

USTAWA O OCHRONIE KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Komentarz

redakcja naukowa

Aleksander Stawicki, Edward Stawicki

Jerzy Baehr, Mateusz Błachucki, Tomasz Feliszewski
Paulina Komorowska, Jarosław Krüger, Wojciech Kulczyk
Tomasz Kwieciński, Marek Prętki, Marek Radwański
Aleksander Stawicki, Edward Stawicki, Bartosz Turno
Emilia Wardęga, Aleksandra Wędrychowska-Karpińska
Agnieszka Wiercińska-Krużewska, Andrzej Wierciński
Anna Witkowska, Agata Zawłocka-Turno

KOMENTARZE

2. WYDANIE

USTAWA O OCHRONIE KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Komentarz

USTAWA O OCHRONIE KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Komentarz

redakcja naukowa

Aleksander Stawicki, Edward Stawicki

Jerzy Baehr, Mateusz Błachucki, Tomasz Feliszewski
Paulina Komorowska, Jarosław Krüger, Wojciech Kulczyk

Tomasz Kwieciński, Marek Prętki, Marek Radwański

Aleksander Stawicki, Edward Stawicki, Bartosz Turno

Emilia Wardęga, Aleksandra Wędrychowska-Karpińska

Agnieszka Wiercińska-Krużewska, Andrzej Wierciński

Anna Witkowska, Agata Zawłocka-Turno

KOMENTARZE

2. WYDANIE

Stan prawny na 1 sierpnia 2016 r.

Wydawca

Magdalena Stojek-Siwińska

Redaktor prowadzący

Katarzyna Gierłowska

Opracowanie redakcyjne i łamanie

JustLuk

Komentarze do poszczególnych artykułów napisali:

Jerzy Baehr, Tomasz Feliszewski – art. 29–31, 33–36; Mateusz Błachucki – art. 17, 31a–31d, 73a, 96a; Tomasz Feliszewski – art. 5; Jarosław Krüger – art. 47–61, 69–73, 74–80, 86–89, 90, 92, 93; Jarosław Krüger, Emilia Wardęga – art. 111; Tomasz Kwieciński, Anna Witkowska – art. 81–85; Marek Prętki – art. 99a–99f, 101a; Marek Radwański – art. 26–28, 37–40, 42–46, 100, 101, 114; Marek Radwański, Marek Prętki – art. 102–105; Aleksander Stawicki – art. 3, 6, 6a, 7, 8, 9, 12a, 21, 22, 106a, 115–138; Aleksander Stawicki, Paulina Komorowska – art. 107, 108, 112; Aleksander Stawicki, Wojciech Kulczyk – art. 15, 16, 23, 94–96, 97–99; Aleksander Stawicki, Edward Stawicki – art. 1; Aleksander Stawicki, Emilia Wardęga – art. 106, 113; Aleksander Stawicki, Agata Zawłocka-Turno – art. 10, 12; Edward Stawicki – art. 4, 18, 19, 20; Bartosz Turno – art. 91, 105a–105q, 113a–113k; Aleksandra Wędrychowska-Karpińska, Agnieszka Wiercińska-Krużewska – art. 23a, 24–25; Agnieszka Wiercińska-Krużewska – art. 2; Agnieszka Wiercińska-Krużewska, Marek Prętki – art. 23b–23d; Andrzej Wierciński – art. 13–14; Agata Zawłocka-Turno – art. 89a

© Copyright by

Wolters Kluwer SA, 2016

ISBN: 978-83-8092-447-5

2. wydanie

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	13
Od redaktorów	25
Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.)	27
Dział I. Przepisy ogólne	29
Art. 1. [Cele i zakres ustawy]	29
Art. 2. [Zakres zastosowania ustawy]	46
Art. 3. [Wyłączenie zastosowania ustawy do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw]	60
Art. 4. [Słownik terminów ustawowych]	75
Art. 5. [Przeliczenie wartości euro oraz innych walut obcych na złote oraz wartości złotego na euro]	208
Dział II. Zakaz praktyk ograniczających konkurencję	210
Rozdział 1. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję	210
Art. 6. [Zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień]	210
Art. 6a. [Odpowiedzialność osoby zarządzającej za naruszenie zakazów] ..	294
Art. 7. [Wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień antykonkurencyjnych]	299
Art. 8. [Indywidualne i grupowe wyłączenie spod zakazu zawierania porozumień antykonkurencyjnych]	309
Rozdział 2. Zakaz nadużywania pozycji dominującej	322
Art. 9. [Zakaz nadużywania pozycji dominującej]	322
Rozdział 3. Decyzje w sprawach praktyk ograniczających konkurencję ...	408
Art. 10. [Decyzja stwierdzająca antykonkurencyjną praktykę. Środki zaradcze]	408
Art. 11. (uchylony).	430
Art. 12. [Decyzja zobowiązująca]	430
Art. 12a. [Stwierdzenie, że osoba zarządzająca naruszyła zakaz porozumień antykonkurencyjnych]	446

Dział III. Koncentracje przedsiębiorców	449
Rozdział 1. Kontrola koncentracji	449
Art. 13. [Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji]	449
Art. 14. [Wyłączenie spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji]	469
Art. 15. [Uznanie koncentracji dokonanej przez przedsiębiorcę zależnego za koncentrację dokonaną przez przedsiębiorcę dominującego]	479
Art. 16. [Obliczanie obrotów przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji]	481
Art. 17. [Delegacja do określenia sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji]	486
Rozdział 2. Decyzje w sprawach koncentracji	488
Art. 18. [Zgoda na koncentrację]	488
Art. 19. [Zgoda warunkowa]	528
Art. 20. [Zakaz koncentracji i zgoda wyjątkowa]	551
Art. 21. [Uchylenie decyzji zawierającej zgodę na dokonanie koncentracji. Środki restytucyjne]	566
Art. 22. [Wygaśnięcie decyzji. Przedłużenie okresu obowiązywania decyzji zawierającej zgodę na koncentrację]	576
Art. 23. [Przedłużenie terminu na odsprzedaż akcji lub udziałów nabytych lub objętych przez instytucję finansową]	581
Dział IIIa. Zakaz stosowania niedozwolonych postanowień wzorców umów	584
Rozdział 1. Niedozwolone postanowienia wzorców umów	584
Art. 23a. [Zakaz stosowania niedozwolonych postanowień wzorca umowy]	584
Rozdział 2. Decyzje w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone	602
Art. 23b. [Decyzja o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone]	602
Art. 23c. [Zobowiązanie przedsiębiorcy do podjęcia określonych działań]	611
Art. 23d. [Rozszerzony skutek prawomocnej decyzji]	623
Dział IV. Zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów	627
Rozdział 1. Praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów	627
Art. 24. [Zakaz stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów]	627
Art. 25. [Ochrona zbiorowych interesów konsumentów wynikająca z innych ustaw]	697
Rozdział 2. Decyzje w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów	705
Art. 26. [Decyzja o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów]	705
Art. 27. [Stwierdzenie zaniechania stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów]	712
Art. 28. [Decyzja zobowiązująca]	717

Dział V. Organizacja ochrony konkurencji i konsumentów	728
Rozdział 1. Prezes Urzędu	728
Art. 29. [Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów]	728
Art. 30. [Powołanie i odwołanie wiceprezesów UOKiK]	732
Art. 31. [Zakres działania Prezesa UOKiK]	733
Art. 31a. [Wyjaśnienia i interpretacje mające istotne znaczenie dla stosowania przepisów w sprawach objętych zakresem działania Prezesa UOKiK]	741
Art. 31b. [Publikacja decyzji wydawanych przez Prezesa UOKiK]	745
Art. 31c. [Publikacja komunikatów Prezesa UOKiK w publicznej radiofonii i telewizji]	749
Art. 31d. [Przedstawianie sądom poglądów w sprawach dotyczących ochrony konkurencji i konsumentów]	753
Art. 32. (uchylony).	758
Art. 33. [Struktura organizacyjna UOKiK. Wydawanie decyzji i postanowień w imieniu Prezesa UOKiK]	758
Art. 34. [Statut Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów]	760
Art. 35. [Zlecenie Inspekcji Handlowej przeprowadzenia kontroli lub realizacji innych zadań]	761
Art. 36. (uchylony).	761
Rozdział 2. Samorząd terytorialny i organizacje konsumenckie	762
Art. 37. [Zadania samorządu terytorialnego w dziedzinie ochrony konsumentów]	762
Art. 38. [Edukacja konsumencka]	771
Art. 39. [Powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów]	779
Art. 40. [Stosunek pracy powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów]	784
Art. 41. (uchylony)	791
Art. 42. [Kompetencje rzecznika konsumentów]	791
Art. 43. [Sprawozdanie roczne]	833
Art. 44. [Krajowa Rada Rzeczników Konsumentów]	836
Art. 45. [Organizacje konsumenckie]	842
Art. 46. [Roczna dotacja celowa]	848
Dział VI. Postępowanie przed Prezesem Urzędu	850
Rozdział 1. Przepisy ogólne	850
Art. 47. [Rodzaje postępowań prowadzonych przez Prezesa UOKiK]	850
Art. 48. [Rodzaje postępowań prowadzonych przez Prezesa UOKiK]	856
Art. 49. [Tryb wszczynania postępowań przed Prezesem UOKiK]	863
Art. 49a. [Wystąpienie do przedsiębiorcy bez wszczynania postępowania]	868
Art. 50. [Obowiązek przekazywania informacji i dokumentów. Składanie wyjaśnień]	870
Art. 51. [Dowód z dokumentu. Język dokumentu]	879
Art. 52. [Dowód ze świadków. Wezwanie świadka]	882
Art. 53. [Przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka]	886

Art. 54.	[Dopuszczenie dowodu z opinii biegłego]	887
Art. 55.	[Wniosek o wyłączenie biegłego]	891
Art. 56.	[Okazanie biegłemu akt sprawy i przedmiotu oględzin]	893
Art. 57.	[Uzasadnienie opinii biegłego. Opinia łączna]	894
Art. 58.	[Wynagrodzenie biegłego. Zaliczka na poczet wydatków biegłego. Ponoszenie kosztów wynagrodzenia biegłego]	896
Art. 59.	[Opinia jednostki naukowej]	897
Art. 60.	[Rozprawa administracyjna; przesłanki, uczestnicy rozprawy i wyłączenie jawności]	898
Art. 61.	[Pomoc sądowa w postępowaniu administracyjnym]	901
Art. 62–68.	(uchylone)	902
Art. 69.	[Ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego]	902
Art. 70.	[Ograniczenie udostępnienia materiału dowodowego]	911
Art. 71.	[Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa]	915
Art. 72.	[Obowiązek udostępniania akt oraz informacji przez organy administracji publicznej]	916
Art. 73.	[Wykorzystywanie informacji uzyskanych w toku postępowania przed Prezesem UOKiK]	917
Art. 73a.	[Podanie do publicznej wiadomości informacji o podejrzeniu praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów]	923
Art. 74.	[Uwzględnienie zarzutów stron]	931
Art. 75.	[Obligatoryjne i fakultatywne umorzenie postępowania]	937
Art. 76.	[Przedawnienie wszczęcia postępowania]	942
Art. 77.	[Zasada ponoszenia kosztów postępowania]	943
Art. 78.	[Obowiązek zwrotu kosztów postępowania wywołanych zachowaniem strony]	945
Art. 79.	[Ponoszenie kosztów niezbędnych opinii w sprawach dotyczących koncentracji]	945
Art. 80.	[Postanowienie w sprawie końcowych kosztów postępowania] ...	946
Art. 81.	[Postępowanie odwoławcze od decyzji Prezesa UOKiK]	947
Art. 82.	[Wyłączenie stosowania nadzwyczajnych trybów wzruszenia decyzji]	990
Art. 83.	[Stosowanie przepisów k.p.a. do postępowania przed Prezesem UOKiK]	994
Art. 84.	[Odpowiednie stosowanie przepisów k.p.c. do postępowania dowodowego]	1000
Art. 85.	[Postępowanie w sprawach nakładania kar pieniężnych]	1004
Rozdział 2. Postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję		1009
Art. 86.	[Zawiadomienie dotyczące podejrzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję]	1009
Art. 87.	[Obligatoryjne i fakultatywne podstawy niewszczęcia postępowania. Zawieszenie postępowania]	1014
Art. 88.	[Strona postępowania. Wszczęcie postępowania]	1017

Art. 89.	[Decyzja tymczasowa. Czas obowiązywania decyzji]	1029
Art. 89a.	[Procedura dobrowolnego poddania się karze pieniężnej]	1034
Art. 90.	[Nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji]	1050
Art. 91.	[Przeszukanie w lokalu mieszkalnym]	1053
Art. 92.	[Termin zakończenia postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję]	1061
Art. 93.	[Przedawnienie wszczęcia postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję]	1063
Rozdział 3.	Postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji . . .	1072
Art. 94.	[Strona postępowania. Zgłoszenie zamiaru koncentracji. Opłaty od wniosków]	1072
Art. 95.	[Zwrot zgłoszenia koncentracji oraz wezwanie do uzupełnienia braków w tym zgłoszeniu]	1080
Art. 96.	[Termin zakończenia postępowania w sprawach koncentracji] . .	1085
Art. 96a.	[Przedłużenie terminu zakończenia postępowania. Zastrzeżenia i warunki]	1088
Art. 97.	[Wstrzymanie się od dokonania koncentracji. Warunkowe dokonanie czynności, na podstawie której ma nastąpić koncentracja]	1098
Art. 98.	[Brak naruszenia obowiązku wstrzymania się od dokonania koncentracji]	1103
Art. 99.	[Decyzja w sprawie podziału przedsiębiorcy. Wystąpienie do sądu o stwierdzenie nieważności umowy]	1104
Rozdział 3a.	Postępowanie w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone	1108
Art. 99a.	[Zawiadomienie o podejrzeniu stosowania niedozwolonych postanowień]	1110
Art. 99b.	[Strona postępowania; postanowienie o wszczęciu postępowania]	1125
Art. 99c.	[Podmiot zainteresowany]	1129
Art. 99d.	[Rygor natychmiastowej wykonalności]	1144
Art. 99e.	[Termin zakończenia postępowania]	1147
Art. 99f.	[Termin przedawnienia wszczęcia postępowania]	1151
Rozdział 4.	Postępowanie w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów	1157
Art. 100.	[Zawiadomienie dotyczące podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów]	1157
Art. 101.	[Strona postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów]	1166
Art. 101a.	[Decyzja tymczasowa]	1173
Art. 102.	(uchylony)	1191
Art. 103.	[Rygor natychmiastowej wykonalności]	1192
Art. 104.	[Terminy zakończenia postępowania]	1198
Art. 105.	[Termin przedawnienia wszczęcia postępowania]	1201

