie określił jej charakteru prawnego. Problematyka ta była przedmiotem rozważań zarówno doktryny jak i organów ochrony prawnej.<sup>11</sup> W literaturze (M. Król – Bogomilska; G. Mosór) określono, iż antymonopolowe kary pieniężne pełnią przede wszystkim funkcję represyjną oraz prewencyjną.<sup>12</sup> Sąd Najwyższy<sup>13</sup> stwierdził, iż jest to kara o charakterze represyjno-wychowawczym, nakładana,

<sup>5</sup> M. Sachajko, *Istota i charakterystyka prawna antymonopolowych kar pieniężnych*, w: RPEiS, 2002, z. 1.

<sup>6</sup> Wyrok TS z 15 lipca 1970 r. w sprawie nr 41/69 ACF *Chemiefarma NV v. Komisja* (Zb. Orz. 1970, 661).

<sup>7</sup> Dz. U. WE L 1 z 4.01.2004 r., s. 1, cyt. dalej jako „R 1/2003”.

<sup>8</sup> Podkreślić należy, iż identyczne brzmienie miał przepis art. 15 ust. 4 Rozporządzenia Rady nr 17/62: Dz. U. WE z 1962 r., 13/204. M. Górka twierdzi, iż sankcja w postaci kary finansowej posiada administracyjny charakter, a nie karny, jednakże „sama grzywna ma oczywiście charakter karny.” M. Górka, *Sankcje we wspólnotowym prawie konkurencji*, w: *Pokój i sprawiedliwość przez prawo międzynarodowe. Zbiór studiów z okazji sześćdziesiątej rocznicy urodzin Prof. J. Gilasa*, red. C. Mika, Wyd. Dom Organizatora, Toruń 1997, str. 129.

<sup>9</sup> *Surveys of the member states' powers to investigate and sanction violations of national competition laws*, European Commission, Brussels – Luxembourg, 1995, s. 67.

<sup>10</sup> Dz. U. z 2000 r., Nr 122, poz. 1319 z późniejszymi zmianami; cyt. dalej jako „ustawa”.

<sup>11</sup> Analiza dotyczyła przede wszystkim kar nakładanych na podstawie art. 14 i art. 15a ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, tj. Dz. U. z 1997 r., Nr 49, poz. 318 z późn. zm.; jednakże charakter prawny tychże kar na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów nie uległ zmianie.

<sup>12</sup> Decyzje nakładające kary administracyjne w postaci kary pieniężnej od innych działań organu administracji różnią to, że przeważają w nich cele represyjne, polegające na zastosowaniu pewnych dolegliwości wobec podmio-

z uwzględnieniem wszelkich okoliczności łagodzących i obciążających, w celu zachowania i przestrzegania obowiązującego porządku prawnego.<sup>14</sup> SN wskazał więc, poza elementem represji, także na względy prewencji szczególnej, dotyczącej adresata nałożonej kary. SN stwierdził też, że kara pieniężna stanowi represyjny środek oddziaływania na rynek.<sup>15</sup> Sąd Antymonopolowy<sup>16</sup> natomiast wskazał dwie zasadnicze funkcje tej kary: represyjną<sup>17</sup> - godzącą bezpośrednio w sferę majątkową ukaranego oraz prewencyjną<sup>18</sup> - mającą na celu zapobieżenie w przyszłości podobnym naruszeniom prawa.<sup>19</sup> Podstawą rozstrzygnięcia w sprawach tych kar, poza określonymi przesłankami materialno-prawnymi, są również przesłanki o charakterze celowościowym (np. polityka antymonopolowa).<sup>20</sup>

Administracyjna kara pieniężna, zarówno we WE jak i Polsce, może zostać nałożona na przedsiębiorstwa<sup>21</sup> oraz ich związki (art. 23 R 1/2003; art. 4 pkt 1 i 2 ustawy)<sup>22</sup> za naruszenie zakazów praktyk ograniczających konkurencję (art. 23 ust. 2 a R 1/2003; art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy), a więc za zachowania naruszające zakaz porozumień ograniczających konkurencję (określony w art. 81 TWE; art. 5 ustawy), w zakresie niewyłączonym (na podstawie art. 81 ust. 3 TWE; art. 6 i 7 ustawy), lub naruszające zakaz nadużywania pozycji dominującej [określony w art. 82 TWE lub art. 8 ustawy (art. 23 ust. 2 a R 1/2003; art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy)]. Podkreślić należy, iż Prezes UOKiK, jako wspólnotowy organ ochrony konkurencji, posiada uprawnienie do nałożenia kary także za naruszenie norm wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, uregulowanych w art. 81 lub art. 82 TWE (art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy).

tów naruszających zakazy wynikające z ustawy. Nie znaczy to jednak, że funkcja represyjna jest jedyną, ale posiada ona znaczenie podstawowe. G. Mośór, *Decyzje organu antymonopolowego*, w: OMT, 1989, nr 11 – 12; M. Król-Bo-gomilska, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Wyd. KiK, Warszawa 2001, str. 38 i nast. Por. też. wyrok SN z dnia 27 sierpnia 2003 r., sygn. akt I CKN 185/03, „Dz. U. UOKiK”, 2004, nr 1.

<sup>13</sup> Cyt. dalej jako „SN”.

<sup>14</sup> Wyrok SN z dnia 24 kwietnia 1996 r., sygn. akt I CRN 49/96, OSNCP 1996, nr 9, poz. 124.

<sup>15</sup> Wyrok SN z dnia 27 sierpnia 2003 r., sygn. akt I CKN 185/03, „Dz. U. UOKiK”, 2004, nr 1.

<sup>16</sup> Tym pojęciem będę posługiwał się dla określenia Sąd Antymonopolowy („SAM”) jak też, w wyniku zmian procedury cywilnej - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów („SOKiK”).

<sup>17</sup> Patrz również B. Iwańska, *Ugoda w postępowaniu przed Urzędem Antymonopolowym*, w: PiP, 1995, z. 8.

<sup>18</sup> Wyrok SAM z dnia 30 października 1996 r., sygn. akt XVII Amr 42/96, w: *Wokanda*, 1997, nr 12.

<sup>19</sup> Wyrok SAM z dnia 19 listopada 1997 r., sygn. akt XVII Ama 42/97, niepublikowany; podobnie o celach kar; wyrok SAM z dnia 31 grudnia 1997 r., sygn. akt XVII Ama 45/97, w: *Wokanda*, 1999, nr 1; wyrok SAM z dnia 10 października 2001 r., sygn. akt XVII Ama 106/00, w: *Wokanda*, 2003, nr 1; wyrok SAM z dnia 28 stycznia 2002 r., sygn. akt XVII Ama 33/01, w: *Wokanda*, 2003, nr 7 – 8.

<sup>20</sup> Wyrok SAM z dnia 1 marca 1995 r., sygn. akt XVII Amr 63/94, w: *Wokanda*, 1996, nr 2.

<sup>21</sup> Okoliczność, że spółka-córka ma własną osobowość prawną, nie może wykluczać możliwości zaliczenia jej działalności spółce-matce, mianowicie wtedy, gdy spółka córka pomimo własnej osobowości prawnej, nie określa samodzielnie swoich zachowań rynkowych, lecz przestrzega w istocie zaleceń spółki-matki. [wyrok TS z dnia 14 lipca 1972 r. w sprawie nr 48/69 *Imperial Chemical Industries v. Komisja*: Zb. Orz. 1972, 619, publikowany w j. polskim w: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję I*, Wprowadzenie T. Skoczny, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996, str. 103 i nast.]. Nie można nałożyć kary na oddział spółki, jeżeli nie stanowi on odrębnego podmiotu prawnego i Komisja musi prowadzić postępowanie przeciwko spółce [decyzja Komisji w sprawie *Polypropylene* z dnia 23 kwietnia 1986 r.: Dz. U. WE L 230/1 z 1986 r., pkt 101, publikowana w j. polskim w: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję II*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996, str. 204]. Natomiast „następca prawny i gospodarczy przedsiębiorcy, którego cechuje oczywista kontynuacja może ponosić odpowiedzialność [wyrok TS z dnia 16 grudnia 1975 r. w sprawie nr 40 – 48/73 i nast., *Suiker Unie v. Komisja*: Zb. Orz. 1975, 1633, pkt 81 – 87, publikowany w j. polskim w: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję II*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996 str. 30]. Zob. też W.P.J. Wils, *The undertaking as a subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal person*, w: *ELRev* 2000, nr 25.