Rozdział 5. Kontrola i przeszukiwanie w toku postępowania	
przed Prezesem Urzędu	1207
Art. 105a. [Kontrola w toku postępowania przed Prezesem UOKiK]	1207
Art. 105b. [Uprawnienia dochodzeniowe kontrolującego]	1270
Art. 105c. (uchylony)	1291
Art. 105d. [Obowiązki kontrolowanego. Odmowa udzielenia informacji lub współdziałania w toku kontroli]	1291
Art. 105e. [Zapewnienie warunków i środków do sprawnej kontroli. Potwierdzenie za zgodność z oryginałem]	1306
Art. 105f. [Ustalenie stanu faktycznego. Zabezpieczenie dowodów]	1317
Art. 105g. [Zajęcie w celu zabezpieczenia]	1321
Art. 105h. [Zajęcie w celu zabezpieczenia – rozwinięcie]	1327
Art. 105i. [Kontrola lub przeszukiwanie bez wszczynania odrębnego postępowania]	1332
Art. 105ia. [Tajemniczy klient]	1340
Art. 105j. [Protokół kontroli; elementy protokołu i załączniki]	1345
Art. 105k. [Protokół kontroli; podpisy, zastrzeżenia, odmowa podpisania]	1352
Art. 105l. [Stosowanie przepisów u.s.d.g. do kontroli. Sprzeciw]	1357
Art. 105m. [Zażalenie na czynności kontrolne]	1364
Art. 105n. [Przeszukanie pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorcy. Wniosek i zgoda na przeszukiwanie]	1366
Art. 105o. [Uprawnienia przeszukującego do sporządzania notatek]	1383
Art. 105p. [Zażalenie na czynności przeszukiwania]	1384
Art. 105q. [Odpowiednie stosowanie przepisów do przeszukiwania]	1385
Dział VII. Kary pieniężne	1389
Rozdział 1. Nakładanie kar pieniężnych	1389
Art. 106. [Kary pieniężne i ich wysokość]	1389
Art. 106a. [Kara nakładana na osobę zarządzającą]	1416
Art. 107. [Kary w celu przymuszenia wykonania decyzji, postanowień lub wyroków]	1420
Art. 108. [Kara nałożona na osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub zarządczą]	1428
Art. 109–110. (uchylone)	1440
Art. 111. [Miarkowanie wysokości kary pieniężnej]	1440
Art. 112. [Przeznaczenie środków pochodzących z kar. Termin i sposób zapłaty kary pieniężnej. Egzekucja]	1466
Art. 113. [Odroczenie uiszczenia kary lub rozłożenie jej na raty. Odsetki]	1469
Rozdział 2. Odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie w sprawach porozumień ograniczających konkurencję	1477
Art. 113a. [Program <i>leniency</i> . Wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie w sprawach porozumień ograniczających konkurencję]	1477
Art. 113b. [Przesłanki odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej]	1512
Art. 113c. [Przesłanki obniżenia kary pieniężnej]	1520

Art. 113d. [<i>Leniency plus</i>]	1526
Art. 113e. [Marker. Skrócony wniosek <i>leniency</i>]	1532
Art. 113f. [Uproszczony wniosek <i>leniency</i>]	1537
Art. 113g. [Zwrot nieuwzględnionego lub wycofanego wniosku <i>leniency</i>] . . .	1542
Art. 113h. [Odpowiednie zastosowanie instytucji <i>leniency</i> do osób zarządzających]	1544
Art. 113i. [Informacje we wniosku <i>leniency</i> składanym przez osobę zarządzającą]	1547
Art. 113j. [Objęcie osób zarządzających wnioskiem <i>leniency</i> składanym przez przedsiębiorcę]	1548
Art. 113k. [Delegacja ustawowa do określenia sposobu i trybu postępowania z wnioskiem <i>leniency</i>]	1551
Dział VIII. Przepis karny	1552
Art. 114. [Przepis karny]	1552
Dział IX. Przepisy zmieniające, przejściowe i końcowe	1560
Art. 115–129. (pominięto)	1560
Art. 130. [Kryterium ustalania wysokości kary pieniężnej]	1560
Art. 131. [Regulacje intertemporalne]	1560
Art. 132. [Ciągłość funkcji Prezesa UOKiK]	1561
Art. 133. [Zachowanie członkostwa w Radzie Rzeczników Konsumenckich] . .	1561
Art. 134. [Ciągłość funkcji rzeczników konsumentów]	1561
Art. 135. [Zasada kontynuacji (sukcesji) UOKiK]	1561
Art. 136. [Dotychczasowe przepisy wykonawcze]	1561
Art. 137. [Przepis derogacyjny]	1562
Art. 138. [Wejście w życie ustawy]	1562
Literatura	1563
Indeks rzeczowy	1599
O autorach	1607

Wykaz skrótów

1. Polskie akty prawne i wytyczne

k.c.	– ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 380 z późn. zm.)
k.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1137)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
Konwencja, Europejska Konwencja Praw Człowieka	– Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.)
k.p.	– ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1666)
k.p.a.	– ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 23 z późn. zm.)
k.p.c.	– ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.)
k.p.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.)
k.p.w.	– ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 395 z późn. zm.)
k.s.h.	– ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1578 z późn. zm.)

- k.w. – ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1094 z późn. zm.)
- nowelizacja
konsumencka – ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1634)
- nowelizacja z dnia
10 czerwca 2014 r. – ustawa z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. poz. 945)
- o.p. – ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 613 z późn. zm.)
- p.p.s.a. – ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 718 z późn. zm.)
- pr. aut. – ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 666 z późn. zm.)
- pr. bank. – ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 128 z późn. zm.)
- pr. energ. – ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1059 z późn. zm.)
- pr. farm. – ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.)
- pr. spółdz. – ustawa z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 21 z późn. zm.)
- pr. upadł. – ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 233 z późn. zm.)
- p.w.p. – ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1410 z późn. zm.)
- p.z.p. – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164)
- reg. – rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2015 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. poz. 2316 z późn. zm.)
- r.o.k. – rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie sposobu i trybu postępowania z wnioskiem o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (Dz. U. z 2015 r. poz. 81)
- r.o.k. 2007 – rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji

-
- cji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (Dz. U. Nr 134, poz. 938)
- r.o.k. 2009 – rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 stycznia 2009 r. w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (Dz. U. Nr 20, poz. 109)
- r.s.o.o. – rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (Dz. U. z 2015 r. poz. 79)
- u.d.i.p. – ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2058 z późn. zm.)
- u.d.r.p.g. – ustawa z dnia 17 grudnia 2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (Dz. U. z 2010 r. Nr 7, poz. 44)
- u.d.u.r. – ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. poz. 1844 z późn. zm.)
- u.g.k. – ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 573)
- u.i.d.p. – ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 z późn. zm.)
- ustawa o IH – ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o Inspekcji Handlowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1059)
- u.k.s.c. – ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 623)
- u.n.r.f. – ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 174 z późn. zm.)
- u.o.d.o. – ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 922)
- u.o.i.n. – ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1167)
- u.o.k.k. 2000 – ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.)
- u.o.p.z. – ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1541)
-

u.p.d.o.f.	– ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 361 z późn. zm.)
u.p.d.o.p.	– ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 851 z późn. zm.)
u.p.e.a.	– ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 599 z późn. zm.)
u.p.k.	– ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz. U. poz. 827 z późn. zm.)
u.p.n.p.r.	– ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 3)
u.p.p.m.	– ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 1999 r. Nr 52, poz. 547 z późn. zm.)
u.p.p.m. z 1990 r.	– ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz. U. Nr 14, poz. 88)
u.r.	– ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1047)
u.r.r.	– ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamy przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 892)
u.s.d.g.	– ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 584 z późn. zm.)
u.s.g.	– ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 446)
u.s.p.	– ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 814)
Ustawa, u.o.k.k.	– ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.)
u.z.n.k.	– ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.)
wertykalne rozporządzenie wyłączające	– rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 81, poz. 441)

wyjaśnienia UOKiK w sprawie Szczegółowego uzasadnienia zarzutów	– wyjaśnienia UOKiK z dnia 1 września 2015 r. dotyczące przedstawiania Szczegółowego uzasadnienia zarzutów w postępowaniach w sprawach: 1) praktyk ograniczających konkurencję, 2) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz 3) nakładania kar pieniężnych za naruszenie przepisów ustawy (www.uokik.gov.pl)
wyjaśnienia UOKiK dotyczące oceny zgłaszanych koncentracji	– wyjaśnienia UOKiK z dnia 11 czerwca 2012 r. dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji (www.uokik.gov.pl)
wyjaśnienia UOKiK w sprawie procedury dobrowolnego poddania się karze	– wyjaśnienia UOKiK z dnia 18 listopada 2015 r. w sprawie procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej (www.uokik.gov.pl)
wyjaśnienia UOKiK w sprawie procedury koncentracji	– wyjaśnienia UOKiK z dnia 23 stycznia 2015 r. w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK (www.uokik.gov.pl)
wyjaśnienia UOKiK w sprawie reguł kontaktów z przedsiębiorcami w związku z kompetencjami orzecznictwem Prezesa UOKiK	– wyjaśnienia UOKiK z dnia 23 stycznia 2015 r. w sprawie reguł kontaktów z przedsiębiorcami w związku z kompetencjami orzecznictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (www.uokik.gov.pl)
wyjaśnienia UOKiK w sprawie ustalania wysokości kar (POK)	– wyjaśnienia UOKiK z dnia 28 grudnia 2015 r. dotyczące ustalania wysokości kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję (www.uokik.gov.pl)
wyjaśnienia UOKiK w sprawie ustalania wysokości kar (ZIK)	– wyjaśnienia UOKiK z dnia 10 maja 2013 r. w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (www.uokik.gov.pl)
wyjaśnienia UOKiK w sprawie wydawania decyzji zobowiązującej	– wyjaśnienia UOKiK z dnia 26 października 2015 r. w sprawie wydawania decyzji zobowiązującej w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (www.uokik.gov.pl)
wyt. len., wytyczne leniency	– wytyczne Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 lutego 2009 r. w sprawie programu łagodzenia kar (leniency) (www.uokik.gov.pl)

- wytyczne BKA – wytyczne niemieckiego organu ochrony konkurencji (Bundeskartellamt)
- wytyczne NMa – wytyczne holenderskiego organu ochrony konkurencji (Nederlandse Mededingingsautoriteit); od 1 kwietnia 2013 r. organ ten przekształcono w De Autoriteit Consument & Markt (ACM)

2. Unijne akty prawne i dokumenty Komisji

- dyrektywa
private enforcement – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (Dz. Urz. UE L 349 z 5.12.2014, s. 1)
- komunikat 2010/C 130/01 – komunikat Komisji „Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych” (Dz. Urz. UE C 130 z 19.05.2010, s. 1)
- komunikat 2011/C 11/01 – komunikat Komisji „Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych” (Dz. Urz. UE C 11 z 14.01.2011, s. 1)
- Modelowy Program Leniency (ECN Model Leniency Programme), 29.09.2006 [MEMO/06/356]
- obwieszczenie 1996/C 207/04 – obwieszczenie Komisji w sprawie nienakładania lub ograniczenia wysokości grzywien w sprawach karteli (Dz. Urz. UE C 207 z 18.07.1996, s. 4)
- obwieszczenie 1997/C 372/03 – obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. Urz. UE C 372 z 9.12.1997, s. 5)
- obwieszczenie 2002/C 45/03 – obwieszczenie Komisji w sprawie zwolnienia z grzywien oraz zmniejszania grzywien w przypadkach karteli (Dz. Urz. UE C 45 z 19.02.2002, s. 3)
- obwieszczenie 2004/C 31/03 – obwieszczenie Komisji „Wytyczne w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych regulowanych rozporządzeniem Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw” (Dz. Urz. UE C 31 z 5.02.2004, s. 5)
- obwieszczenie 2004/C 101/02 – obwieszczenie Komisji w sprawie stosowania art. 81 TWE do porozumień o transferze technologii (Dz. Urz. UE C 101 z 27.04.2004, s. 2)

-
- | | |
|--------------------------------|---|
| obwieszczenie
2004/C 101/03 | – obwieszczenie Komisji w sprawie współpracy w obrębie Sieci Organów Konkurencji (Dz. Urz. UE C 101 z 27.04.2004, s. 43) |
| obwieszczenie
2004/C 101/04 | – obwieszczenie Komisji w sprawie współpracy między Komisją a sądami krajów członkowskich UE w stosowaniu art. 81 i 82 TWE (Dz. Urz. UE C 101 z 27.04.2004, s. 54) |
| obwieszczenie
2004/C 101/06 | – obwieszczenie Komisji dotyczące nieformalnych wytycznych w związku z pytaniami związanymi z art. 81 i 82 TWE w sprawach indywidualnych (Dz. Urz. UE C 101 z 27.04.2004, s. 78) |
| obwieszczenie
2004/C 101/07 | – obwieszczenie Komisji w sprawie rozumienia wpływu na handel – kategorii zawartej w art. 81 i 82 TWE (Dz. Urz. UE C 101 z 27.04.2004, s. 81) |
| obwieszczenie
2004/C 101/08 | – obwieszczenie Komisji „Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE” (Dz. Urz. UE C 101 z 27.04.2004, s. 97) |
| obwieszczenie
2005/C 56/03 | – obwieszczenie Komisji „Komunikat w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji” (Dz. Urz. UE C 56 z 5.03.2005, s. 24) |
| obwieszczenie
2006/C 210/02 | – obwieszczenie Komisji „Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a rozporządzenia 1/2003” (Dz. Urz. UE C 210 z 1.09.2006, s. 2) |
| obwieszczenie
2006/C 298/11 | – obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych (Dz. Urz. UE C 298 z 8.12.2006, s. 17) |
| obwieszczenie
2008/C 95/01 | – obwieszczenie Komisji „Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw” (Dz. Urz. UE C 95 z 16.04.2008, s. 1) |
| obwieszczenie
2008/C 167/01 | – obwieszczenie Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w sprawach kartelowych (Dz. Urz. UE C 167 z 2.07.2008, s. 1) |
| obwieszczenie
2008/C 265/07 | – obwieszczenie Komisji „Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw” (Dz. Urz. UE C 265 z 18.10.2008, s. 6). |
-

- obwieszczenie
2008/C 267/01 – obwieszczenie Komisji „Zawiadomienie w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004” (Dz. Urz. UE C 267 z 22.10.2008, s. 1)
- obwieszczenie
2009/C 45/02 – obwieszczenie Komisji „Komunikat w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące” (Dz. Urz. UE C 45 z 24.02.2009, s. 7)
- raport o rozporządzeniu
nr 1/2003 – Informacja Komisji dla Rady i Parlamentu – Raport o funkcjonowaniu rozporządzenia 1/2003 (COM (2009) – 206 final), 29.04.2009
- raport o rozporządzeniu
nr 139/2004 – Informacja Komisji dla Rady – Raport o funkcjonowaniu rozporządzenia 139/2004 (COM (2009) – 281 final), 18.06.2009
- rozporządzenie nr 17/62 – rozporządzenie Rady EWG nr 17 – pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (Dz. Urz. UE L 13 z 21.02.1962, s. 204) nieobowiązujące
- rozporządzenie
nr 1/2003 – rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L 1 z 4.01.2003, s. 1, z późn. zm.)
- rozporządzenie
nr 139/2004 – rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE L 24 z 29.01.2004, s. 1)
- rozporządzenie
nr 773/2004 – rozporządzenie Komisji (WE) nr 773/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE (Dz. Urz. UE L 123 z 27.04.2004, s. 18, z późn. zm.)
- rozporządzenie
nr 802/2004 – rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE L 133 z 30.04.2004, s. 1, z późn. zm.)
- rozporządzenie
nr 2006/2004 – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2006/2004 z dnia 27 października 2004 r. w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów (Dz. Urz. UE L 364 z 9.12.2004, s. 1, z późn. zm.)

rozporządzenie nr 622/2008	– rozporządzenie Komisji (WE) nr 622/2008 z dnia 30 czerwca 2008 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 773/2004 w odniesieniu do prowadzenia postępowań ugodowych w sprawach kartelowych (Dz. Urz. UE L 171 z 1.07.2008, s. 3)
rozporządzenie nr 330/2010	– rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE L 102 z 23.04.2010, s. 1)
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (skonsolidowana wersja: Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 47); nowa nazwa traktatów założycielskich po wejściu w życie, w dniu 1 grudnia 2009 r., traktatu lizbońskiego – Traktatu zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską); TFUE ogłoszono w Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej (skonsolidowana wersja: Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 13)
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. Urz. UE C 321E z 29.12.2006, s. 37) – zastąpiony przez TFUE
zawiadomienie 2014/C 291/01	– komunikat Komisji „Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie <i>de minimis</i>)” (2014/C 291/01)

3. Wyjaśnienia brytyjskiego *Office of Fair Trading*

OFT 401	– Porozumienia i praktyki uzgodnione (grudzień 2004 r.)
OFT 402	– Nadużycie pozycji dominującej (grudzień 2004 r.)
OFT 403	– Definicja (definiowanie) rynku (grudzień 2004 r.)
OFT 407	– Praktyczne wskazówki stosowania wytycznych OFT w sprawie okoliczności, w których zaakceptowane mogą być warunki zobowiązania (grudzień 2004 r.)
OFT 408	– Izby, związki przedsiębiorców i samorządy zawodowe (grudzień 2004 r.)
OFT 414a	– Ocena zachowań (kwiecień 2004)
OFT 415	– Ocena siły rynkowej (grudzień 2004 r.)
OFT 421	– Usługi i działalność w interesie publicznym (grudzień 2004 r.)

- OFT 423 – Wytyczne w sprawie właściwej wysokości kar pieniężnych (grudzień 2004 r.)
- OFT 428 – Zastosowania w sektorze energetycznym (styczeń 2005 r.)
- OFT 430 – Zastosowania w usługach związanych z kolejnictwem (październik 2005 r.)
- OFT 803 – Leniency and no-action. OFT's guidance note on the handling of applications (December 2008)

4. Czasopisma i wydawnictwa promulgacyjne

- ALJ – Antitrust Law Journal
- Biul. Skarb. – Biuletyn Skarbowy Ministerstwa Finansów
- Biul. SN – Biuletyn Informacyjny Sądu Najwyższego
- BUOKiK – Biuletyn Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
- CMLR – Common Market Law Review
- GSP – Gdańskie Studia Prawnicze
- ECLR – European Competition Law Review
- ECR – European Court Reports
- ELJ – European Law Journal
- ELR – European Law Review
- EPS – Europejski Przegląd Sądowy
- FILJ – Fordham International Law Journal
- iKAR – internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
- KPP – Kwartalnik Prawa Prywatnego
- KPPubl. – Kwartalnik Prawa Publicznego
- M. Pod. – Monitor Podatkowy
- M. Praw. – Monitor Prawniczy
- MSiG – Monitor Sądowy i Gospodarczy
- NP – Nowe Prawo
- Orz. Gosp. – Orzecznictwo Gospodarcze
- ONSA – Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego
- ONSA WSA – Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i wojewódzkich sądów administracyjnych
- OSA – Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
- OSNAPIUS – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
- OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
- OSNCP – Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
- OSNKW – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa

OSNP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
OTK	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OTK-A	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy, seria A
OTK ZU	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; Zbiór Urzędowy
OwSS	– Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych
PiP	– Państwo i Prawo
PiPUE	– Prawo i Podatki Unii Europejskiej
PPH	– Przegląd Prawa Handlowego
Pr. Gosp.	– Prawo Gospodarcze
Prok. i Pr.	– Prokuratura i Prawo
Pr. Spółek	– Prawo Spółek
PS	– Przegląd Sądowy
PUE	– Prawo Unii Europejskiej
PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
YARS	– Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies
Zb. Orz.	– Zbiór Orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji
ZNSA	– Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego
ZNUJ	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego
ZNUJ PWiOWI	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej

5. Instytucje, sądy, urzędy i organizacje

DOJ	– Department of Justice
ECN	– European Competition Network (Europejska Sieć Konkurencji)
ETPCz	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej – Court of Justice of the European Union)
FTC	– Federal Trade Commission
IH	– Inspekcja Handlowa
KNB	– Komisja Nadzoru Bankowego
KNF	– Komisja Nadzoru Finansowego
Komisja lub KE	– Komisja Europejska

KRRiT	– Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji
NIK	– Najwyższa Izba Kontroli
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
OFT	– Office of Fair Trading
Prezes, Prezes Urzędu, Prezes UOKiK	– Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Prezes UKE	– Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej
Prezes ULC	– Prezes Urzędu Lotnictwa Cywilnego
Prezes URE	– Prezes Urzędu Regulacji Energetyki
Prezesa UTK	– Prezes Urzędu Transportu Kolejowego
RPO	– Rzecznik Praw Obywatelskich
SA	– Sąd Apelacyjny
SAM, SOKiK	– odpowiednio: Sąd Antymonopolowy, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
SN	– Sąd Najwyższy
SPI, CFI	– Sąd Pierwszej Instancji (Court of First Instance), obecnie Sąd Ogólny (General Court)
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TS	– Trybunał Stanu
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UA, UOKiK	– odpowiednio: Urząd Antymonopolowy, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
UE	– Unia Europejska
WSA	– wojewódzki sąd administracyjny

6. Inne

RPM	– <i>resale price maintenance</i> – utrzymywanie jednolitych cen
-----	--

Od redaktorów

Z satysfakcją oddajemy w Państwa ręce drugie wydanie redagowanego przez nas komentarza do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jest on wynikiem pracy zespołu ludzi, którzy od wielu lat zajmują się prawem konkurencji i prawem konsumenckim w swojej działalności zawodowej. Część autorów ma za sobą doświadczenia wynikające z pracy w administracji państwowej odpowiedzialnej za egzekwowanie reguł konkurencji oraz ochronę interesów konsumentów, pozostali od wielu lat doradzają klientom w tego typu sprawach. Różnorodność tych doświadczeń oraz ich odmiennność stanowiły punkt wyjścia do wielu niezwykle interesujących dyskusji w toku prac nad publikacją, które znalazły swoje odbicie w prezentowanych w komentarzu тезach. Pracując nad książką, dążyliśmy również do tego, by złożone zagadnienia przedstawić w możliwie jak najprostszym sposobie. Wierzymy, że tym samym nasz komentarz będzie stanowić dla Państwa praktyczny przewodnik po skomplikowanym świecie prawa konkurencji.

Niniejsze opracowanie wieńczy niemal dwa lata wytężonych prac. Mamy nadzieję, że przekazywany Państwu komentarz ułatwi podejmowanie trudnych decyzji biznesowych albo wydawanie trafnych rozstrzygnięć administracyjnych lub sądowych, będąc jednocześnie ciekawą, pouczającą i przekonującą lekturą.

Poznań, 1 sierpnia 2016 r.

Aleksander Stawicki
Edward Stawicki

USTAWA

z dnia 16 lutego 2007 r.

o ochronie konkurencji i konsumentów¹

(tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184; zm.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1618, poz. 1634)

¹ Niniejsza ustawa dokonuje w zakresie swojej regulacji wdrożenia dyrektywy 98/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 maja 1998 r. w sprawie nakazów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów (Dz. Urz. UE L 166 z 11.06.1998; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 15, t. 4, str. 43).

DZIAŁ I

Przepisy ogólne

Art. 1. [Cele i zakres ustawy]

1. Ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.
2. Ustawa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję, praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów oraz stosowaniu niedozwolonych postanowień wzorców umów, a także przeciwdziałania antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki, stosowanie niedozwolonych postanowień lub koncentracje wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.
3. Ustawa określa także organy właściwe w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów.

1. Uwagi wprowadzające

Artykuł 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.) normuje trzy podstawowe dla jej stosowania kwestie:

- określa cele i przedmiot regulacji Ustawy (ust. 1);
- definiuje podmiotowy, przedmiotowy i terytorialny zakres zastosowania przepisów Ustawy (ust. 2);
- stanowi o powołaniu organów właściwych w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów (ust. 3)².

² Tak również D. Miąsik (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 25.

Powyższe normy mają podstawowe znaczenie dla polskiego systemu prawa konkurencji, wyznaczając granice jego stosowania oraz stanowiąc punkt wyjścia do interpretacji (wykładni) innych przepisów Ustawy i wydanych na jej podstawie rozporządzeń, a także innych polskich przepisów regulujących sprawy z zakresu konkurencji³. Zawierają one klauzule generalne⁴, które z uwagi na swoją szczególną rolę określane są także mianem „metaklauzul odsyłających” lub „klauzul uniwersalnych ogólnego zastosowania”. Owe klauzule stanowią ramy interpretacyjne przepisów szczególnych, jak się na to wskazuje w doktrynie, „wyznaczając jednocześnie aksjologiczne granice do interpretacji klauzul szczegółowych, zawartych w tychże przepisach”⁵. Tym samym, rekonstruując zindywidualizowaną normę prawną, Prezes Urzędu zobowiązany jest do oceny zachowań przedsiębiorców (oraz innych elementów stanu faktycznego) przez pryzmat wartości zawartych w klauzulach generalnych. W konsekwencji kształtują one luz decyzyjny (interpretacyjny) organu antymonopolowego, pozwalając mu na indywidualną ocenę każdej sprawy i wyznaczając ramy takiej oceny⁶.

2. Cele i przedmiot Ustawy (art. 1 ust. 1)

2.1. Cele Ustawy

2.1.1 Uwagi wprowadzające

W myśl przepisu ust. 1, Ustawa „określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji” oraz „zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”.

³ Należy podkreślić, że Ustawa nie jest jedynym polskim aktem prawnym (rangi ustawowej) regulującym zasady ochrony konkurencji. Jest bez wątpienia aktem najbardziej kompleksowym i adresowanym do wszystkich przedsiębiorców, niezależnie od rodzaju ich działalności, sektora, formy organizacyjnej czy własnościowej. Zawiera normy adresowane do przedsiębiorców (*anti-trust*), czyli normy regulujące zasady i procedury ochrony konkurencji przed działaniami tę konkurencję eliminującymi, ograniczającymi lub w inny sposób zniekształcającymi, podejmowanymi przez uczestników obrotu gospodarczego – przedsiębiorców. Jednakże w polskim systemie prawnym istnieją również ustawy zawierające normy ochrony konkurencji adresowane do przedsiębiorców działających w wybranych sektorach – np. ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1059 z późn. zm.), ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1489), ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1297 z późn. zm.). Odrębna ustawa określa też kompetencje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie nadzorowania pomocy publicznej udzielanej przedsiębiorcom (jest to ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 59, poz. 404 z późn. zm.). Również regulacje dotyczące uczciwości obrotu gospodarczego i ochrony przed praktykami nieuczciwej konkurencji (ochrony co do zasady dotyczącej interesów indywidualnych przedsiębiorców, dokonywanej w trybie postępowania sądowego) zawarto w odrębnym akcie, tj. ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

⁴ Przez pojęcie klauzul generalnych rozumie się zwroty nieokreślone, będące częścią przepisu prawa, które odsyłają do ocen o charakterze pozaprawnym, wyrażających określone wartości (za: C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, s. 120).

⁵ Tak C. Banasiński, *Dyskrecjonalność...*, s. 121–122.

⁶ Tamże.

Dosłowne odczytanie tego przepisu nakazywałoby przyjąć, że Ustawa ma spełniać trzy funkcje:

- wskazywać warunki rozwoju i ochrony konkurencji;
- określać zasady ochrony interesów przedsiębiorców w takim zakresie, w jakim ochrona jest zgodna z interesem publicznym;
- określać zasady ochrony interesów konsumentów, o ile ta ochrona leży w interesie publicznym.

Jednakże konfrontacja zidentyfikowanych powyżej funkcji Ustawy z zakresem jej materialnoprawnych regulacji, a także z jej tytułem, nakazuje przyjąć, że w istocie jest ona aktem prawnym regulującym dwie sfery: ochronę (i rozwój) konkurencji oraz ochronę konsumentów. Komentowany akt prawny stanowi tym samym – w wymiarze przedmiotowym – zbiór dwóch regulacji: prawa (ochrony) konkurencji (prawa antymonopolowego, prawa antytrustowego) i prawa (ochrony) konsumentów.

Nie ulega również wątpliwości, że wskazane w komentowanym przepisie „interesy przedsiębiorców” podlegają ochronie jedynie pośrednio, w wyniku zastosowania norm określających ochronę konkurencji, w szczególności przepisów regulujących zasady przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję (przepisów działu III Ustawy)⁷. W tym sensie zastosowanie instrumentarium prawnego Ustawy do ochrony interesów określonego przedsiębiorcy możliwe jest tylko w sytuacji, gdy motywem działań organu antymonopolowego jest ochrona interesów wspólnych (publicznych), takich jak niezakłócone działanie konkurencji. Takie rozumienie funkcji Ustawy zostało ustalone orzecznictwem sądowym i zaaprobowane w doktrynie już w początkach stosowania polskiego prawa ochrony konkurencji (ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów, tekst jedn.: Dz. U. z 1999 r. Nr 52, poz. 547 z późn. zm.)⁸. Również w piśmiennictwie zagranicznym powszechnie akceptowany jest pogląd, że prawo konkurencji chroni konkurencję, a nie indywidualne interesy poszczególnych konkurentów⁹.

⁷ Tak też D. Miąsik, T. Skoczny: „faktycznie ustawa nie pozwala [...] na wyróżnienie odrębnej funkcji «ochrony przedsiębiorców» czy «ochrony interesów przedsiębiorców», która wykraczałaby poza ochronę konkurencji” – D. Miąsik, T. Skoczny (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 26.

⁸ Tak m.in. SAM: w wyroku z dnia 27 lutego 1991 r., XVII Amr 9/90; w wyroku z dnia 21 lipca 1992 r., XVII Amr 13/92, Wokanda 1992, nr 11; w wyroku z dnia 15 marca 1995 r., XVII Amr 66/94, Wokanda 1996, nr 3. Zob. też: T. Gronowski, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym*, Warszawa 1994, s. 25; T. Skoczny, *Przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym w świetle orzecznictwa*, Warszawa 1994, s. 22 i n.