<sup>22</sup> Należy podkreślić, iż zakres podmiotowy administracyjnych kar pieniężnych obejmuje poza osobami fizycznymi, także osoby prawne jak też nieposiadające osobowości prawnej spółki prawa handlowego. W prawie polskim definicja przedsiębiorcy sformułowana została w art. 4 pkt 1 a – c ustawy. Obejmuje ona szerszy krąg podmiotów niż wynika to z ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej: Dz.U. z 2004 r., Nr 173, poz. 1807.

W prawodawstwie wspólnotowym jedynie zawinione naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję stanowi podstawę nałożenia administracyjnej kary pieniężnej (art. 23 ust. 2 a R 1/2003). Pierwszym rodzajem winy jest umyślność (intentionally), która występuje wówczas, gdy adresat naruszający zakaz ma świadomość, że zachowanie jego jest bezprawne i zakazane, a ponadto, świadomy jest bezprawnych konsekwencji swojego zachowania.<sup>23</sup> Drugim rodzajem winy, który stanowi karno-administracyjną podstawę odpowiedzialności, jest nieumyślność i to jedynie w formie niedbalstwa (negligence).<sup>24</sup> Natomiast, druga forma winy nieumyślnej, w postaci zwykłego niedbalstwa (inadvertence), nie stanowi podstawy nałożenia kary pieniężnej. Również lekkomyślne zachowanie adresata nie podlega ukaraniu (art. 23 ust. 2 R 1/2003).

Do normatywnych przesłanek zaliczane są także powaga<sup>25</sup> oraz czas trwania naruszenia.<sup>26</sup> Przy ocenie powagi naruszenia uwzględnia się m.in. typ naruszenia,<sup>27</sup> znaczenie oraz strukturę rynku, pozycję rynkową przedsiębiorcy stosującego praktyki<sup>28</sup> jak też charakter zachowania (umyślność, nieumyślność).<sup>29</sup> Czas trwania naruszenia wpływa również, w sposób dość istotny, na wysokość kary, a jego ciągłość uznawana jest jako okoliczność wysoce obciążająca.<sup>30</sup>

<sup>23</sup> Szerzej o tej postaci winy zob. C.S. Kerse, E.C. *Antitrust Procedure*, Sweet&Maxwell, London, 1994, str. 255 – 257. Ukrywanie praktyki ograniczającej konkurencję, przez uczestniczące w porozumieniu podmioty, może być uznawane jako umyślne naruszenie. Decyzja Komisji w sprawie Cast Iron and Steel Rools: Dz. U. WE L 317/1 z 1983 r., w której wykazano zostało umyślne naruszenie na podstawie m.in. kodowanego systemu komunikacji pomiędzy członkami porozumienia przebiegającego przez neutralne biuro w innym kraju, nie będącym miejscem siedziby żadnego z podmiotów – uczestników.

<sup>24</sup> Szerzej o tej postaci winy zob. C.S. Kerse, E.C. *Antitrust Procedure*, Sweet&Maxwell, London, 1994, str. 257 – 258.

<sup>25</sup> Zob. C.S. Kerse, E.C. *Antitrust Procedure*, Sweet&Maxwell, London, 1994, str. 258; decyzja Komisji z dnia 30 października 1996 r. w sprawie P&O European Ferries, Stena Link, SNAT, Brittany Ferries, North Sea Ferries: Dz. U. WE L 26/23 z 1997 r., pkt 65, dostępna w j. polskim w: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję II*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 1998, str. 227 i nast.; decyzja Komisji z dnia 12 grudnia 1978 r. w sprawie Kawasaki: Dz. U. WE L 16/9 z 1979 r., dostępna w j. polskim w: E. Nowińska, *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, str. 113 i nast.; decyzja Komisji z dnia 14 grudnia 1984 r. w sprawie John Deere: Dz. U. WE L 35/58 z 1985 r., dostępna w j. polskim w: E. Nowińska, *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, str. 149 i nast.; wyrok TS z 15 lipca 1970 r. w sprawie nr 41/69 ACF Chemiefarma NV v. Komisja: Zb. Orz. 1970, 661; wyrok TS z dnia 07 czerwca 1983 r. w połączonych sprawach nr 100-103/80 S.A. Musique Diffusion Francaise (Pioneer) v. Komisja: Zb. Orz. 1983, 1825; wyrok TS z dnia 08 listopada 1983 r. w połączonych sprawach nr 96-102, 104, 105, 108 i 110/82 Societe Anonyme I.A.Z. International Belgium and others v. Komisja: Zb. Orz. 1983, 3369.

<sup>26</sup> Zob. C.S. Kerse, E.C. *Antitrust Procedure*, Sweet&Maxwell, London, 1994, str. 265; decyzja Komisji z dnia 30 października 1996 r. w sprawie P&O European Ferries, Stena Link, SNAT, Brittany Ferries, North Sea Ferries: Dz. U. WE L 26/23 z 1997 r., pkt 67 – 69; dostępna w j. polskim w: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję II*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 1998, str. 228 i nast.; decyzja Komisji z dnia 12 grudnia 1978 r. w sprawie Kawasaki: Dz. U. WE L 16/9 z 1979 r., dostępna w j. polskim w: E. Nowińska, *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, str. 113 i nast.; decyzja Komisji z dnia 14 grudnia 1984 r. w sprawie John Deere: Dz. U. WE L 35/58 z 1985 r., dostępna w j. polskim w: E. Nowińska, *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, str. 149 i nast.; wyrok TS z dnia 16 grudnia 1975 r. w połączonych sprawach nr 40-48/73, 50/73, 54-56/73, 113-114/73 Coöperative vereniging "Suiker Unie" UA i inni v. Komisja: Zb. Orz. 1975, 1633.

<sup>27</sup> Najwyższe kary nakładane są za zachowanie antykonkurencyjne w postaci: zмовы cenowej, podziału rynku, przeciwdziałaniu integracji rynku wspólnotowego, „drapieżnego zachowania” oraz nieuzasadnionej odmowy sprzedaży. M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w polskim prawie antymonopolowym na tle europejskiego prawa wspólnotowego*, w: PiP, 1998, nr 7.

<sup>28</sup> Decydują one o rozmiarze naruszenia zasad konkurencji lub też szkody poniesionej przez innych przedsiębiorców, a także konsumentów. O wysokości kary może decydować: stwierdzenie naruszenia prawa, które wiąże się z działaniem na rynku produktowym, o istotnym znaczeniu w sensie przemysłowym i ekonomicznym oraz stopień koncentracji rynku. M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w polskim prawie antymonopolowym na tle europejskiego prawa wspólnotowego*, w: PiP, 1998, nr 7.

<sup>29</sup> Stwierdzenie umyślności zachowania przemawia za wyborem wyższej kary. W orzecznictwie Komisji wielokrotnie wskazane było, iż przyjmując się domniemanie umyślności zachowania. Podstawę tej dyrektywy stanowi ustalenie, że podmiot powinien wiedzieć, że jego zachowanie jest bezprawne, a nieświadomość prawa czy też skorzystanie ze złego doradztwa nie stanowi okoliczności usprawiedliwiającej. M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w polskim prawie antymonopolowym na tle europejskiego prawa wspólnotowego*, w: PiP, 1998, nr 7.

Poza powyższymi przesłankami należy wskazać i te, które wykształciły się w wyniku działań, zarówno orzeczniczych jak też pozaorzeczniczych, Komisji.<sup>31</sup> Wśród tych ostatnich wymienić należy, wydawane przez Komisję, akty niewiążące prawnie w postaci corocznych raportów dotyczących polityki konkurencji oraz tzw. wytyczne administracyjne (guidelines). Podstawowe znaczenie posiadają Wyjaśnienia Komisji, dotyczące określania wysokości kar pieniężnych nakładanych na podstawie art. 15 ust. 2 a R 17/62 i art. 65 ust. 5 Traktatu o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali,<sup>32</sup> wskazujące przesłanki, którymi powinny kierować się organy ochrony konkurencji, rozważając możliwość nałożenia kary.

W wyjaśnieniach jako podstawy określenia wysokości kar wskazane zostały normatywne przesłanki – powaga naruszenia oraz czasookres jego trwania.<sup>33</sup>

Dokonany został podział na lekkie,<sup>34</sup> poważne<sup>35</sup> oraz bardzo poważne<sup>36</sup> naruszenia.<sup>37</sup>

Kolejną podstawą podziału jest czasookres trwania. Na podstawie tego kryterium wyodrębniono naruszenia krótkotrwałe,<sup>38</sup> średnie<sup>39</sup> i długotrwałe.<sup>40</sup>

Wysokość administracyjnej kary pieniężnej, ustalona na podstawie ww. przesłanek, może ulec podwyższeniu lub obniżeniu, w zależności od wystąpienia okoliczności obciążających lub łagodzących. W wyjaśnieniach nie zamieszczono enumeratywnego katalogu tychże oko-

<sup>30</sup> M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w polskim prawie antymonopolowym na tle europejskiego prawa wspólnotowego*, w: *PiP*, 1998, nr 7; decyzja Komisji z dnia 16 grudnia 1985 r. w sprawie *Sperry New Holland*: Dz. U. WE L 376/21 z 1985 r., dostępna w j. polskim w: E. Nowińska, *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, str. 171 i nast.

<sup>31</sup> P.M. Spink, *Recent Guidance on Fining Policy*, w: *ECLR*, 1999, nr 2.

<sup>32</sup> *Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of the Regulation No 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty*: Dz. U. WE C 9/3 z 1998 r. Jest ono dostępne także pod adresem internetowym: [http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/98c9\\_en.html](http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/98c9_en.html) Dostępne w j. polskim w: *Prawo konkurencji Wspólnoty europejskiej*, Źródła Tom 1: Reguły generalne, Wybór i opracowanie: T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2002, str. 365 i nast. Komisja przy redagowaniu tych wytycznych wzięła pod uwagę tak przesłanki normatywne oraz orzecznictwo TS oraz Komisji. Problematykę tę poruszał też W.P.J. Wils, *The Commission's new method for calculating fines in antitrust cases*, w: *ELR*, 1998, nr 23 oraz R. Richardson, *Guidance without guidance – A European Revolution in Fining Policy? The Commission's New Guidelines on Fines*, w: *ECLR*, 1999, nr 7.

<sup>33</sup> Przy ustaleniu wysokości kary pieniężnej należy uwzględnić ciężar i czas trwania naruszenia jak też związek normatywny i gospodarczy, w jaki wpisuje się sporne zachowanie, rodzaj ograniczeń konkurencji oraz ilość i znaczenie zaangażowanych przedsiębiorstw. Wyrok TS z dnia 16 grudnia 1975 r. w sprawie nr 40 – 48/73 i nast. *Suiker Unie v. Komisja*: Zb. Orz. 1975, 1633, pkt 11, dostępny w j. polskim w: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję II*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996, str. 16.

<sup>34</sup> Do kategorii tej zaliczyć należy stosowanie ograniczeń w handlu, zwykle natury wertykalnej, ale wywierających ograniczony wpływ na rynek, a także wpływających na znaczącą, lecz relatywnie ograniczoną część rynku Wspólnoty.

<sup>35</sup> Do kategorii tej zaliczyć należy horyzontalne lub wertykalne ograniczenia w handlu, lecz o większym stopniu intensywności, wywierające wpływ na szerszy rynek i mające wpływ na większe obszary rynku. Mogą one polegać na nadużyciu pozycji dominującej. Wyrok SPI z dnia 27 lutego 1992 r. w sprawie nr T – 19/91 *Vichy v. Komisja*: Zb. Orz. II 1992, 415, pkt 4, dostępny w j. polskim w: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję a selektywna dystrybucja*, Wprowadzenie T. Skoczny, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, str. 149.

<sup>36</sup> Do kategorii tej zaliczyć należy stosowanie horyzontalnych ograniczeń, takich jak kartele cenowe i kontyngentowy podział rynku albo inne praktyki, które stwarzają zagrożenie dla prawidłowego funkcjonowania rynku, takie jak oddzielanie krajowych rynków i wyrażne nadużycie pozycji dominującej przez przedsiębiorstwa posiadające niemalże pozycję monopolistyczną.

<sup>37</sup> Określono wymiar kar za każdy rodzaj naruszenia W przypadku łżejszych naruszeń przewidziano karę pieniężną w wysokości od 1 000 do 1 000 000 euro, poważnych – w wysokości od 1 000 000 euro do 20 000 000 euro, a bardzo poważnych – powyżej 20 000 000 euro.

<sup>38</sup> Trwające krócej niż rok – nie powodują podwyższenia wysokości kary pieniężnej.

<sup>39</sup> Trwające od 1 roku do 5 lat – powodują podwyższenie wysokości kary pieniężnej do 50 % powyżej wysokości ustalonej przy uwzględnieniu wagi naruszenia.

<sup>40</sup> Trwające dłużej niż przez okres lat 5 – powodują podwyższenie wysokości kary pieniężnej do 10 % za każdy rok powyżej wysokości ustalonej, przy uwzględnieniu wagi naruszenia.

liczności, a jedynie ich egzemplifikację. Określając wysokość kary pieniężnej organ ochrony konkurencji powinien brać pod uwagę wpływ przedsiębiorstwa na rynek, szczególnie ze względu na jego wielkość i pozycję gospodarczą (określaną m.in. przez osiągnięte obroty) oraz odstraszący skutek, jaki kary pieniężne muszą wywierać.<sup>41</sup>

Jako okoliczności obciążające zostały wskazane m.in. powtórzenie naruszenia tego samego typu przez to samo przedsiębiorstwo, odmowa współpracy, utrudnianie postępowania prowadzonego przez organ ochrony konkurencji,<sup>42</sup> pełnienie funkcji lidera lub inicjatora praktyki,<sup>43</sup> stosowanie środków odwetowych w stosunku do innych przedsiębiorstw w celu narzucenia działań stanowiących naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję,<sup>44</sup> kontynuowanie zachowania sprzecznego z Traktatem pomimo wysłania przez organ ochrony konkurencji korespondencji ostrzegającej,<sup>45</sup> naruszenia art. 82, a następnie art. 81 TWE na obszarze tego samego rynku,<sup>46</sup> umyślne kontynuowanie naruszenia po wszczęciu postępowania w przedmiocie naruszenia zakazu.<sup>47</sup> Kolejną przesłanką podwyższenia kary, i to do wysokości przekraczającej wysokość nieuzasadnionych korzyści, osiągniętych w wyniku naruszenia, jest brak obiektywnych możliwości oceny tychże korzyści,<sup>48</sup> uzgodnione działanie w sprawie cen oraz odstąpienie od umów.<sup>49</sup>

Jako okoliczności łagodzące wskazane zostały m.in. wyłącznie bierny udział albo naśladownictwo w naruszeniu,<sup>50</sup> zmiana zachowania z aktywnego na pasywnego członka kartelu,<sup>51</sup> brak urzeczywistnienia w praktyce zawartych praktyk,<sup>52</sup> zakończenie naruszenia

<sup>41</sup> Wyrok SPI z dnia 21 lutego 1995 r. w sprawie nr T 29/92 SPO v. Komisja: Zb. Orz. 1995, II-295, pkt 385, dostępny w j. polskim w: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję II*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 1998, str. 7 i nast.