⁹ W ślad za twórcą tego kanonu R.H. Borkiem (zob. *The Antitrust Paradox*, New York 1978, s. 405) stwierdzenie to promuje większość współczesnych autorów rozpraw dotyczących celów prawa i polityki konkurencji – zob. przegląd celów polityki konkurencji w doktrynie i systemach prawnych krajów członkowskich OECD w: *Competition on Merits*, OECD DAF/COMP(2005)27, s. 20–21.

2.1.2. Ochrona konkurencji – istota

Jednym z głównych celów Ustawy są rozwój i ochrona konkurencji (jako pewnego mechanizmu czy procesu właściwego dla gospodarki rynkowej¹⁰). Określone w Ustawie instrumenty służące realizacji tej funkcji mogą być prawidłowo stosowane jedynie wtedy, gdy właściwie zdefiniowane zostaną zarówno przedmiot ochrony (czyli konkurencja), jak i jej zakres¹¹.

Rozumienie konkurencji, wobec braku definicji ustawowej tego pojęcia¹², można oprzeć jedynie na dorobku orzecznictwa i nauki – nie tylko zresztą prawniczej, lecz także (a może przede wszystkim) ekonomicznej¹³. To bowiem w naukach ekonomicznych, będących niewątpliwie kolebką, a później kanwą licznych teorii i budowanych wokół nich kierunków (szkół) myśli ekonomicznej, pojęcie konkurencji ma różne konotacje¹⁴. I tak w doktrynie i praktyce orzeczniczej konkurencję sprowadza się często – w naszym przekonaniu słusznie – do współzawodnictwa, rywalizacji samodzielnych podmiotów o dostęp do zasobów dóbr materialnych, technologii i wiedzy lub innych wartości mających tę cechę, że występują w ograniczonych ilościach. Konkurencja jest więc przede wszystkim mechanizmem alokacji (rozdziału) tych zasobów między uczestników obrotu gospodarczego. Tak rozumiana konkurencja toczy się między

¹⁰ Tak również D. Miąsik, T. Skoczny (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 29 oraz wskazane tam orzecznictwo. Na funkcjonalny wymiar konkurencji wskazuje także M. Kolański w swojej pracy *Istota konkurencji, jaka powinna podlegać ochronie w interesie publicznym, w kontekście działalności podmiotów wykonujących zadania publiczne*, I Polski Kongres Prawa Konkurencji, Warszawa 13–15 kwietnia 2015 r., http://www.lpkpk.wz.uw.edu.pl/working_papers/Kolasinski_Istota_konkurencji.pdf, s. 114.

¹¹ Co do konstytucyjnych podstaw ochrony konkurencji – por. C. Banasiński, *Dyskrecjonalność...*, s. 15 i n.

¹² Ustawa zawiera wprawdzie definicję terminu znaczeniowo bliskiego pojęciu konkurencji – w art. 4 pkt 11 zawarto wyjaśnienie znaczenia kategorii konkurentów, jednak wskazanie podmiotów uczestniczących w procesie konkurencji (konkurentami, w świetle tego przepisu, są przedsiębiorcy, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać w tym samym czasie towary na rynku właściwym) nie tłumaczy istoty tego procesu, samego mechanizmu konkurencji.

¹³ D. Miąsik oraz T. Skoczny w swoim komentarzu wskazują, że w polskiej doktrynie mowa jest o konkurencji „skutecznej” bądź konkurencji „wolnej”. Autorzy ci wyróżniają także dwa nurty rozumienia konkurencji – strukturalny (określany także mianem wolnościowego czy podmiotowego) oraz funkcjonalny (zwany także przedmiotowym lub skutkowym). W pierwszym z tych nurtów akcentuje się, że konkurencja jest procesem rywalizacji samodzielnych przedsiębiorców, w drugim większy nacisk kładziony jest na rozumienie konkurencji jako pewnego mechanizmu czy procesu regulującego zachowania rynkowe przedsiębiorców i prowadzącego do maksymalnej możliwej efektywności. Szerzej por. T. Skoczny (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 30–32 oraz wskazane tam literatura i orzecznictwo. Analogiczne stanowisko prezentuje K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 46.

¹⁴ Dzieje się tak, ponieważ analizowane w ekonomii i naukach pokrewnych teoretyczne modele konkurencji oraz modele zachowań uczestników rywalizacji rynkowej (przedsiębiorców i konsumentów) odwołują się zawsze do określonych warunków rynku, uwzględniających rozmaite, bardziej lub mniej szczegółowe jego parametry, ujmowane statycznie lub dynamicznie. Ta różnorodność podejść do rozumienia konkurencji stawia z kolei istotne wyzwanie przed organami ochrony konkurencji. W poszukiwaniu definicji konkurencji, czerpiąc z dorobku nauk ekonomicznych, urzędy antymonopolowe i sądy koncentrują się na identyfikowaniu cech wspólnych procesu konkurowania – jego istoty, mechanizmu.

przedsiębiorcami, ale też, na odrębnej płaszczyźnie, między konsumentami. Rywalizacja o dostęp do dóbr rzadkich prowadzi do wzrostu efektywności – konkurencję z założenia wygrać mogą najlepsi, najbardziej efektywni. Ta właśnie motywacja – wykazanie się najwyższą efektywnością – jest źródłem postępu gospodarczego. **Konkurencja jest więc określonym mechanizmem funkcjonowania gospodarki, takim który poprzez rywalizację i wzrost efektywności uczestników gry rynkowej prowadzi do optymalnej alokacji zasobów, a w konsekwencji do obniżania kosztów produkcji (działalności) i przez to do upowszechniania (zwiększenia dostępności) towarów i usług, do innowacyjności, do wzrostu dobrobytu społeczeństwa.** Pogląd najbliższy wskazanemu powyżej rozumieniu istoty konkurencji wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06, gdzie stwierdził iż: „[konkurencja – dop. A.S, E.S.] prowadzi do podniesienia efektywności całej gospodarki; wymusza dbanie o konsumentów i ich interesy, poprzez oferowanie im coraz lepszych produktów, dodatkowych usług, nowych technologii itp. [...] Pod pojęciem konkurencji należy rozumieć proces rywalizacji niezależnych przedsiębiorstw, który prowadzi do podniesienia poziomu dobrobytu konsumentów. [...] Zachowania przedsiębiorstw, które prowadzą do wzrostu produkcji lub sprzedaży, obniżenia cen, postępu technicznego oraz poszerzenia oferty rynkowej, zwiększenia zakresu wyboru dostępnego konsumentom należy oceniać pozytywnie, jako służące realizacji postulatu najpełniejszego zaspokojenia potrzeb konsumentów przez działających w sposób wolny od ingerencji organów państwa przedsiębiorców; [...] prawo antymonopolowe dąży bowiem do zapewnienia realizacji założeń modelu konkurencji skutecznej, korygując poprzez interwencję organu antymonopolowego występujące w rzeczywistości nieprawidłowości i odstępstwa od modelowego rozwiązania. [...] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zapewnia istnienie mechanizmu konkurencji na rynku, jako optymalnego sposobu podziału dóbr między członków społeczeństwa”¹⁵.

Warunkami koniecznymi spełniania przez konkurencję opisanej powyżej funkcji efektywnościowej (alokacyjnej) są przede wszystkim: wolność prowadzenia działalności gospodarczej, swoboda wyboru kontrahentów, otwarty i równy dostęp do rynku. **W naszym przekonaniu zatem, nie można odrywać istoty konkurencji – jej funkcji alokacyjnej (efektywnościowej) – od warunków jej istnienia (działania): wolności wyboru i otwartości rynków.** Są to dwa różne, jednak komplementarne aspekty konkurencji. Na gruncie Ustawy o ochronie podlegają obie te wartości – sam mechanizm

¹⁵ Wyrok SN z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06, OSNP 2007, nr 21–22, poz. 337. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stwierdził ponadto: „Dlatego ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni mechanizm konkurencji przed wszelkiego rodzaju próbami jego ograniczenia, eliminacji lub zniekształcenia przez jedną z grup uczestników rynku – przedsiębiorców. Ograniczenie konkurencji pojawia się wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorców prowadzi lub może prowadzić do wywołania odmiennych skutków, jak np. obniżenia wielkości produkcji lub sprzedaży, podniesienia cen lub ograniczenia zakresu wyboru z jakiego korzysta konsument. Tego rodzaju zachowania godzą w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelną funkcją ustawy powinny być zakazane i surowo ukarane”.

konkurencji, ale także warunki niezbędne dla jego niezakłóconego działania. Każde więc działanie przedsiębiorców wymierzone w którąkolwiek z tych wartości powinno być zgodnie z przepisami Ustawy, sankcjonowane¹⁶.

O ile rozumienie celu Ustawy jako ochrony konkurencji, postrzeganej jako mechanizm zapewniający efektywność procesów gospodarczych i optymalną alokację zasobów, jest stosunkowo silnie ugruntowane w praktyce orzeczniczej polskich organów ochrony konkurencji i polskim piśmiennictwie z tego zakresu (i to jeszcze pod rządami u.p.p.m.), o tyle już problem ostatecznego celu (według stosowanej terminologii „celu ultymatywnego”) polityki konkurencji nie został jeszcze jednoznacznie rozstrzygnięty¹⁷. Nie powinno to budzić zdziwienia, kwestia bowiem celów polityki konkurencji była (i dotąd jest) przedmiotem ożywionych dyskusji, zapoczątkowanych jeszcze w latach 60. ubiegłego wieku w Stanach Zjednoczonych w związku z polemiką między dwoma ośrodkami akademickimi: Uniwersytetem Harvarda a Uniwersytetem Chicago, której przedmiotem były ostateczne kryteria (kryterium), jakimi posługiwać się powinny organy antymonopolowe, podejmując w imię ochrony konkurencji interwencje w procesy gospodarcze. Polemika dotyczyła także problemu, jakie zachowania przedsiębiorców godzą w konkurencję oraz na jakich przesłankach i dowodach należy opierać ewentualne zarzuty naruszania reguł konkurencji¹⁸. Współczesny sposób

¹⁶ Poglądy takie prezentowane są także w orzecznictwie Prezesa Urzędu. Przykładowo w decyzji Prezesa Urzędu z dnia 7 lipca 2015 r., DOK 1/2015, wskazano: „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni zatem interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego” oraz „Dobrem chronionym przez przepisy Ustawy jest więc konkurencja rozumiana jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Bowiern tylko w warunkach konkurencji przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw”. Aspekt efektywnościowy zaakcentowany jest w innym fragmencie uzasadnienia: „Istotą konkurencji jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach”. Analogiczne poglądy zaprezentowano również w decyzji z dnia 31 grudnia 2015 r., DOK 5/2015.

¹⁷ Przekrojowego przeglądu poglądów na to zagadnienie dokonuje D. Miąsik w pracy *Controlled Chaos With Consumer Welfare as the Winner – a Study of the Goals of the Polish Antitrust Law*, YARS 2008, vol. 1 (1), s. 43–56, oraz B. Turno (w:) *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, s. 45–55.

¹⁸ Najkrócej rzecz ujmując, szkoła harwardzka opowiadała się za szerokim, zależnym od polityki państwa spektrum celów (kryteriów) polityki antytrustowej. Cele te mogą obejmować nie tylko ochronę konkurencji, lecz także przykładowo właściwą redystrybucję dochodów lub ochronę małych i średnich przedsiębiorstw. Mogą one nawet wykraczać poza cele natury ekonomicznej i dotyczyć takich kwestii, jak przeciwdziałanie nadmiernej koncentracji władzy politycznej czy sprawowanie kontroli nad rozwojem przedsiębiorczości. Oponenti ze szkoły z Chicago reprezentowali skrajne odmienne stanowisko – jedynym celem polityki konkurencji powinno być promowanie efektywności produkcyjnej i alokacyjnej – i w ten sposób ochrona interesów konsumentów. Każde z rozstrzygnięć w kwestii celów (celu) polityki konkurencji pociąga za sobą znaczące różnice w takich fundamentalnych kwestiach, jak: granice między pro- i antykonkurencyjnymi porozumieniami, istota i przejawy antykonkurencyjnych nadużyć silnej pozycji rynkowej (monopolizacji rynku), znaczenie struktury rynku dla oceny zachowań przedsiębiorców i ich (zamierzonych) koncentracji itd. Szerzej m.in.: R.J. Van den Bergh, P.D. Camesasca, *European Competition Law and Economics. A Com-*

myślenia o celach polityki antymonopolowej zdominowała szkoła chicagowska, efektywnościowa. Według jej twórców i apologetów ingerencja organów ochrony konkurencji w funkcjonowanie rynku może mieć wyłącznie jeden cel – ochronę konkurencji, rozumianej jako mechanizm promujący najbardziej efektywne procesy gospodarcze, zapewniający właściwą alokację dóbr i w ten sposób najlepiej służący interesom konsumentów. **Ostatecznym celem polityki konkurencji jest bowiem ochrona długofalowych interesów konsumentów**¹⁹. Ten sposób myślenia o polityce konkurencji stworzył podwaliny pod szeroko pojętą ekonomizację prawa i praktyki antymonopolowej²⁰.

Za stanowiskiem, że celem polityki konkurencji jest dobrobyt konsumentów, opowiedział się Sąd Najwyższy we wskazanym wyżej orzeczeniu z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06. Teza taka prezentowana jest również w wyrokach SOKiK²¹, podziela ją część przedstawicieli doktryny²². Jednocześnie jednak wyrażane jest i przeciwnostawne twierdzenie o niemożności przyjęcia na obecnym etapie rozwoju gospodarczego Polski tego „amerykańskiego podejścia” (utożsamianego z celem w postaci dobrobytu konsumentów)²³.

parative Perspective, Intersentia 2001, s. 1–10, 40–49; Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce* (w:) C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, s. 13–38.

¹⁹ Podobny pogląd można odnaleźć także w orzecznictwie Prezesa Urzędu. Przykładowo w decyzji z dnia 31 grudnia 2013 r., RŁO 57/2013, wskazano, że: „Stanowi to dodatkowe uzasadnienie interwencji Prezesa Urzędu z wykorzystaniem instrumentów prawa antymonopolowego. Te bowiem służą w ostateczności dobru konsumentów”. Z kolei w decyzji Prezesa UOKiK wskazano: „Realizowana jednocześnie ochrona konsumentów, jako nabywców dóbr i usług oferowanych w warunkach konkurencji, jest prowadzona niejako przy okazji, jakkolwiek stanowi ostateczny cel i przyczynę działań zmierzających do ochrony konkurencji” (por. decyzja z dnia 31 grudnia 2015 r., DOK 5/2015).

²⁰ Warto przy tym podkreślić, że ocena niektórych zachowań rynkowych przedsiębiorców w krótkiej perspektywie może prowadzić z punktu widzenia dobra konsumentów do odmiennych ich ocen niż wtedy, gdy przyjmie się dłuższy horyzont. Takim przykładem pozornie korzystnych dla konsumentów działań jest praktyka nieuczciwego, antykonkurencyjnego zaniżania cen (*predatory pricing*). Doraźnym skutkiem takiej praktyki jest korzyść konsumentów – za określone dobro lub usługę płacą oni mniej, jednak najbardziej prawdopodobnym skutkiem takiej praktyki w dłuższej perspektywie jest wzrost cen.