<sup>42</sup> Komisja wymierzyła na tej podstawie kary pieniężne. W decyzji z dnia 30 stycznia 1999 r. w sprawie *Pre-insulated Pipes* karę pieniężną podwyższono o 30%: Dz. U. WE L 24 z 1999 r.; w decyzji z dnia 27 kwietnia 1998 r. w sprawie *Greek Ferries* karę pieniężną podwyższono o 10% (Dz. U. WE L 109/24 z 1998 r.). Powyższe sprawy omówione zostały przez M.A.P. Castellet, *The application of the guidelines on fines: an overview*, w: *Competition Policy Newsletter*, 2000, nr 3.

<sup>43</sup> C.S. Kerse, E.C. *Antitrust Procedure*, Sweet&Maxwell, London, 1994, str. 261. Komisja wymierzyła na tej podstawie kary pieniężne w decyzji z dnia 01 kwietnia 1998 r. sprawie *Alloy Surchage*, w której karę pieniężną podwyższono o 25%: Dz. U. WE L 100/55 z 1998 r. W decyzji z dnia 30 stycznia 1999 r. w sprawie *Pre-insulated Pipes* karę pieniężną podwyższono o 50%: Dz. U. WE L 24 z 1999 r. W decyzji z dnia 27 kwietnia 1998 r. w sprawie *Greek Ferries* karę pieniężną podwyższono o 25%: Dz. U. WE 1998 L 109/24. Powyższe sprawy omówione zostały przez M.A.P. Castellet, *The application of the guidelines on fines: an overview*, w: *Competition Policy Newsletter*, 2000, nr 3.

<sup>44</sup> Okoliczności obciążające wskazane zostały też przez I Van Bael, J.F. Bellis, *Competition of the European Community, Third Edition*, CCH EUROPE, Bicester, str. 759 i nast. Komisja wymierzyła na tej podstawie karę pieniężną mocą decyzji z 22 kwietnia 1998 r. w sprawie *Volkswagen* i podwyższyła ją o 20 %: Dz. U. WE L 124/60 z 1998 r.

<sup>45</sup> Komisja wymierzyła na tej podstawie karę pieniężną w ww. sprawie *Volkswagen* i podwyższyła ją o 20 %: Dz. U. WE L 124/60 z 1998 r.

<sup>46</sup> Komisja wymierzyła na tej podstawie karę pieniężną decyzją z dnia 22 marca 1999 r. w sprawie *British Sugar*: Dz. U. WE L 76/1 z 1999 r.

<sup>47</sup> Komisja wymierzyła na tej podstawie karę pieniężną w ww. sprawie *Pre-insulated Pipes*: Dz. U. WE 1999 L 24.

<sup>48</sup> Przedsiębiorstwo, na które została nałożona kara pieniężna, zobowiązane jest do zapłacenia odsetek za zwłokę, aż do momentu zapłaty kary pieniężnej. Wyrok TS z dnia 25 października 1983 r. w sprawie nr 107/82 AEG – *Telefunken* v. Komisja: Zb. Orz. 1983, 3151, pkt 12, dostępny w j. polskim w: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję a selektywna dystrybucja*, Wprowadzenie T. Skoczny, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, str. 84.

<sup>49</sup> Zachowania tego typu należą do najpoważniejszych naruszeń zakazanych i karanych przez Komisję. Wyrok SPI z dnia 21 lutego 1995 r. w sprawie nr T 29/92 SPO v. Komisja: Zb. Orz. 1995, II-295, pkt 377; dostępny w j. polskim w: *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję II*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 1998, str. 7 i nast.

<sup>50</sup> Komisja obniżyła na tej podstawie karę pieniężną w sprawie: *Pre-insulated Pipes*, w której kara pieniężna została obniżona o 66 % za małą rolę w kartelu niektórych jego uczestników oraz *Greek Ferries*, w której karę pieniężną obniżono o 15 % za bierną rolę.

<sup>51</sup> Komisja obniżyła na tej podstawie karę pieniężną w sprawie *Amino Acid* (niepublikowanej), w której kara pieniężna została obniżona z 40 % do 32%. Decyzja ta została omówiona przez M.A.P. Castellet, *The application of the guidelines on fines: an overview*, w: *Competition Policy Newsletter*, 2000, nr 3.

z chwilą interwencji organu ochrony konkurencji,<sup>53</sup> istnienie uzasadnionych wątpliwości ze strony przedsiębiorstwa, a dotyczących tego czy jego zachowanie ma charakter naruszenia,<sup>54</sup> podjęcie przez przedsiębiorstwo w trakcie postępowania skutecznego współdziałania w zakresie nie objętym Obwieszczeniem Komisji o zaniechaniu nakładania lub nakładaniu niższych kar pieniężnych w sprawach kartelowych,<sup>55</sup> uświadomienie przez adresata, że zachowanie stanowi naruszenie prawa konkurencji oraz poczynienie starań, aby uchybienia tego typu więcej się nie powtórzyły.<sup>56</sup>

Także polski organ ochrony konkurencji może nałożyć karę za praktykę ograniczającą konkurencję, występującą zarówno w formie porozumień ograniczających konkurencję jak też nadużywania pozycji dominującej, tylko w sytuacji zawinionego zachowania adresata.<sup>57</sup> Jest to przesłanka orzecznicza, wykształcona w procesie stosowania prawa, jednakże wynika z zasad ogólnych prawa; potwierdzona została także przez Trybunał Konstytucyjny,<sup>58</sup> który wskazał element zawinienia jako konstytutywną przesłankę wymiaru administracyjnych kar pieniężnych.<sup>59</sup> Element zawinienia, w postaci winy umyślnej lub nieumyślnej, został wprowadzony, jako element normatywny, do ustawy na podstawie noweli z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw.<sup>60</sup> (art. 101 ust. 1 ustawy). Należy więc uznać, iż zachowania w obu formach winy nieumyślnej – lekkomyślności i niedbalstwa – także podlegają ukaraniu.

Należy podkreślić, iż w art. 104 ustawy ustawodawca wskazał przykładowy katalog dyrektyw wymiaru kary. Do dyrektyw tych zaliczyć należy m.in. stopień, okres oraz okoliczność uprzedniego naruszenia przepisów ustawy.

Sąd Antymonopolowy w procesie stosowania prawa wskazał także inne przesłanki, których wystąpienie może spowodować nałożenie administracyjnej kary pieniężnej. Do przesłanek

<sup>52</sup> Komisja obniżyła na tej podstawie karę pieniężną w sprawie Pre-insulated Pipes, w której kara pieniężna została obniżona o 20 %.

<sup>53</sup> Komisja obniżyła na tej podstawie karę pieniężną w sprawach: Amino Acid, (niepublikowanej) w której kara pieniężna została obniżona o 10 %; Nathan Bricolux, (niepublikowanej) w której kara pieniężna została obniżona o 40 %. Decyzje te zostały omówione przez M.A.P. Castellot, *The application of the guidelines on fines: an overview*, w: *Competition Policy Newsletter*, 2000, nr 3.

<sup>54</sup> Komisja obniżyła na tej podstawie karę pieniężną w sprawie Greek Ferries, w której kara pieniężna została obniżona o 15 %. Decyzja ta została omówiona przez M.A.P. Castellot, *The application of the guidelines on fines: an overview*, w: *Competition Policy Newsletter*, 2000, nr 3. Należy podkreślić, iż postuluje się stosowanie zasady *in dubio pro reo* w sprawach z zakresu ochrony konkurencji. Tak F. Montag, *The case for radical reform of the infringement procedure under Regulation 17*, w: *ECLR*, 1996, nr 8.

<sup>55</sup> Komisja obniżyła na tej podstawie karę pieniężną w sprawie Nathan-Bricolux (niepublikowana). Decyzja ta została omówiona przez M.A.P. Castellot, *The application of the guidelines on fines: an overview*, w: *Competition Policy Newsletter*, 2000, nr 3. Okoliczności łagodzące wskazane zostały też, w: I Van Bael, J.F. Bellis, *Competition of the European Community, Third Edition*, CCH EUROPE, Bicester, str. 761 i nast.; M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w polskim prawie antymonopolowym na tle europejskiego prawa wspólnotowego*, w: *PiP*, 1998, nr 7.

<sup>56</sup> Decyzja Komisji z dnia 15 grudnia 1992 r. w sprawie Ford Agricultural: Dz. U. WE L 20/1 z 1993 r., dostępna w j. polskim w: E. Nowińska, *Reguły konkurencji a umowy dystrybucyjne i serwisowe w zakresie pojazdów samochodowych*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, str. 229 i nast.

<sup>57</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 24 kwietnia 1996 r., sygn. akt XVII Amr 34/95, „Wokanda”, 1997, nr 7; wyrok S.A.M. z dnia 11 marca 1998 r., sygn. akt XVII Ama 69/98, niepublikowany; wyrok S.A.M. z dnia 21 sierpnia 1996 r., sygn. akt XVII Amr 35/96, niepublikowany; wyrok z dnia 17 kwietnia 2002 r., sygn. Akt XVII Ama 58/01, w: *Wokanda* 2003, nr 9, w którym SAM wskazał, iż kara powinna być współmierna do stopnia zawinienia.

<sup>58</sup> Cyt. dalej jako „TK”.

<sup>59</sup> Należy w tym miejscu wskazać, iż TK już w orzeczeniu z dnia 1 marca 1994 r., sygn. akt U 7/93, „OTK” 1994, nr 1, poz. 5, stwierdził, iż przesłanką wymierzenia kary administracyjnej jest subiektywny element zawinienia sprawy.

<sup>60</sup> Por. ustawę z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw: Dz. U. z 2004 r., Nr 93, poz. 891.

tych należą m.in. bezprawność działania;<sup>61</sup> wystąpienie zagrożenia interesu publicznoprawnego;<sup>62</sup> przeciwdziałania rozwojowi konkurencji;<sup>63</sup> antykonkurencyjny,<sup>64</sup> antykonsumencki charakter praktyki;<sup>65</sup> realizowanie praktyki w warunkach silnego uzależnienia podmiotu poszkodowanego od przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą;<sup>66</sup> zamiar wpływania przez przedsiębiorcę na rynek, w sposób naruszający ustawę, bez względu na to czy został osiągnięty zamierzony skutek;<sup>67</sup> niepowetowana szkoda wyrządzona konkurentom;<sup>68</sup> kierowanie się niskimi pobudkami (np. chęcią maksymalizacji zysku kosztem poszkodowanych);<sup>69</sup> nadużycie (rażące nadużycie siły rynkowej)<sup>70</sup> wobec kontrahenta;<sup>71</sup> brak podporządkowania się przedsiębiorcy po raz kolejny normom prawa antymonopolowego;<sup>72</sup> brak zaprzestania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję pomimo toczącego się postępowania;<sup>73</sup> osiągnięcie ewidentnych, a zarazem nieuzasadnionych korzyści finansowych.<sup>74</sup> Kara ta może zostać nałożona także w sytuacji, gdy porozumienia ograniczającego konkurencję nie udało się wprowadzić w życie.<sup>75</sup>

Prezes UOKiK może nałożyć karę pieniężną, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, w przypadku stwierdzenia i uznania praktyki za ograniczającą konkurencję, przy zaistnieniu przesłanek wyłączających racjonalizację zakazu.<sup>76</sup> Niedopuszczalne jest więc wszczęcie i prowadzenie postępowania jedynie w zakresie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej. W takim przypadku Prezes UOKiK zobowiązany jest odmówić wszczęcia postępowania, a gdyby postępowanie w tym przedmiocie zostało wszczęte, powinno zostać umorzone (art. 105 § 1 kpa). Stanowisko

<sup>61</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 24 kwietnia 1996 r., sygn. akt XVII Amr 34/95, w: *Wokanda*, 1997, nr 7; wyrok S.A.M. z dnia 31 maja 1995 r., sygn. akt XVII Amr 9/95, w: *Wokanda*, 1996, nr 6; wyrok S.A.M. z dnia 11 marca 1998 r., sygn. akt XVII Ama 69/98, niepublikowany.

<sup>62</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 24 kwietnia 1996 r., sygn. akt XVII Amr 34/95, w: *Wokanda* 1997, nr 7; wyrok S.A.M. z dnia 30 czerwca 1998 r., sygn. akt XVII Ama 18/98, w: *Wokanda* 1999, nr 9; wyrok SOKiK z dnia 11 sierpnia 2003 r., sygn. akt XVII Ama 123/02, „Dz. Urz. UOKiK”, 2004, nr 1.

<sup>63</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 24 kwietnia 1996 roku, sygn. akt XVII Amr 34/95, w: *Wokanda* 1997, nr 7; wyrok S.A.M. z dnia 30 czerwca 1998 r., sygn. akt XVII Ama 18/98, w: *Wokanda* 1999, nr 9.

<sup>64</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 22 kwietnia 1998 r., sygn. akt XVII Ama 77/97, niepublikowany.

<sup>65</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 31 maja 1995 r., sygn. akt XVII Amr 9/95, w: *Wokanda*, 1996, nr 6; wyrok S.A.M. z dnia 9 października 1997 r., sygn. akt XVII Ama 22/97, w: *Wokanda* 1998, nr 8.

<sup>66</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 8 października 1997 r., sygn. akt XVII Ama 22/97, w: *Wokanda* 1998, nr 8.

<sup>67</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 8 października 1997 r., sygn. akt XVII Ama 22/97, w: *Wokanda* 1998, nr 8.

<sup>68</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 22 kwietnia 1998 r., sygn. akt XVII Ama 77/97, niepublikowany.

<sup>69</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 6 stycznia 1999 r., sygn. akt XVII Ama 69/98, niepublikowany.

<sup>70</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 21 sierpnia 1996 r., sygn. akt XVII Amr 35/96, niepublikowany.

<sup>71</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 31 grudnia 1997 r., sygn. akt XVII Ama 45/97, niepublikowany.

<sup>72</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 21 września 1994 r., sygn. akt XVII Amr 16/94, w: *Wokanda*, 1995, nr 4.

<sup>73</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 16 listopada 1994 r., sygn. akt XVII Amr 31/94, w: *Wokanda*, 1995, nr 9; wyrok S.A.M. z dnia 21 sierpnia 1996 r., sygn. akt XVII Amr 35/96, niepublikowany; wyrok S.A.M. z dnia 11 grudnia 1996 r., sygn. akt XVII Ama 62/96, w: *Wokanda*, 1998, nr 3; wyrok S.A.M. z dnia 09 października 1997 r., sygn. akt XVII Ama 22/97, w: *Wokanda*, 1998, nr 8.

<sup>74</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 23 kwietnia 1992 r., sygn. akt XVII Amr 5/92, w: *Wokanda*, 1992, nr 11; wyrok S.A.M. z dnia 30 października 1996 r., sygn. akt XVII Amr 42/96, w: *Wokanda*, 1997, nr 12; wyrok S.A.M. z dnia 9 października 1997 r., sygn. akt XVII Ama 22/97, w: *Wokanda*, 1998, nr 8; wyrok SAM z dnia 10 października 2001 r., sygn. akt XVII Ama 106/00, w: *Wokanda* 2003, nr 1.

<sup>75</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 8 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amr 15/96, w: *Wokanda* 1997, nr 8.

<sup>76</sup> Zachował więc aktualność wyrok S.A.M. z dnia 11 października 1995 r., sygn. akt XVII 23/95, w: *Wokanda*, 1996 nr 11. Jednakże unormowanie zawarte w art. 8 ust. 1 ustawy antymonopolowej z 1990 roku wyłączało możliwość dualizmu postępowań. O racjonalizacji zakazu zob. T. Skoczny, *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, str. 247-261.

przeciwnie pozostawałoby w sprzeczności z zasadą efektywności administracyjnego postępowania antymonopolowego (art. 12 kpa w zw. z art. 80 ustawy).

Negatywną przesłanką normatywną nałożenia kary pieniężnej jest upływ okresu przedawnienia. Zasady regulujące problematykę przedawnienia karania we wspólnotowym prawie ochrony konkurencji, jako ujemne przesłanki nałożenia tego środka, zostały uregulowane w art. 25 ust. 1 pkt b R 1/2003. Termin przedawnienia karania na podstawie R 1/2003 wynosi 5 lat. Na podstawie prawa polskiego nie wszczyna się postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok (art. 93 ustawy).<sup>77</sup> Nie można także, po upływie tego okresu, nałożyć kary pieniężnej.