²¹ Wyrok SN z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06, OSNP 2007, nr 21–22, poz. 337; wyrok SN z dnia 5 czerwca 2008 r., III SK 40/07, OSNP 2009, nr 19–20, poz. 272.

²² Przykładowo D. Miąsik i T. Skoczny wskazują, iż „konkurencja powinna być chroniona dlatego, że zapewnia najwyższy możliwy poziom dobrobytu (zaspokojenia interesów) konsumentów” oraz że „także w naszym przekonaniu ultimatywnym celem ochrony konkurencji – podstawowym materialnoprawnym «interese publicznym» tej ochrony – jest zaspokajanie dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*)” (T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, odpowiednio, s. 39 i 40). Podobne stanowisko prezentuje K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2014, s. 49, oraz C. Banasiński, *Zależność między ochroną konkurencji a ochroną konsumentów – synergia*, Biuletyn Prawo konkurencji na co dzień 2007, nr 1, s. 2, jak również A. Jurkowska-Gomułka (w:) *Interes publiczny a prywatne egzekwowanie reguł konkurencji*, I Polski Kongres Prawa Konkurencji, 2015, s. 152.

²³ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 16 – autorzy ci opowiadają się za „europejskim rozumieniem” tego celu i odwołują się do sloganu, który głosi, że „nie ma konkurencji bez konkurentów”.

W naszym przekonaniu dobro konsumentów jest podstawowym, materialnoprawnym interesem publicznym chronionym Ustawą. Jeżeli zatem działania przedsiębiorców, oceniane przez pryzmat różnych kryteriów efektywnościowych, prowadzą do różnych z punktu widzenia ochrony lub rozwoju konkurencji rezultatów, organy antymonopolowe (ale także sami przedsiębiorcy w trakcie tzw. samooceny) powinny wybierać te kierunki postępowania, które zapewniają najwyższe spełnienie kryterium podstawowego – ochrony interesu konsumentów²⁴.

W konkluzji rozważań na temat rozumienia pojęcia konkurencji, a także celu, jakim powinny się kierować chroniące ją organy, należy powtórzyć ważne stwierdzenie Sądu Najwyższego, że każde działanie wymierzone w mechanizm konkurencji godzi w interes publiczny – i jako takie uzasadnia interwencję organów antymonopolowych²⁵. W naszej opinii interwencja ta jest uzasadniona również wtedy, gdy działaniami (antykonkurencyjnymi praktykami) przedsiębiorców eliminowane (ograniczane lub zniekształcane) są nie tylko sam mechanizm konkurencji, lecz także warunki jej istnienia (działania): wolność prowadzenia działalności gospodarczej i otwartość rynków. Ułtymatywnym celem wszelkiej interwencji powinna być jednocześnie ochrona interesów konsumentów.

2.1.3. Istota ochrony konsumentów

O ile wokół rozumienia terminu „konkurencja”, wobec braku jego ustawowej definicji, trwają jeszcze ożywione dyskusje, o tyle druga z istotnych dla rozumienia zakresu przedmiotowego Ustawy kategoria – konsumenta – ma ustalone znaczenie, jest bowiem definiowana w art. 4 pkt 12 Ustawy (zob. komentarz do tego przepisu).

Należy przy tym podkreślić, że konsumenci (interesy konsumentów) są zgodnie z przepisami Ustawy chronione w dwojaki sposób. Przede wszystkim, jak to wyżej wskazano, wszelkie działania mające na celu ochronę konkurencji służą *de facto* ochronie interesów konsumentów. Interesy konsumentów są zatem pośrednio chronione działaniami organów antymonopolowych ingerujących w funkcjonowanie rynku dla ochrony konkurencji. Jednocześnie przepisy Ustawy przewidują normy bezpośrednio dedykowane ochronie konsumentów. Są nimi przepisy działu IIIa, zakazujące stosowania niedozwolonych postanowień wzorców umów²⁶, rozdział 1 działu IV, zawierające materialnoprawne normy zakazujące stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów²⁷,

²⁴ Tak również T. Skoczny (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 40.

²⁵ Wyrok SN z dnia 5 czerwca 2008 r., III SK 40/07, OSNP 2009, nr 19–20, poz. 272.

²⁶ Dział IIIa, zawierający przepisy art. 23a–23d, został dodany przez art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1634) z dniem 17 kwietnia 2016 r.

²⁷ Nie wydaje się jednocześnie zasadny pogląd prezentowany przez D. Miąsika i T. Skoczno (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 27, iż w tym przypadku chronione są „pozaekonomiczne interesy konsumentów”. Szerzeg praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów godzi bowiem właśnie w ich ekonomiczne interesy.

przepisy rozdziału 2 działu IV oraz rozdziału 4 działu VI, określające szczególne, odnoszące się do postępowań administracyjnych w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, przepisy proceduralne, a także niektóre przepisy działu VII, sankcjonujące określone działania przedsiębiorców nieprzestrzegających materialnych lub proceduralnych przepisów w tym zakresie.

2.2. „Interes publiczny” jako podstawowa przesłanka stosowania Ustawy

Wprowadzona do przepisu art. 1 Ustawy klauzula interesu publicznego jest drugą – po klauzuli ochrony konkurencji – klauzulą generalną (czy też nawet „metaklauzulą”). To interes publiczny uzasadnia władczą ingerencję Prezesa Urzędu w stosunki gospodarcze, wyznacza równoległe granice zachowań samych przedsiębiorców²⁸. Jednocześnie, jak to ma miejsce w przypadku każdej klauzuli generalnej, zasadza się ona na odesłaniu do pojęć i ocen pozaprawnych, co pozwala na podejmowanie różnych treściowo decyzji w zależności od okoliczności konkretnej sprawy. Klauzula ta wymaga tym samym każdorazowej konkretyzacji²⁹. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że organ ochrony konkurencji w każdej indywidualnej sprawie jest zobowiązany wskazać, w imię ochrony jakiego dobra publicznego podjął działania³⁰. W praktyce Prezes Urzędu stosuje się do tego wymogu³¹.

W doktrynie wskazuje się także na dwie zasadnicze funkcje interesu publicznego – funkcję jurysdykcyjną (w tym ujęciu służy on wyznaczeniu granic dla interwencji Prezesa UOKiK) oraz funkcję ewaluacyjną (w tym ujęciu pojęcie to słu-

²⁸ Por. C. Banasiński, *Dyskrecjonalność...*, s. 123.

²⁹ Tamże, s. 125. Por. także zawarte tam rozważania co do generalnego rozumienia tej klauzuli (która nie jest specyficzna dla prawa ochrony konkurencji) na gruncie przepisów polskiego prawa. W tym zakresie por. także rozważania A. Jurkowskiej-Gomułki w: *Interes publiczny a prywatne...*, s. 150 i n.

³⁰ Zob. liczne orzeczenia SAM i SOKiK, w tym: wyrok SOKiK z dnia 27 czerwca 2001 r., XVII Ama 92/00, LEX nr 55944; wyrok SOKiK z dnia 19 listopada 2001 r., XVII Ama 2/01, Dz. Urz. UOKiK z 2002 r. Nr 1, poz. 47. W wyroku z dnia 5 czerwca 2007 r., VI ACa 1084/06, niepubl., Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził: „interes publiczny w rozumieniu ustawy nie jest pojęciem jednolitym i stałym, a zatem w każdej indywidualnej sprawie winien być ustalony i konkretyzowany”. Podobnie SN w wyroku z dnia 27 sierpnia 2003 r., I CKN 527/01, LEX nr 137525.

³¹ Przykładowo w decyzji Prezesa Urzędu z dnia 7 lipca 2015 r., DOK 1/2015, stwierdzono: „Należy wskazać, że pojęcie interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. Organ antymonopolowy, rozważając, czy zachodzą podstawy do wszczęcia postępowania oraz wydając odpowiednią decyzję, musi wskazać, na czym polegał interes publiczny w podjęciu interwencji w odniesieniu do konkretnej praktyki, której postępowanie dotyczyło”. Zupełnie inną kwestią jest to, że pogłębiona analiza odpowiednich fragmentów uzasadnień wydanych decyzji rodzi podejrzenie, iż kwestia ta traktowana jest dość mechanicznie, co często sprowadza rozważania Prezesa Urzędu do kilku akapitów akcentujących kluczowe kwestie poruszone w orzecznictwie sądowym poświęconym temu zagadnieniu.

ży dookreśleniu rzeczywistego zakresu zastosowania przepisów Ustawy, jako aktu ze sfery prawa publicznego)³².

Samo rozumienie pojęcia interesu publicznego ewoluowało wraz z upływem czasu. Świadomość tego, że prawo konkurencji jest dziedziną publicznego prawa gospodarczego, a tym samym że jego celem jest ochrona interesów publicznych, nie zaś interesów indywidualnych podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym, istniała już w pierwszych okresach obowiązywania ustawodawstwa antymonopolowego. Mimo więc że taka funkcja polskiego prawa konkurencji (pierwotnie ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym³³, później ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie konsumentów (1996)³⁴, a obecnie (od roku 2000) – ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) została *expressis verbis* ujęta dopiero w u.o.k.k. 2000³⁵, sądy i doktryna od początków wyraźnie określały taki właśnie zakres stosowania prawa antymonopolowego. Już bowiem w jednym z pierwszych wyroków Sąd Antymonopolowy stwierdził, że do postępowania w sprawach o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym kwalifikują się tylko takie sprawy, w których podmiot gospodarczy w następstwie stosowania zakazanych praktyk monopolistycznych narusza interes publiczny w zakresie rozwoju konkurencji, ochrony podmiotów narażonych na stosowanie takich praktyk oraz ochrony interesu konsumentów. W orzeczeniu tym podkreślono, że naruszenie interesu publicznoprawnego może mieć przykładowo miejsce, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest „szerszy krąg uczestników rynku”, a nie jeden podmiot, ewentualnie gdy działania te wywołały na rynku inne niekorzystne zjawiska³⁶.

³² Por. T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 34 i wskazane tam piśmiennictwo. Publicznoprawny charakter ustawy akcentuje również orzecznictwo Prezesa Urzędu. Przykładowo w decyzji Prezesa Urzędu z dnia 7 lipca 2015 r., DOK 1/2015, stwierdzono słusznie, iż „Ustawa należy więc do sfery prawa publicznego, a instrumenty w niej przewidziane mogą być stosowane jedynie wówczas, gdy na skutek działań przedsiębiorcy lub przedsiębiorców naruszony jest interes publicznoprawny”.

³³ Pierwsza powojenna ustawa z tego zakresu została ogłoszona w 1987 r. – ustawa z dnia 28 stycznia 1987 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz. U. Nr 3, poz. 18 z późn. zm.).

³⁴ Ustawa z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zmianie niektórych ustaw normujących funkcjonowanie gospodarki i administracji publicznej (Dz. U. Nr 106, poz. 496 z późn. zm.).

³⁵ W u.p.p.m. z 1990 r., jak również po nowelizacji z 1996 r., nie formułowano przesłanki interesu publicznego. Preambuła tych ustaw stwierdzała jedynie, że ich celem jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk monopolistycznych oraz ochrona interesów konsumentów. Z kolei art. 1 obu tych ustaw stanowił, że określają one m.in. zasady i tryb przeciwdziałania praktykom monopolistycznym oraz naruszeniom interesów konsumentów przez przedsiębiorców i ich związki. Dopiero w art. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.) podkreślono wyraźnie, że celem ustawy jest podejmowana w interesie publicznym ochrona konkurencji oraz interesów przedsiębiorców i konsumentów.

³⁶ Wyrok SAM z dnia 24 stycznia 1991 r., XV Amr 8/90, Wokanda 1992, nr 2, s. 39. Podobne stanowisko w tej kwestii zajmował Sąd Najwyższy – zob. wyroki: z dnia 29 maja 2001 r., I CKN 1217/98, OSNC 2002, nr 1, poz. 13; z dnia 28 stycznia 2002 r., I CKN 112/99, OSNC 2002, nr 11, poz. 144; z dnia 24 lipca 2003 r., I CKN 496/01, Dz. Urz. UOKiK z 2004 r. Nr 1, poz. 283. Istotną, mającą, jak się wydaje, duże znaczenie dla praktyki orzeczniczej, polemikę z tak wąskim rozumieniem interesu publicznego przedstawiła

Wskazane powyżej orzeczenie zapoczątkowało (paradoksalnie – wbrew swojej treści) „matematyczne” podejście do interpretacji przesłanki interesu publicznego, które opierało się na założeniu, że ingerencja organu ochrony konkurencji jest zasadna tylko tam, gdzie sprzeczna z prawem praktyka dotyka więcej niż jeden czy kilka podmiotów, musi bowiem być nią dotknięty „szerszy krąg uczestników rynku”. Podejście to zdominowało orzecznictwo sądowe w pierwszych latach stosowania przepisów statuujących ochronę konkurencji i konsumentów³⁷. Co ciekawe, pomimo zmiany linii orzeczniczej w sądownictwie jego echa nadal są obecne w praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK³⁸.

Z czasem jednak, zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie, zaczęto dostrzegać słabości takiego rozumienia „interesu publicznego”, co znalazło swoje odzwierciedlenie w serii orzeczeń Sądu Najwyższego wydanych po roku 2000.

Należy przede wszystkim wskazać na wyrok SN z dnia 24 lipca 2003 r., I CKN 496/01, w którym sąd ten stwierdził, że już samo stworzenie zagrożenia zakłócenia konkurencji (a więc nawet sytuacja, gdy działaniami przedsiębiorcy realnie nie został dotknięty żaden jego kontrahent lub odbiorca-konsument) jest niezgodne z interesem publicznym³⁹. Sąd Najwyższy aprobowując powtórzył wcześniejsze orzeczenia sądów, że istnienie interesu publicznoprawnego należy oceniać przez pryzmat szerszego spojrzenia, uwzględniającego całość negatywnych skutków działań na określonym rynku⁴⁰. Stwierdził też, że

E. Modzelewska-Wąchal – zob. E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 14–16.

³⁷ Wyrok SOKiK z dnia 25 czerwca 2000 r., XVII Ama 84/00, Dz. Urz. UOKiK 2001, nr 2, poz. 64; wyrok SOKiK z dnia 4 lipca 2001 r., XVII Ama 108/00, LEX nr 56010; wyrok SOKiK z dnia 27 czerwca 2001 r., XVII Ama 92/00, LEX nr 55944. Por. także rozważania C. Banasińskiego w: *Dyskrecjonalność...*, s. 127–128.