Kolejną negatywną przesłanką, wyłączającą możliwość nałożenia kary jest wydanie przez organ ochrony konkurencji decyzji (w trybie art. 9 ust. 1 R 1/2003; 11 a ust. 1 ustawy), zobowiązującej przedsiębiorcę lub związek przedsiębiorców do podjęcia lub zaniechania określonych działań, zmierzających do zapobieżenia naruszeniom zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Jednakże w sytuacji braku wywiązania się przez adresata z ww. decyzji organ ochrony konkurencji, w rozstrzygnięciu kończącym postępowanie, nałożyć administracyjną karę pieniężną.

Orzecznictwo podkreśla, iż kara ta nie powinna być stosowana przez organ ochrony konkurencji w przypadkach m.in. braku jednolitego stanowiska organów administracji rządowej dotyczącej określenia charakteru zachowania adresata,<sup>78</sup> zaniechania przez przedsiębiorcę dalszego stosowania praktyk ograniczających konkurencję<sup>79</sup> oraz w sytuacji, gdyby kara ta zagrażała finansom przedsiębiorcy.<sup>80</sup>

W celu wzmocnienia skuteczności regulacji służącej zapewnieniu wykrywania oraz efektywnego sankcjonowania naruszeń zakazu praktyk ograniczających konkurencję wprowadzony został do wspólnotowego systemu ochrony skutecznej konkurencji program darowania lub obniżania kar (Leniency Programme) w 1996 r., kiedy to Komisja wydała pierwsze „Obwieszczenie w sprawie darowania lub obniżania kar pieniężnych w sprawach kartelowych”. Obecnie obowiązuje obwieszczenie (Notice) Komisji w sprawie darowania i obniżania kar pieniężnych w sprawach kartelowych.<sup>81</sup> Instytucja ta została wprowadzona także do polskiego prawa ochrony konkurencji na podstawie noweli z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw.<sup>82</sup> Ponadto, Rada Ministrów skorzystała z delegacji ustawowej i dnia 18 maja 2004 r. wydała rozporządzenie wykonawcze w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie.<sup>83</sup> Inicjatorzy tego programu stanęli na stanowisku, iż inte-

<sup>77</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 24 października 2001 r., sygn. akt XVII Ama 101/00, w: *Wokanda*, 2003, nr 3.

<sup>78</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 5 listopada 1997 r., sygn. akt XVII Ama 28/97, w: *Wokanda* 1998, nr 12.

<sup>79</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 16 listopada 1994 r., sygn. akt XVII Amr 31/94, w: *Wokanda*, 1995, nr 9; wyrok S.A.M. z dnia 31 grudnia 1997 r., sygn. akt XVII Ama 45/97, w: *Wokanda* 1999, nr 1.

<sup>80</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 4 lutego 1998 r., sygn. akt XVII Ama 66/97, niepublikowany.

<sup>81</sup> *Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel case*: Dz. U. WE 2002 C 45/3. Jest ono dostępne także ze strony internetowej: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/>. Dostępne w j. polskim w: *Prawo konkurencji Wspólnoty europejskiej, Źródła Tom 1: Reguły generalne*, Wybór i opracowanie: T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2002, str. 357 i nast. Problematykę tę poruszał też W.P.J. Wils, *The Commission Notice on the Non-Imposition or reduction of Fines in Cartel Cases: A Legal and Economic Analysis*, w: *ELR*, 1997, nr 22. Zob. też F. Arbault, *Commission adopts eight new decisions imposing fines on hard-core cartels*, w: *Competition Policy Newsletter*, 2002, nr 1.

<sup>82</sup> Por. ustawę z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw: Dz. U. z 2004 r., Nr 93, poz. 891.

<sup>83</sup> Dz. U. z 2004 r., Nr 130, poz. 1380.

res konkurentów i konsumentów jest zasadniczą i najwyższą wartością. Skuteczność ochrony tego interesu może więc dopuszczać możliwość darowania i obniżania kary pieniężnej tym przedsiębiorstwom, które nadużywały, w sposób sprzeczny z prawem, zasad wolności gospodarczej. Program ten oparty został na współpracy uczestników zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję z organem ochrony konkurencji, polegającej na przekazaniu przez uczestnika porozumienia informacji (dowodów) dotyczących istnienia kartelu, stanowiących podstawę wszczęcia postępowania w przedmiocie praktyk ograniczających konkurencję, a w konsekwencji – ich eliminacji.<sup>84</sup>

Prawodawca wspólnotowy wskazał obrót jako podstawę wymiaru kary pieniężnej (R 1/2003). Na podstawie art. 23 ust. 2 R 1/2003 Komisja może nałożyć administracyjną karę pieniężną na każde przedsiębiorstwo i/lub związek w wysokości do 10% całkowitego obrotu osiągniętego w ostatnim roku rozliczeniowym. Jeśli naruszenie dokonane zostanie przez związek przedsiębiorstw, a ponadto będzie ono miało związek z działalnością jego członków, wówczas kara pieniężna nie będzie mogła przekroczyć 10% wysokości całkowitego obrotu każdego z członków związku, uczestników porozumienia.

Na gruncie polskiego prawa ochrony konkurencji w stosunku do adresatów kary tj. przedsiębiorstw i/lub związków istnieją tożsame podstawy jej wymiaru. Pierwszą podstawą jest przychód; drugą - przeciętne wynagrodzenie. Prezes UOKiK może nałożyć karę w wysokości nieprzekraczającej 10% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary (art. 101 ust. 1 ustawy).<sup>85</sup> Brak osiągania przychodu przez przedsiębiorcę stanowi przesłankę negatywną, uniemożliwiającą nałożenie kary pieniężnej. Gdy adresat kary nie osiąga przychodu wówczas stosuje się, jako podstawę, wielokrotność przeciętnego wynagrodzenia. Prezes UOKiK może w sytuacji zaistnienia ww. okoliczności nałożyć karę w wysokości do stukrotności przeciętnego wynagrodzenia (art. 101 ust. 4 ustawy). Ustawodawca uregulował jedynie maksymalne granice zagrożenia karą. Brak jest, natomiast, minimalnych granic ustawowych.

Sąd Antymonopolowy wskazał, iż wysokość kary powinna pozostawać w zgodności z aksjologią ustawy, ukierunkowaną na rozwój konkurencji w interesie konsumentów i przedsiębiorców<sup>86</sup> oraz rozsądnym stosunku do zagrożenia publicznoprawnego, wywołanego stosowaniem praktyki ograniczającej konkurencję.<sup>87</sup> Wysokość kary nie może zostać ustalona w sposób arbitralny, uniemożliwiający kontrolę instancyjną rozstrzygnięcia.<sup>88</sup> Dlatego też Prezes UOKiK powinien uwzględnić charakter, okoliczności czynu oraz właściwą proporcję stosunków majątkowych i dochodów każdego ze sprawców naruszenia oraz korzyści, które osiągnął lub zamierzał osiągnąć.<sup>89</sup>

Zarówno w prawie wspólnotowym jak i polskim środki organów ochrony konkurencji muszą być stosowane zgodnie z zasadą proporcjonalności. Środki te muszą więc być odpowiednie, konieczne i współmierne do realizacji założonego celu<sup>90</sup> (art. 5 TWE; art. 2 Konstytu-

<sup>84</sup> Por. M. Sachajko, *Program darowania i obniżania kar we wspólnotowym i polskim prawie ochrony konkurencji*, w: *Problemy Zarządzania*, 2004, nr 3.

<sup>85</sup> Kategoria przychodu została zdefiniowana w art. 4 pkt 15 ustawy. Jest nią przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy, w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym. Prezes UOKiK zobowiązany jest do przeprowadzenia postępowania dowodowego na okoliczność osiąganego przychodu, gdyż określenie wysokości przychodu stanowiło będzie podstawę do stwierdzenia możliwości nałożenia kary, a także określenia jej wysokości.

<sup>86</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 17 lutego 1999 r., sygn. akt XVII Ama 78/98, niepublikowany.

<sup>87</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 1 marca 1995 r., sygn. akt XVII Amr 63/94, w: *Wokanda* 1996, nr 2.

<sup>88</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 281 czerwca 1995 r., sygn. akt XVII Amr 14/95, w: *Wokanda* 1996, nr 7.

<sup>89</sup> Wyrok SN z dnia 24 kwietnia 1996 r., sygn. akt I CRN 49/96, w: *OSNCP* 1996, nr 9, poz. 124.

<sup>90</sup> Zob. S. Biernat, *Zasada efektywności prawa wspólnotowego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, w: *Stu-*

cji RP<sup>91</sup>). Organy ochrony konkurencji, nakładając karę pieniężną, nie powinny stosować sankcji wyższej niż ta, która jest wystarczająca dla osiągnięcia zakładanego celu.

Formą prawną rozstrzygnięcia w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej jest, zarówno w prawie wspólnotowym jak i polskim, decyzja administracyjna. Decyzja ta jest zewnętrznym, indywidualnym aktem administracyjnym, niezależnym od woli adresata, posiadającym charakter konstytutywny, czyli prawnie kształtujący. Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada fakultatywny charakter (art. 23 ust. 2 R 1/2003; art. 101 ust. 1 ustawy). Organ ochrony konkurencji wydaje decyzję w ramach uznania administracyjnego,<sup>92</sup> a więc posiada możliwość dokonania wyboru rozwiązania zgodnego z celami określonymi w normach prawa ochrony konkurencji,<sup>93</sup> jednakże z zastrzeżeniem, że tego typu upoważnienie nie może wyrażać się w kategoriach władzy niczym nie skrzepowanej.<sup>94</sup> Podstawą rozstrzygnięcia, poza określonymi przesłankami materialno-prawnymi, są również przesłanki o charakterze celowościowym.<sup>95</sup> Zarówno zasadność jak i wysokość kar pozostawiona została uznaniu administracyjnemu organów je wymierzających.<sup>96</sup> Jednakże organy te zobowiązane są stosować się do Zaleceń Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 13 lutego 1991 r. w sprawie sankcji administracyjnych<sup>97</sup> oraz Rezolucji Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 28 września 1977 r. dotyczącej ochrony jednostki w sprawach rozstrzyganych aktami administracyjnymi.<sup>98</sup>

Administracyjne sankcje karne są środkiem prawnym wzmacniającym skuteczność sankcjonowania naruszeń zakazów praktyk ograniczających konkurencję. Kary te, posiadające charakter fakultatywny, stymulują przedsiębiorstwa i/lub ich związki do zachowań zgodnych z normami prawa ochrony konkurencji. Należy podkreślić, iż polskie uregulowania omawianej instytucji są dostosowane do wspólnotowego prawa ochrony konkurencji zarówno pod

---

dia z prawa Unii Europejskiej, red. S. Biernat, Wyd. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2000, str. 27 – 75; A. Wyzomska, *Państwa członkowskie a Unia Europejska*, w: *Prawo Unii Europejskiej*, red. Jana Barcza, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2004, str. 343; D. Miąsik, *Zasada proporcjonalności w prawie wspólnotowym i jej zastosowanie przez sądy krajowe*, w: *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Zakamycze, Kraków 2005, str. 205 i nast.

<sup>91</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483).

<sup>92</sup> Zob. szerzej – M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Toruń, 1983; Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego*, Komentarz, Warszawa – Poznań 1992, str. 266 i nast.; J. Bogucka, *Państwo prawne a problem uznania administracyjnego*, w: *PiB* 1992, nr 10; J. Starościak, *Prawne formy i metody działania administracji*, w: *System prawa administracyjnego. Tom III*, red. T. Rabska i J. Łętowski, str. 74 i nast.; wyrok S.A.M. z dnia 1 marca 1995 r., sygn. akt XVII Amr 63/94, w: *Wokanda*, 1996, nr 2; wyrok S.A.M. z dnia 30 czerwca 1998 r., sygn. akt XVII Ama 18/98, w: *Wokanda*, 1999, nr 9; wyrok S.A.M. z dnia 6 stycznia 1999 r., sygn. akt XVII Ama 69/98, niepublikowany; M. Król – Bogomilska, *Kary pieniężne nakładane na przedsiębiorców w świetle polskiego i wspólnotowego prawa konkurencji*, w: *Studia Europejskie*, 1998, nr 7; F. Montag, *The case for radical reform of the infringement procedure under Regulation 17*, w: *ECLR*, 1996, nr 8.

<sup>93</sup> M. Król – Bogomilska, *Zakaz łączenia podmiotów gospodarczych a problem uznania administracyjnego*, w: *Glosa*, 1997, nr 10; wyrok S.A.M. z dnia 6 stycznia 1999 r., sygn. akt XVII Ama 69/98, niepublikowany; wyrok S.A.M. z dnia 24 kwietnia 1996 r., sygn. akt XVII Amr 34/95, w: *Wokanda*, 1997, nr 7; wyrok NSA z dnia 16 stycznia 1997 r., sygn. akt II SA. 1383/96. Komitet Ministrów Rady Europy w zaleceniu z dnia 11 marca 1980 r. wskazał podstawowe zasady korzystania z uznania administracyjnego (nazwanego „władzą uznaniową”). O problematyce tej zob. Z. Kmiecik, *Postępowanie administracyjne w świetle standardów europejskich*, Warszawa 1997, str. 108 i nast.

<sup>94</sup> Orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 2 sierpnia 1984 roku, cyt. w Z. Kmiecik, *Postępowanie administracyjne w świetle standardów europejskich*, Warszawa 1997, str. 110.

<sup>95</sup> Wyrok S.A.M. z dnia 01 marca 1995 r., w: *Wokanda*, 1996, nr 2.

<sup>96</sup> W Polsce SAM [art. 479(28) § 1 kpc], a we WE – TS posiada uprawnienie kontroli decyzji w przedmiocie nałożenia administracyjnych, antymonopolowych sankcji (art. 230, art. 249 TWE).

<sup>97</sup> *Recommendation No R (91) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions, Recommendations, Resolutions and Declarations of the Committee of Ministers 1991, Council of Europe, Strasbourg, 1995.*

<sup>98</sup> *Resolution No R (77) 31 on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities, Resolutions of the Committee of Ministers 1977, Council of Europe, Strasbourg, 1979.*

względem charakteru prawnego administracyjnych kar pieniężnych jak i decyzji wydawanych w przedmiocie jej nałożenia.

Zasadniczo, także materialne przesłanki stosowania administracyjnych kar pieniężnych są zbliżone; jednakże z wyłączeniem subiektywnej przesłanki w postaci zawinienia adresata kary. Obecnie polski ustawodawca, po dokonaniu ostatniej nowelizacji ustawy, uznaje, iż wszelkie formy zawinienia stanowią normatywny warunek zastosowania kary. Wprowadzenie elementu winy, jako przesłanki nałożenia kary, spełniło wymogi wskazane przez TK oraz doprowadziło do dostosowania polskiego prawa, także w tym zakresie, do norm prawa wspólnotowego.

Administracyjne kary pieniężne nakładane przez organy ochrony konkurencji stanowią, poza nakazem zaniechania, jeden z najistotniejszych elementów sankcjonowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję. Prawodawstwo wspólnotowe jak i polskie określiło ich maksymalną granicę na wysokim poziomie, umożliwiającym organom ochrony konkurencji w procesie stosowania prawa w sposób skuteczny przeciwdziałać naruszeniom wolnej konkurencji przez przedsiębiorców i/lub ich związki. Ponadto, wysokość kar pieniężnych nakładanych obecnie przez wspólnotowe (np. w sprawie kartelu witaminowego) oraz polskie (np. w sprawach TP SA) organy ochrony konkurencji powoduje, iż kary te stanowią bardzo skuteczny instrument prawny, pozwalający wpłynąć na zachowania rynkowe przedsiębiorców, którzy naruszyli zasady wolnej konkurencji, stymulując także zachowania pozostałych uczestników rynku.