³⁸ Przykładowo w decyzji tego organu z dnia 18 kwietnia 2016 r., RKR-1/2016, wprost wskazano, iż: „Tak określony cel ustawy oznacza, że ma ona charakter publiczny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez Prezesa UOKiK działań w celu ochrony interesów indywidualnych”. Z kolei w decyzji z dnia 17 grudnia 2015 r., RPZ-17/2015, wskazano: „W wyroku z dnia 24 stycznia 1991 r., Amr 8/90, Wokanda 1992, nr 2, s. 39, Sąd Antymonopolowy podkreślił, że naruszenie interesu publicznoprawnego może mieć przykładowo miejsce, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku”. Nie jest to jednak podejście jednolite. Przykładowo w decyzji z dnia 11 grudnia 2014 r., RLU-27/2014, wskazano wprost, że: „Z punktu widzenia dopuszczalności zastosowania ustawy o ochronie [...] liczba podmiotów dotkniętych skutkami praktyki ograniczającej konkurencję jest nieistotna”.

³⁹ „Ochrona ta nie ogranicza się przy tym do sytuacji, kiedy doszło już do pokrzywdzenia kontrahenta przez monopolistę, lecz obejmuje także istnienie samego stanu realnego zagrożenia dla zasad swobodnej konkurencji. Stan takiego potencjalnego zagrożenia jest bowiem oceniany z punktu widzenia interesu publicznego jako stan niewłaściwy, a tym samym niedopuszczalny” – wyrok SN z dnia 24 lipca 2003 r., I CKN 496/01, Dz. Urz. UOKiK 2004 r. Nr 1, poz. 283.

⁴⁰ „Użytego w tych orzeczeniach sformułowania: «dotknięcie skutkami działań» sprzecznych z ustawą antymonopolową, nie można rozumieć w sposób wąski i mechaniczny jako tylko bezpośredniego pokrzywdzenia kontrahenta lub konkurentów przedsiębiorcy dopuszczającego się praktyki ograniczającej konkurencję lub innych uczestników rynku. Trzeba tu oceniać całość negatywnych skutków działań monopolisty na określonym rynku (rynek relevantny), kierując się ogólnymi celami obu ustaw antymonopolowych” (sformułowanie „obu ustaw antymonopolowych” odnosiło się do u.p.p.m.o.k. 1996 i u.o.k.k. 2000) – tamże.

„podstawowym celem obu ustaw antymonopolowych jest ochrona konkurencji i ochrona interesów przedsiębiorców i konsumentów, zaś ochrona konkurencji polega na przeciwdziałaniu monopolizacji rynku, rozumianej jako narzucanie przez podmiot dominujący warunków umownych niekorzystnych dla jego kontrahentów”⁴¹.

W innym wyroku Sąd Najwyższy wskazał, że pojęcie interesu publicznego należy interpretować przez pryzmat aksjologii ustawodawstwa antymonopolowego; sformułowanie „w interesie publicznym” oznacza, że ochrona konkurencji podejmowana jest w interesie państwa, niezależnie od działań jednostek i niezależnie od ich interesów⁴².

W jeszcze innym orzeczeniu Sąd Najwyższy stwierdził, że Ustawa chroni konkurencję jako mechanizm regulujący sposób funkcjonowania gospodarki; czyni to w interesie publicznym, co oznacza, że naruszenie interesu jednostki nie jest w ogóle konieczne do zastosowania instrumentów interwencyjnych w niej unormowanych – „z przepisu tego [art. 1 Ustawy – przyp. A.S., E.S.] wynika, że celem interwencji Prezesa Urzędu jest przede wszystkim ochrona rynku przed jego dezorganizacją ze strony przedsiębiorców wykorzystujących swą pozycję dominującą, a ochrona interesów indywidualnych konsumentów lub ich grup jest następstwem zakazania przedsiębiorcom niektórych zachowań typowych dla podmiotów dominujących, uznanych przez ustawodawcę jako zagrażające interesowi publicznemu”⁴³.

W efekcie wskazanych orzeczeń Sądu Najwyższego stopniowo kształtowała się nowa linia orzecznicza, akcentująca „jakościowe”, a nie „ilościowe” podejście do rozumienia interesu publicznego. W tym miejscu należy przywołać m.in. wyrok SOKiK z dnia 16 listopada 2005 r., XVII Ama 97/04, w którym stwierdzono: „dobrem objętym w tym przypadku ochroną przepisów ustawy antymonopolowej jest samo istnienie konkurencji jako atmosfery, w jakiej prowadzona jest działalność gospodarcza. Realizowana jednocześnie ochrona konsumentów, jako nabywców dóbr i usług oferowanych w warunkach konkurencji, jest prowadzona niejako przy okazji. Wobec tego naruszenie interesu publicznego powinno być stwierdzone, w sytuacji gdy badana praktyka oddziałuje i narusza samo zjawisko konkurencji, nawet jeżeli ten negatywny wpływ jest rezultatem działań skierowanych tylko przeciw jednemu lub niewielkiej liczbie konkurujących przedsiębiorców”⁴⁴. W innym wyroku SOKiK wskazał, że dla stwierdzenia zagrożenia interesu publicznego wystarczające jest dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, ponieważ sam fakt nad-

⁴¹ Tamże.

⁴² Wyrok SN z dnia 27 sierpnia 2003 r., I CKN 527/01, LEX nr 137525.

⁴³ Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 27/04, OSNP 2005, nr 7, poz. 102.

⁴⁴ Wyrok SOKiK z dnia 16 listopada 2005 r., XVII Ama 97/04, Dz. Urz. UOKiK z 2006 r. Nr 1, poz. 16. Podobnie wyrok SOKiK z dnia 21 marca 2005 r., XVII Ama 16/04, Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 27, oraz wyrok SOKiK z dnia 29 czerwca 2007 r., XVII Ama 14/06, Dz. Urz. UOKiK Nr 4, poz. 45.

użycia posiadanej pozycji dominującej na rynku narusza ten interes. Dobrem chronionym jest bowiem samo istnienie konkurencji jako takiej, w związku z czym interes publiczny zostaje naruszony, gdy badana praktyka oddziałuje i narusza samo zjawisko konkurencji, nawet gdy negatywny skutek odczuwalny jest rezultatem działań skierowanych przeciwko jednemu lub niewielkiej liczbie konkurujących przedsiębiorców⁴⁵.

Według Sądu Apelacyjnego w Warszawie, „Publiczny oznacza, że dotyczy ogółu, dostrzeżony jest przez nieokreśloną z góry liczbę osób, niemniej naruszenie interesu indywidualnego nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia interesu publicznego”⁴⁶. „Samo stworzenie możliwości podjęcia niedozwolonych działań stanowi praktykę sprzeczną z zasadami ochrony konkurencji i konsumentów”⁴⁷.

W konsekwencji sądy wielokrotnie orzekały istnienie interesu publicznego w sprawach, gdy antykonkurencyjna praktyka bezpośrednio dotknęła jedynie pojedyncze podmioty. Rozstrzygające było bowiem stwierdzenie ograniczenia mechanizmu konkurencji lub stwierdzenie istnienia możliwości takiego ograniczenia (eliminacji) konkurencji⁴⁸.

Opisaną powyżej ewolucję postrzegania pojęcia interesu publicznego należy ocenić ze wszech miar aprobowo. Nie jest bowiem zasadne dokonywanie jego wykładni poprzez „matematyczne” rozdzielenie sytuacji, w których praktyką dotknięty został wystarczająco szeroki krąg podmiotów, od sytuacji, w których liczba poszkodowanych nie jest wystarczająca. Kluczowe jest bowiem przede wszystkim to, na ile zagrożona zostaje konkurencja na rynku właściwym (a tym samym mogą zdarzyć się sprawy, w których praktyką dotknięty będzie zaledwie jeden podmiot, a pomimo tego zasadne będzie podjęcie ingerencji przez Prezesa UOKiK i przeciwnie – nawet jeżeli praktyka dotyka stosunkowo szerokiego kręgu podmiotów, organ antymonopolowy może uznać, że jego ingerencja nie jest zasadna (konieczna)). Za takim – „jakościowym”, a nie „ilościowym” rozumieniem interesu publicznego opowiadają się także przedstawiciele doktryny⁴⁹.

⁴⁵ Wyrok SOKiK z dnia 16 listopada 2005 r., XVII Ama 97/04, Dz. Urz. UOKiK z 2006 r. Nr 1, poz. 16.

⁴⁶ Wyrok SA z dnia 5 czerwca 2007 r., VI ACa 1084/06, LEX nr 1641001.

⁴⁷ Wyrok SA w Warszawie z dnia 29 czerwca 2007 r., VI ACa 1222/06, Dz. Urz. UOKiK Nr 4, poz. 48.

⁴⁸ Przykładowo: wyrok SA w Warszawie z dnia 29 czerwca 2007 r., VI ACa 1222/06, Dz. Urz. UOKiK Nr 4, poz. 48; wyrok SN z dnia 13 maja 2008 r., III SK 39/07, ZNSA 2008, nr 5, poz. 118.

⁴⁹ D. Miąsik i T. Skoczny wskazują na „zwycięstwo podejścia jakościowego”. Podkreślają także, iż podejście takie jest spójne z rozumieniem konkurencji jako mechanizmu rynkowego (por. T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 37). Za podejściem takim opowiada się również K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2014, wskazując z kolei, iż „kryterium ilościowe (choć bez wątplenia istotne) samo w sobie nie może przesądzać o naruszeniu (lub braku naruszenia) interesu publicznego” (por. K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2014, s. 61). Na słuszność podejścia jakościowego wskazuje także A. Jurkowska-Gomułka w: *Interes publiczny...*, s. 152.

Należy również podzielić pogląd, że nie można stawiać znaku równości między naruszeniem przepisu Ustawy (popętnieniem konkretnej praktyki) a naruszeniem interesu publicznego. Przyjęcie takiego podejścia *de facto* czyniłoby regulację zawartą w art. 1 ust. 1 Ustawy bezprzedmiotową. Słuszny jest przeciwny pogląd, iż w każdej konkretnej sprawie zarówno okoliczność naruszenia interesu publicznego, jak i okoliczność popełnienia praktyki naruszającej konkurencję (czy też naruszającej zbiorowy interes konsumentów) wymagają odrębnego udowodnienia⁵⁰.

3. Przedmiotowy, podmiotowy i terytorialny zakres Ustawy (art. 1 ust. 2)

3.1. Zakres przedmiotowy

Komentowany przepis Ustawy – art. 1 ust. 2 – określa jej zakres w trzech płaszczyznach: przedmiotowej, podmiotowej oraz terytorialnej. W pierwszej z tych płaszczyzn – odnoszącej się do zakresu przedmiotowego – przepis ten stanowi, że „Ustawa reguluje tryb i zasady przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom”.

Tak więc w sferze ochrony konkurencji w Ustawie wyróżniono dwie grupy działań: przeciwdziałanie antykonkurencyjnym praktykom i przeciwdziałanie antykonkurencyjnym koncentracjom. Pierwsze z tych narzędzi ma charakter następczy – jest uruchamiane *ex post*, czyli po stwierdzeniu istnienia przynajmniej domniemania, że określone zachowanie przedsiębiorcy(-ów) wyczerpuje znamiona praktyki wymierzonej w konkurencję. Drugie z tych narzędzi tworzy uprzedzający, prewencyjny (*ex ante*) system kontroli koncentracji, polegający na istnieniu obowiązku zgłoszenia Prezesowi Urzędu zamiaru dokonania określonych koncentracji i uzyskania przed przystąpieniem do ich realizacji zgody tego organu.

⁵⁰ Por. np. C. Banasiński, *Dyskrecjonalność...*, s. 139 i przytoczone tam piśmiennictwo. Przeciwnie – przynajmniej częściowo – stanowisko zdaje się prezentować K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2014, pisząc: „Normatywne dookreślenie interesu publicznego nie ma jednak dużego znaczenia praktycznego (analitycznego). To na pozór dyskusyjne stwierdzenie zasadne jest z tego względu, że wskazane wyżej przepisy [przepisy materialne ustawy – przyp. A.S. i E.S.] niejako «same z siebie» (tj. przez sam fakt ich obowiązywania) determinują, czy interwencja Prezesa UOKiK jest, czy też nie jest uprawniona” (K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2014, s. 56). Poglądy takie można znaleźć również w decyzjach Prezesa UOKiK – przykładowo w decyzji z dnia 18 kwietnia 2016 r., RKR-1/2016, stwierdzono, iż: „Interes publiczny należy bowiem utożsamiać z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku innych niekorzystnych zjawisk. Zachowanie przedsiębiorców należy oceniać z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego, a mianowicie, czy może ono wywołać skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom”.

W sferze ochrony konsumentów Ustawa przede wszystkim określa materialne i proceduralne reguły ścigania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Mimo iż komentowany przepis w ogóle nie odnosi się do tej kwestii, w zakres Ustawy wchodzi też przepisy ustrojowe określające organizację systemu ochrony konsumentów w Polsce (przepisy rozdziału 2 działu V).

3.2. Zakres podmiotowy

Adresatami zakazów stosowania praktyk ograniczających konkurencję i praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, a także zakazu dokonywania antykonkurencyjnych koncentracji są przedsiębiorcy i ich związki. Tak określony zakres podmiotowy Ustawy jest wprost zdefiniowany w komentowanym przepisie – art. 1 ust. 2. Uwzględniając fakt, że rozumienie kategorii przedsiębiorcy i związku przedsiębiorców, definiowanych, odpowiednio, w art. 4 pkt 1 i 2 Ustawy, jest bardzo szerokie (w przypadku pierwszej z tych kategorii – przedsiębiorcy – istotnie wykraczające poza zakres tego pojęcia w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 584 z późn. zm.; zob. komentarz do tych przepisów), należy przyjąć, że Ustawa obejmuje swoim zakresem wszystkich profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego.

3.3. Zakres terytorialny

W użytym w art. 1 ust. 2 *in fine* stwierdzeniu, że przepisy Ustawy mają zastosowanie, jeżeli praktyki ograniczające konkurencję lub praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjne koncentracje „wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”, zawarta została – stosowana w prawie konkurencji większości państw (a także w prawie unijnym) – zasada eksterytorialności. O ile w odniesieniu do wielu innych dziedzin prawa publicznego o właściwości jurysdykcji przesądza miejsce dokonania czynności wywołującej określone skutki prawne (zastosowanie ma prawo kraju, w którym to zdarzenie miało miejsce)⁵¹, o tyle w prawie konkurencji, także w Ustawie, miejsce dokonania czynności nie jest przesłanką rozstrzygającą. **Zasada eksterytorialności⁵² umożliwia bowiem zastosowanie prawa krajowego również w sytuacji, gdy zakazana praktyka lub koncentracja została dokonana poza granicami kraju, jednak jej rzeczywiste lub potencjalne skutki odczuwane są (lub będą) na jego terytorium.** Oznacza to jednocześnie, że zasada ta pozwala na poddanie ocenie prawa krajowego (Ustawy) określonych czynności (zakazanych praktyk i koncentracji), nawet jeżeli działania te zostały podjęte

⁵¹ Jest to zasada jurysdykcji terytorialnej.

⁵² Szerzej na jej temat por. M. Matczyński, *Eksterytorialne stosowanie prawa wspólnotowego. Zagadnienia wybrane*, Radca Prawny 2004, nr 6, s. 42. Por. także uwagi W. Łyszczarza w pracy *Nowe zasady oceny koncentracji eksterytorialnych w niemieckim prawie antymonopolowym*, iKAR 2015, nr 4 (4), s. 39 i n.

przez przedsiębiorców, z których żaden – na gruncie innych przepisów prawnych – nie podlega prawu krajowemu (polskiemu)⁵³.

Ustawa ma więc zastosowanie do antykonkurencyjnych praktyk oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, a także koncentracji podlegających zakazom Ustawy podejmowanych zarówno przez polskich, jak i zagranicznych przedsiębiorców, jeżeli ich działania (zaniechania) wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium RP, nawet jeżeli zostały one podjęte poza granicami państwa⁵⁴.

Z punktu widzenia możliwości zastosowania przepisów Ustawy nie ma znaczenia nie tylko to, że dany przedsiębiorca ma siedzibę poza granicami kraju, lecz także to, że praktyka zakazana Ustawą, wywołująca skutki w Polsce, może nie naruszać przepisów prawa obcego (działanie to nie jest zakazane w kraju siedziby przedsiębiorcy)⁵⁵. Trzeba też zaznaczyć, że dla ewentualnego postawienia przez Prezesa UOKiK zarzutu naruszenia przepisów Ustawy miarodajna jest pozycja zagranicznego przedsiębiorcy na rynku, na którym koncentruje on swoją działalność – nie ma znaczenia „otoczenie rynkowe na polskim terytorium, zwłaszcza, gdy na tym terytorium wspomniany przedsiębiorca nie był obecny, a które to terytorium stanowiło jedynie miejsce wykonania umowy”⁵⁶.

Należy jednocześnie postulować, by kwestia rzeczywistych lub potencjalnych skutków na terytorium RP była postrzegana także przez pryzmat interesu publicznego. W konsekwencji należałoby uznać, że z punktu widzenia stosowania przepisów Ustawy nie mają znaczenia wszelkie skutki, ale tylko takie, które są na tyle istotne, że ich wystąpienie uzasadnia ingerencję podejmowaną w interesie publicznym⁵⁷. Nie chodzi zatem

⁵³ Tak S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 48.

⁵⁴ Nie wydaje się, aby od tej generalnej zasady mogły istnieć wyjątki; takimi odstępstwami w szczególności nie mogą być sytuacje, gdy określona praktyka, nie wywołując skutków na terytorium RP, dotyka rynków Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Warunkiem zastosowania przepisów Ustawy i ewentualnego, równoległego zastosowania art. 101 lub 102 TFUE jest, zgodnie z koncepcją wpływu na handel, wystąpienie skutków zarówno w Polsce, jak i na obszarze jakiegokolwiek państwa członkowskiego UE. Jeżeli dana praktyka wywołuje jedynie skutki poza terytorium RP – Ustawa nie ma zastosowania, i to nawet gdyby praktyka ta była stosowana wyłącznie przez polskich przedsiębiorców. W tej kwestii zob. D. Szafrński, *Przedsiębiorca zagraniczny jako przedsiębiorca w zakresie praktyk ograniczających konkurencję*, EPS 2009, nr 6, s. 13; zob. też D. Miąsik, T. Skoczny (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 47. Za „ściśniającą” interpretacją zasady eksterytorialności jeszcze w czasach przed przystąpieniem Polski do UE opowiadał się też S. Gronowski, ilustrując swoją tezę o braku możliwości zastosowania u.p.p.m. przykładem antykonkurencyjnego porozumienia polskich eksporterów, mającego skutki jedynie poza granicami Polski – zob. S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa...*, s. 49.

⁵⁵ Tak S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa...*, s. 48. Autor słusznie zwraca uwagę na zagadnienie skuteczności ewentualnej interwencji Prezesa UOKiK.

⁵⁶ Tamże.

⁵⁷ Tak przedmiotowa kwestia jest postrzegana w prawie niemieckim. Warto przykładowo wskazać sprawę *Organische Pigmente*, która „dotyczyła przejścia przez amerykańską spółkę Harman Colors Corp. zorgani-

o jakikolwiek skutek odczuwalny na polskim rynku, ale o skutek o pewnej istotności⁵⁸. Alternatywnym podejściem do „kwantyfikacji” skutków byłoby uznanie, że skutki te muszą się ujawniać na rynku właściwym (rynku dotkniętym), który obejmuje swoim zasięgiem terytorium Polski⁵⁹. Minusem tego rozwiązania jest jednak konieczność wyznaczenia rynku właściwego, co nie zawsze jest zadaniem prostym.

4. Organy ochrony konkurencji i konsumentów (art. 1 ust. 3)

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 1 ust. 3, „Ustawa określa także organy właściwe w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów”. Rozwinięciem tej normy są w szczególności przepisy działu V Ustawy, zatytułowanego: „Organizacja ochrony konkurencji i konsumentów”. Kluczowe znaczenie ma przepis art. 29 ust. 1, stanowiący, że centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Przepis ten określa też miejsce Prezesa Urzędu w strukturze administracji rządowej – organem sprawującym nad nim nadzór jest Prezes Rady Ministrów. Dalsze przepisy działu V:

- w rozdziale I – określają tryb powoływania i odwoływania Prezesa, jego ustawowe funkcje i zakres działania, a także organizację Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów;
- w rozdziale II – regulują funkcje samorządu terytorialnego i organizacji społecznych i innych instytucji w zakresie ochrony konsumentów. Szczególne znaczenie mają przepisy odnoszące się do zasad organizacji i zadań powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów (art. 39–42 Ustawy).

zowanej części przedsiębiorstwa produkcji pigmentów organicznych od innej amerykańskiej spółki ACC. Nie tylko bezpośrednie strony transakcji były spółkami amerykańskimi, ale także przedmiot transakcji obejmował składniki majątkowe w USA. Jedynym niemieckim elementem w tym stanie faktycznym było powiązanie kupującego ze spółką prawa niemieckiego Bayer AG. W sprawie BGH dokonał ograniczenia eksterytorialnego stosowania GWB. Sąd stwierdził, że nie wystarczy jakikolwiek wpływ eksterytorialnej koncentracji na strukturę konkurencji w Niemczech, lecz tylko taki, który jest «istotny» lub «wyczuwalny». Takie oddziaływanie musi dotyczyć nie tylko zakresu ochrony ogólnie przewidzianej w ustawie GWB, ale też specyficznego przedmiotu ochrony zawartego w konkretnej normie materialnej GWB. W kontekście kontroli koncentracji, skonkretyzowanym celem ochrony postanowień GWB jest zapobiegnięcie takim zmianom struktury rynku, które prowadziłyby do istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji. Takie doprecyzowanie pozwala na uniknięcie nieograniczonego rozszerzenia eksterytorialnego zakresu stosowania norm krajowych” (za: W. Łyszczarz, *Nowe zasady oceny...*, s. 44).

⁵⁸ W tym kontekście zbyt daleko idące wydaje się np. stanowisko Prezesa Urzędu, który w wyjaśnieniach UOKiK w sprawie procedury koncentracji stwierdził, że „należy jednak przyjąć, iż przesłanka skutku na terytorium RP zostaje spełniona, jeżeli co najmniej jeden z uczestników koncentracji (grupa kapitałowa, do której należy) osiąga obrót na terytorium RP”. Tak szerokie postrzeganie skutku rozciąga kontrolę uprzednią na szereg koncentracji, które ze swej istoty nie mają żadnego wpływu na konkurencję na terenie Polski.

⁵⁹ Takie podejście zdają się sugerować D. Miąsk, T. Skoczny (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 47.

Art. 2. [Zakres zastosowania ustawy]

1. Ustawa nie narusza praw przysługujących na podstawie przepisów dotyczących ochrony własności intelektualnej i przemysłowej, w szczególności przepisów o ochronie wynalazków, wzorów użytkowych i przemysłowych, topografii układów scalonych, znaków towarowych, oznaczeń geograficznych, praw autorskich i praw pokrewnych.

2. Ustawę stosuje się do zawieranych między przedsiębiorcami:

- 1) umów, w szczególności licencji, a także innych niż umowy praktyk wykonywania praw, o których mowa w ust. 1;
- 2) umów dotyczących nieujawnionych do wiadomości publicznej:
 - a) informacji technicznych lub technologicznych,
 - b) zasad organizacji i zarządzania

– co do których podjęto działania zmierzające do zapobieżenia ich ujawnieniu, jeżeli skutkiem tych umów jest nieuzasadnione ograniczenie swobody działalności gospodarczej stron lub istotne ograniczenie konkurencji na rynku.

1. Uwagi wprowadzające

Nadrzędnym celem Ustawy jest stworzenie warunków i narzędzi dla prawidłowego funkcjonowania konkurencji na rynku. Co do zasady Ustawa sprzeciwia się istnieniu monopolu lub nadużywaniu przez podmioty silnej (dominującej) pozycji rynkowej. Szeroko pojmowane prawa własności intelektualnej przyznają twórcy (właścicielowi praw) swoisty monopol prawny. Twórca bowiem (autor utworu, twórca patentu, wzoru użytkowego) może decydować o zakresie i sposobie wykorzystania swoich praw z wyłączeniem osób trzecich. Ma on także prawo do pobierania pożytków z prawa oraz zakazania innym posługiwania się tym prawem bez zezwolenia. Przyznanie tak szerokiej ochrony wytworowi myśli ludzkiej jest nagrodą za bycie kreatywnym i innowacyjnym, a zatem w swym zamierzeniu przyczynia się do dalszego rozwoju i pracy twórczej. Twórca bowiem wie, że efekt jego pracy będzie chroniony i że będzie mógł z niego czerpać zyski. Część praw własności intelektualnej⁶⁰ otrzymuje ochronę bez konieczności formalnej rejestracji (prawa autorskie – np.: prawa do utworu literackiego, prawa do utworu audiowizualnego, prawa do programu komputerowego czy bazy danych⁶¹), część praw do uzyskania pełnej ochrony musi zostać zarejestrowana

⁶⁰ Np. zgodnie z definicją prawa własności intelektualnej zawartą w rozporządzeniu Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE L 102 z 20.04.2010, s. 1) do praw tych należą prawa własności przemysłowej, *know-how*, prawo autorskie i prawa pokrewne. Wydaje się zatem, że ustawa błędnie posługuje się pojęciem praw własności intelektualnej i przemysłowej.

⁶¹ Zgodnie z ustawą z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 666 z późn. zm.) przedmiotem ochrony jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, który jest w jakikolwiek sposób utrwalony. Dla przyznania ochrony nie mają znaczenia

w odpowiednim urzędzie (prawa własności przemysłowej – np.: patenty, znaki towarowe, wzory przemysłowe, które podlegają zgłoszeniu i rejestracji przez np. Urząd Patentowy), natomiast w przypadku *know-how* przedsiębiorca musi „wewnętrznie” przedsięwziąć pewne kroki, które doprowadzą do tego, że *know-how*⁶² uzyska status przedmiotu ochrony. Istnienie ochrony wynikającej z praw własności intelektualnej ma skłonić twórców do dalszej pracy, która z kolei sprzyja dalszemu rozwojowi nauki, techniki, sztuki itp., a w konsekwencji ma służyć rozwojowi konkurencji i dobru konsumentów. Dopuszczenie możliwości swobodnego kopiowania wytworów myśli ludzkiej mogłoby doprowadzić do osłabienia albo całkowitego zaniku innowacyjności i kreatywności.

Podobną rolę ma odgrywać prawo ochrony konkurencji, jednakże tu rozwój rynku i dobro konsumenta są wspierane nie przez ochronę pojedynczego podmiotu, lecz zagwarantowanie możliwości istnienia wielu podmiotów wytwarzających na rynku konkurencyjne dobra.

Zatem konflikt pomiędzy prawami własności intelektualnej a prawem konkurencji (monopol twórcy v. dostęp do technologii) może istnieć na poziomie narzędzi ochrony i stymulacji, ale w ostatecznym rozrachunku reżimy te mają ten sam cel, tj. stymulowanie badań, rozwoju, innowacyjności dla dobra konsumentów, tak aby oferować maksymalnie dużą liczbę wysokiej jakości produktów po maksymalnie niskiej cenie.

2. Zakres zastosowania

Treść art. 2 ust. 1 Ustawy potwierdza, że prawo konkurencji (Ustawa) nie podważa legalności istnienia praw własności intelektualnej. Oznacza to, że w zakresie posiadania przez twórcę prawa wyłącznego Ustawa ani w prawo to nie ingeruje, ani go nie kwestionuje. Prawa własności intelektualnej, wymienione w ust. 1 art. 2 Ustawy, są chronione na podstawie ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności

jego wartość, przeznaczenie lub sposób, w jaki autor wyraził swoje dzieło, autor nie musi także zgłaszać go do organu ochronnego. W praktyce często pojawia się pytanie, czy pomysł, metoda działania lub rozwiązanie mogą być także przedmiotem ochrony prawnoautorskiej. Odpowiedź jest negatywna. Zgodnie z polskim prawem idee i pomysły nie są ustawowo chronione.

⁶² Np. zgodnie z rozporządzeniem Komisji (UE) nr 330/2010 *know-how* to pakiet nieopatentowanych, wynikających z doświadczenia dostawcy i przeprowadzonych przez niego testów, które są niejawne, istotne i określone; „niejawne” w tym kontekście oznacza, że *know-how* nie jest powszechnie znane ani łatwo dostępne; przez określenie „istotne” rozumie się, że *know-how* jest ważne i użyteczne dla nabywcy z punktu widzenia używania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług objętych porozumieniem; przez słowo „określone” rozumie się, że *know-how* zostało opisane w sposób wyczerpujący w stopniu pozwalającym na weryfikację kryteriów niejawności i istotności. Zob. także dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem.

przemysłowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1410 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 666 z późn. zm.). Ustawa nie wskazuje wprost, że nie narusza praw do informacji poufnych i *know-how*. Należy jednak przyjąć, że także istnienie tych praw, chronionych na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), pozostaje co do zasady poza obszarem zainteresowania Ustawy.

Prezes UOKiK nie może skorzystać ze swoich uprawnień wynikających z Ustawy, aby pozbawić podmiot uprawniony praw własności intelektualnej lub doprowadzić do rozporządzenia nimi za zgodą lub wbrew woli uprawnionego. Prezes UOKiK nie może także stwierdzić, że samo posiadanie praw własności intelektualnej daje podstawy do uznania, że przedsiębiorca ma dominującą pozycję na rynku.