## Noty o autorach

**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.

**Katarzyna Chachłowska** – absolwentka prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Słuchaczka studium Prawa autorskiego, prasowego i wydawniczego w Instytucie Prawa Własności Intelektualnej UJ. Od 2003 r. pracownik krakowskiej Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

**Dieter Jalowietzki** – absolwent prawa Wolnego Uniwersytetu w Berlinie (FU Berlin) po aplikacji w 1966 r. asesor, pracował jako sędzia i prokurator. Od 1969 sędzia w sądzie okręgowym, przewodniczący sądu ławniczego, docent w wyższej szkole administracji i opieki prawnej w Berlinie. W 1979 r. mianowany na sędziego w sądzie apelacyjnym w Berlinie (Kammergericht), pracował w wydziale (senacie) do spraw kartelowych. Od 1994 r. sędzia przewodniczący w wydziałach (senatach) do spraw karteli i zleceń publicznych w sądzie apelacyjnym w Berlinie. Od emerytury w 2001 r. działa w sądownictwie arbitrażowym, naczelnik Komisji Zażeń Niemieckiego Stowarzyszenia Zbiorowego Zarządzania Prawami Autorskimi (GEMA), współautor komentarza dotyczącego prawa antymonopolowego wydanego przez *Von Loewenheim, Meesen, Riesenkampf*, uczestnik wielu konferencji (w Polsce, Chorwacji, Słowenii, Estonii, na Liwie, w Bułgarii, na Cyprze i Ukrainie).

**Marian Kępiński** – profesor zwyczajny Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, kierownik Katedry Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji UAM. W pracy naukowej zajmuje się problematyką prawa cywilnego, prawem własności intelektualnej a zwłaszcza prawem autorskim i prawem znaków towarowych, prawem nieuczciwej konkurencji i prawem europejskim materialnym. Jest członkiem Rady Legislacyjnej przy Prezisie Rady Ministrów w Warszawie.

**Siegfried Klaue** – doktor prawa i honorowy profesor na Wolnym Uniwersytecie w Berlinie (FU Berlin). Od 1958 r. do 1991 r. pracownik Federalnego Urzędu Kartelowego (Bundeskartellamt) na różnych stanowiskach (m. in. dyrektor departamentu prawnego, przewodniczący wielu wydziałów decyzyjnych). Od 1991 r. jest doradcą i ekspertem wielu podmiotów gospodarczych i instytucji, m. in. Banku Światowego, Komisji Europejskiej, a także niemieckiego rządu w zakresie rozwoju licznych programów pomocowych (w Chinach, Uzbekistanie, Estonii, Łotwie,

Litwie, Rosji, Polsce, Czeskiej i Słowackiej Republice, na Węgrzech, Chorwacji, Słowenii, Rumunii i Mołdawii). Autor wielu publikacji z zakresu niemieckiego i europejskiego prawa konkurencji i prawa gospodarczego oraz prawa energetycznego.

**Bartosz Kleban** – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Obecnie jest doktorantem w Katedrze Prawa Europejskiego na tym Wydziale. Zajmuje się problematyką prawa własności intelektualnej, ze szczególnym uwzględnieniem zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi. Opublikował szereg artykułów, m.in.: „Prawna regulacja działalności organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi w zakresie ochrony twórcy (...)” (Prawo i Administracja. Tom III, Piła 2004), „Cyfrowe systemy zarządzania prawami autorskimi na tle międzynarodowej i europejskiej regulacji prawnej” (Era Społeczeństwa Informacyjnego. Wyzwania, szanse, zagrożenia, Poznań 2005). Na co dzień rozwiązuje również praktyczne problemy związane z ochroną własności intelektualnej jako asystent radcy prawnego.

**Eryk Kosiński** – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego, absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu (1994), Uniwersytetu Europy Środkowej w Budapeszcie, LL.M (1993), student Case Western Reserve University School of Law w Cleveland USA (1993), absolwent Asser College Europe w Hadze (1995). Od 2001 r. adwokat, należy do Wielkopolskiej Izby Adwokackiej.

**Małgorzata Krasnodebska-Tomkiel** – doktor nauk prawnych, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, od 1998 r. pracuje w UOKiK, obecnie na stanowisku p.o. dyrektora Departamentu Prawnego i Orzecznictwa Europejskiego. W 2005 r. na macierzystym wydziale obroniła rozprawę doktorską pt. „Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski”.

**Jarosław Krüger** – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu (1991 r.), radca prawny (od 1994 r.), pracownik (od 1994 r.) i zastępca dyrektora (od 1997 r.) Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

**Piotr Lissoń** – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Były pracownik Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Autor publikacji z zakresu prawa ochrony konkurencji, prawa działalności gospodarczej, usług użyteczności publicznej oraz gospodarki komunalnej.

**Maciej Mataczyński** – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Ukończył studia prawnicze w Poznaniu oraz studia podyplomowe w instytucie T.M.C. Assera w Hadze (Holandia). Uczestniczył w X Sesji Akademii Prawa Europejskiego we Florencji (Włochy). W latach 2001-2002 jako stypendysta Fulbrigta przebywał w Harvard Law School w Cambridge, Mass. (USA). Jest autorem kilkunastu publikacji z zakresu prawa europejskiego, prawa prywatnego międzynarodowego i prawa gospodarczego. Od 2004 r. wpisany na listę radców prawnych.

**Grzegorz Materna** – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, pracownik Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

**Harald Piltz** – absolwent niemieckiego prawa na Wolnym Uniwersytecie w Berlinie (FU Berlin) oraz prawa wspólnot europejskich w Instytucie Europejskim Uniwersytetu Landu Saary, odbywał aplikację w Berlinie i Saarbrücken. Od 1971 r. pracownik Federalnego Urzędu Kartelowego (Bundeskartellamt) w Berlinie, gdzie pracował przez 20 lat, początkowo zajmował się europejskim prawem konkurencji, następnie prawem konkurencji na rynkach energetycznych. W latach 1975 i 1976 urzędnik Dyrekcji Generalnej do Spraw Konkurencji w Komisji Europejskiej. W latach 1991 – 96 pracował w Ministerstwie Gospodarki Landu Brandenburgia, gdzie był odpowiedzialny za stosunki gospodarcze z zagranicą, relacje z Polską i Europą

wschodnią w sprawach związanych z Unią Europejską. Od 1996 r. dyrektor Urzędu Kartelowego Landu Brandenburgia odpowiedzialny za liczne zadania z zakresu prawa zamówień publicznych i ochrony konsumentów. Od 2001 r. aktywnie działa jako ekspert w różnych projektach współpracy bliźniaczej (*Twinning*).

**Bożena Popowska** – profesor nadzwyczajny Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji UAM, sędzia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu.

**Teresa Rabska** – profesor zwyczajny Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, redaktor naczelny kwartalnika *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*.

**Marek Sachajko** – sędzia Sądu Rejonowego w Poznaniu, uczestnik seminarium doktoranckiego w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu oraz w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, pisze pracę doktorską nt. „Sankcjonowanie naruszeń zakazów praktyk ograniczających konkurencję” pod kierunkiem Prof. Tadeusza Skoczego. Autor i współautor artykułów z zakresu prawa ochrony konkurencji oraz prawa upadłościowego i naprawczego.

**Rafał Sikorski** – doktor nauk prawnych, absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Był stypendystą w Instytucie TMC Assera w Hadze oraz ukończył studia podyplomowe na Wydziale Prawa Central European University w Budapeszcie, gdzie uzyskał tytuł LL.M. w zakresie międzynarodowego prawa handlowego. W 2005 r. obronił pracę doktorską z zakresu prawa własności intelektualnej. W ramach pracy dydaktycznej prowadzi zajęcia z prawa międzynarodowego prywatnego oraz prawa europejskiego.

**Bartosz Turno** – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu (2003), uczestnik studiów doktoranckich w Katedrze Postępowania Administracyjnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu, pracownik Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury w Poznaniu (od 2004 r.).

[www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)

---