Ustawa zezwala wyłącznie na ingerencję w sposób korzystania z praw własności intelektualnej⁶³. I tak, w kręgu zainteresowania Ustawy są umowy (m.in.: przeniesienie praw własności intelektualnej, darowizny, dzierżawy/najmu, licencji⁶⁴) oraz inne praktyki związane z prawem własności intelektualnej (np.: wytwarzanie, kopiowanie, wprowadzanie do obrotu, rozpowszechnianie itp.). Artykuł 2 ust. 2 Ustawy wydaje się odróżniać umowy (i inne praktyki) dotyczące praw własności intelektualnej, o których mowa w art. 2 ust. 1, od umów dotyczących *know-how*. W przypadku *know-how* Ustawa ma zastosowanie tylko do takich umów dotyczących *know-how*, skutkiem których jest nieuzasadnione ograniczenie swobody działalności gospodarczej stron lub ograniczenie konkurencji na rynku. Wydaje się, że podobne kryteria powinny być wykorzystywane do umów dotyczących wyłącznych praw własności intelektualnej. Kwintesencją stosowania Ustawy powinno być bowiem ustalenie, czy dane działania przedsiębiorcy mają niekorzystny wpływ na prowadzenie działalności gospodarczej lub konkurencję na rynku.

3. Nadużycie prawa

„Prawny monopol” przyznany twórcy (uprawnionemu), którego co do zasady prawo konkurencji nie podważa, może w niektórych sytuacjach doprowadzić do jego silnej pozycji rynkowej albo do powstania prawdziwego monopolu, np. w sytuacji, w której

⁶³ W wytycznych Komisji ds. Transferu Technologii stwierdza się, że to, iż prawa własności intelektualnej ustalają wyłączne prawo do korzystania z nich, nie oznacza, że nie podlegają one jakiejkolwiek kontroli ze strony prawa konkurencji – wytyczne do stosowania art. 101 Traktatu do umów dotyczących transferu technologii (2014/C 89/03).

⁶⁴ Licencja jest szczególną formą zgody (upoważnienia) uprawnionego na korzystanie z prawa własności intelektualnej przez podmiot trzeci albo w sposób wyłączny – tylko uprawniony może korzystać z prawa własności intelektualnej lub tylko obok uprawnionego, albo w sposób niewyłączny – dwóch lub więcej uprawnionych może korzystać z tego samego prawa.

na rynku brak jest rozwiązań substytucyjnych. Konsumenci lub inni przedsiębiorcy albo nie mają dostępu do danego rynku (rozwiązania), albo dostęp ten jest niezmiernie kosztowny, a w interesie uprawnionego jest utrzymywanie *status quo*.

Ustawa nie ingeruje w samo istnienie praw własności intelektualnej, ale może i chce ingerować w ich należyta, tj. prokonkurencyjną i prokonsumencką, eksploatację. W szczególności Ustawa daje prawo kontrolowania porozumień (umów), przedmiotem których są prawa własności intelektualnej albo objęte tajemnicą informacje techniczne lub technologiczne, zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami, o ile ograniczają one konkurencję lub swobodę działalności gospodarczej. W kręgu zainteresowań organów konkurencji są także takie zachowania, w wyniku których przedsiębiorca, posiadający pozycję dominującą, uniemożliwia konkurentom⁶⁵ korzystanie z konkretnego rozwiązania.

Analizując art. 2 Ustawy, należy stwierdzić, że nasuwają się w rzeczywistości trzy pytania: po pierwsze, czy przepisy Ustawy mogą wymusić na właścicielu praw udzielenie licencji na rzecz podmiotu trzeciego; po drugie, czy Ustawa wprowadza ograniczenia w możliwości wykorzystywania narzędzi procesowych takich jak środki ochrony tymczasowej przez właścicieli praw oraz, po trzecie, czy istnieją ograniczenia w swobodzie zawierania ugód dotyczących praw własności intelektualnej w wyniku wszczętego postępowania. Odpowiadając na powyższe pytania, w każdym przypadku należy wykaazać, że właściciel praw ma pozycję dominującą na danym rynku, nadużywa jej, a dla takiego zachowania nie ma racjonalnego uzasadnienia. Jak już wskazano powyżej, samo posiadanie praw własności intelektualnej nie kreuje pozycji dominującej pomimo

⁶⁵ Dnia 30 września 2004 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy zasady obrotu prawami do transmisji meczów piłki nożnej w Polsce nie naruszają przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (wtedy ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r., tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.), w związku z powzięciem informacji mogących wskazywać na udzielanie przez Polski Związek Piłki Nożnej licencji na transmisje meczów piłki nożnej w sposób naruszający u.o.k.k. 2000. W toku postępowania Prezes UOKiK zapoznał się z umową zawartą 27 lipca 2000 r. z Polską Korporacją Telewizyjną Sp. z o.o. (obecnie Canal+ Cyfrowy Sp. z o.o.), której przedmiotem było wykonywanie wyłącznych praw medialnych do meczów krajowych rozgrywanych przez polskie kluby piłkarskie w ramach dwóch najwyższych klas rozgrywkowych – Pucharu Polski oraz Pucharu Ligi Polskiej w sezonach 2001/2002 do 2004/2005. Umowa przewidywała możliwość jej przedłużenia na kolejne sezony, przyznając Canal+ prawo pierwszeństwa do zawarcia umowy na sezony 2005/2006 do 2008/2009. Prezes UOKiK ustalił, że działanie PZPN i Canal+, polegające na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, przez zagwarantowanie Canal+ prawa pierwszeństwa do uzyskania wyłącznej licencji na wykonywanie praw do transmisji telewizyjnych meczów piłki nożnej w lidze polskiej, na krajowym rynku obrotu prawami do transmisji telewizyjnych meczów piłki nożnej w lidze polskiej, jest porozumieniem ograniczającym konkurencję, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 6 u.o.k.k. 2000. Ponadto Prezes UOKiK stwierdził zaniechanie stosowania wyżej wymienionej praktyki z dniem 2 lutego 2005 r. Kara nałożona na przedsiębiorców łącznie wyniosła 7 812 710,78 zł. Na PZPN została nałożona kara pieniężna w wysokości 443 998,73 zł, a na Canal+ w wysokości 7 368 712,05 zł (dołątkowo oba przedsiębiorstwa musiały ponieść koszty postępowania w kwocie: PZPN – 12 932 zł i Canal+ – 12 932 zł).

tego, że daje właścicielowi narzędzie w postaci wyłączności w decydowaniu o prawie (art. 2 ust. 1 Ustawy). A zatem analizując pozycję dominującą właściciela praw, trzeba stwierdzić, że muszą zostać dodatkowo spełnione przesłanki ogólne.

3.1. Ograniczenie dostępu do praw wyłącznych

W odróżnieniu od przepisów pr. aut., p.w.p.⁶⁶ przewiduje możliwość zmuszenia uprawnionego z patentu do udzielenia licencji. W normalnych warunkach rynkowych li-

⁶⁶ „**Art. 82.** 1. Urząd Patentowy może udzielić zezwolenia na korzystanie z opatentowanego wynalazku innej osoby (licencja przymusowa), gdy:

- 1) jest to konieczne do zapobieżenia lub usunięcia stanu zagrożenia bezpieczeństwa Państwa, w szczególności w dziedzinie obronności, porządku publicznego, ochrony życia i zdrowia ludzkiego oraz ochrony środowiska naturalnego;
 - 2) zostanie stwierdzone, że patent jest nadużywany w rozumieniu art. 68, lub
 - 3) zostanie stwierdzone, że uprawniony z patentu udzielonego z wcześniejszym pierwszeństwem (patentu wcześniejszego) uniemożliwia, nie godząc się na zawarcie umowy licencyjnej, zaspokojenie potrzeb rynku krajowego przez stosowanie opatentowanego wynalazku (patent zależny), z którego korzystanie wkraczałoby w zakres patentu wcześniejszego; w tym przypadku uprawniony z patentu wcześniejszego może żądać udzielenia mu zezwolenia na korzystanie z wynalazku będącego przedmiotem patentu zależnego (licencja wzajemna).
2. Warunkiem udzielenia licencji przymusowej na korzystanie z wynalazku, w przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 3, jest stwierdzenie, że korzystanie z wynalazku będącego przedmiotem patentu zależnego, jeżeli są to wynalazki dotyczące tego samego przedmiotu, wprowadza istotny postęp techniczny o poważnym znaczeniu gospodarczym. W przypadku wynalazku dotyczącego technologii półprzewodników licencja przymusowa może być udzielona tylko dla przeciwdziałania praktykom bezzasadnie ograniczającym konkurencję.
3. Urząd Patentowy, po stwierdzeniu, że patent jest nadużywany w rozumieniu art. 68, może postanowić o możliwości ubiegania się o licencję przymusową i ogłasza to w „Wiadomościach Urzędu Patentowego”.
4. Licencja przymusowa może zostać udzielona, jeżeli ubiegający się o nią wykaże, że czynił wcześniej, w dobrej wierze, starania w celu uzyskania licencji. Spełnienie tego warunku nie jest konieczne do udzielenia licencji przymusowej w celu zapobieżenia lub usunięcia stanu zagrożenia bezpieczeństwa Państwa albo w przypadku ogłoszenia o możliwości ubiegania się o licencję przymusową.
5. Zwolnienie z warunku, o którym mowa w ust. 4, w przypadku ogłoszenia o możliwości ubiegania się o licencję przymusową, nie dotyczy wniosków o udzielenie licencji złożonych po upływie roku od dnia tego ogłoszenia.
6. Przepis ust. 1 pkt 3 stosuje się odpowiednio, w przypadku gdy hodowca nie może wykonywać prawa do chronionej odmiany rośliny lub żąda od uprawnionego z patentu licencji wzajemnej.

Art. 83. Licencja przymusowa jest licencją niewyłączną.

Art. 84. 1. Korzystający z wynalazku na podstawie licencji przymusowej jest obowiązany uiścić na rzecz uprawnionego opłatę licencyjną.

2. Urząd Patentowy określa zakres i czas trwania licencji przymusowej oraz szczegółowe warunki jej wykonywania, a także, odpowiednio do wartości rynkowej licencji, wysokość opłaty licencyjnej oraz sposób i terminy jej zapłaty.

Art. 85. Licencja przymusowa może zostać przeniesiona tylko łącznie z przedsiębiorstwem lub tą jego częścią, w której jest ona wykonywana. Licencja przymusowa dotycząca patentu wcześniejszego może być przeniesiona na inną osobę tylko łącznie z patentem zależnym.

Art. 86. W szczególnie uzasadnionych przypadkach decyzja o udzieleniu licencji przymusowej, w części dotyczącej zakresu i czasu trwania licencji bądź też wysokości opłaty licencyjnej, może być po upływie dwóch lat od jej wydania zmieniona na wniosek zainteresowanego.

cencja (a więc upoważnienie do korzystania) jest udzielana na podstawie umowy uprawnionego z patentu z podmiotem zainteresowanym jego eksploatacją. Prawo własności przemysłowej przewiduje jednak sytuacje, w których udzielenie licencji następuje *de facto* z urzędu (tj. na mocy decyzji Urzędu Patentowego). Instytucja licencji przymusowej została wprowadzona do prawa polskiego zgodnie z konwencjami międzynarodowymi dotyczącymi własności przemysłowej (Konwencją Związkową Paryską⁶⁷ i Porozumieniem w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (TRIPS))⁶⁸. Cechami charakterystycznymi licencji przymusowej są jej odpłatny charakter i to, że może zostać narzucona tylko w trzech przypadkach:

- gdy jest to konieczne do zapobieżenia zagrożeniu bezpieczeństwa państwa, w szczególności w dziedzinie obronności, porządku publicznego, ochrony życia i zdrowia ludzkiego oraz ochrony środowiska naturalnego, lub usunięcia stanu takiego zagrożenia;
- gdy zostanie stwierdzone, że patent jest nadużywany;
- gdy zostanie stwierdzone, że uprawniony z patentu, udzielonego z wcześniejszym pierwszeństwem (patentu wcześniejszego), uniemożliwia, nie godząc się na zawarcie umowy licencyjnej, zaspokojenie potrzeb rynku krajowego przez stosowanie opatentowanego wynalazku (patent zależny), z którego korzystanie wkraczałoby w zakres patentu wcześniejszego; w tym przypadku uprawniony z patentu wcześniejszego może żądać udzielenia mu zezwolenia na korzystanie z wynalazku będącego przedmiotem patentu zależnego (licencja wzajemna).

Tak jak wspomniano powyżej, analogicznych przepisów nie zawiera pr. aut., zatem zastosowanie, ale wyłącznie co do praktyk mających wpływ na handel pomiędzy krajami członkowskimi UE, będą mieć ogólne przepisy art. 81 i 82 Traktatu⁶⁹. W teorii prawa własności intelektualnej rozważa się możliwość ingerencji w sposób wykonywania praw wyłącznych na podstawie przepisów art. 5 k.c., tj. koncepcji nadużycia przez uprawnionego swojego prawa podmiotowego. Wydaje się jednak, że w praktyce wytoczenie takiego powództwa nie przyniosłoby oczekiwanych rezultatów.

Art. 87. Licencja przymusowa oraz licencja wzajemna podlegają na wniosek zainteresowanego wpisowi do rejestru patentowego.

Art. 88. Przepisy o udzieleniu licencji przymusowej w przypadku, o którym mowa w art. 82 ust. 1 pkt 3, stosuje się odpowiednio do wzoru użytkowego, z którego korzystanie wkraczałoby w zakres patentu wcześniejszego⁷⁰.

⁶⁷ Konwencja Związkowa Paryska z dnia 20 marca 1883 r. o ochronie własności przemysłowej (Dz. U. z 1932 r. Nr 2, poz. 8).

⁶⁸ Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (TRIPS) z dnia 22 grudnia 1994 r. (Dz. Urz. WE L 336 z 23.12.1994, s. 214).

⁶⁹ Procedurę udzielania takiej przymusowej licencji reguluje rozporządzenie Rady nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych art. 101 i 102 TFUE (Dz. Urz. UE L 1 z 4.01.2003, s. 1, z późn. zm.). Kompetencje do udzielenia licencji rozporządzenie przyznaje Komisji Europejskiej oraz odpowiednim krajowym organom konkurencyjnym (np. Prezesowi UOKiK).

Do 1995 r. orzecznictwo ETS dość jednoznacznie stwierdzało, że odmowa udzielenia licencji sama w sobie nie stanowi nadużycia pozycji dominującej, muszą zaistnieć dodatkowe okoliczności – np. w postaci odmowy produkcji części zamiennych⁷⁰. Zmiana w stanowisku ETS nastąpiła w orzeczeniu *Magill*⁷¹, w którym wskazano, że wykonywanie przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą uprawnień wynikających z prawa autorskiego może być oceniane z punktu widzenia przepisów prawa konkurencji jako nadużycie, ale samo posiadanie prawa wyłącznego i odmowa udzielenia na nie licencji nie są przesłankami wystarczającymi do stwierdzenia takiego nadużycia. W sytuacji jednak, w której na rynku brak jest rzeczywistego lub potencjalnego substytutu, a istnieje stały i rzeczywisty popyt na dane towary, istnieją podstawy do orzeczenia licencji przymusowej.

W sprawie *IMS*⁷² ETS powtórzył, że odmowa przez przedsiębiorcę mającego pozycję dominującą udzielenia licencji prawa własności intelektualnej sama w sobie nie może zostać uznana za nadużycie tej pozycji, jednakże odmowa udzielenia licencji w szczególnych okolicznościach może konstytuować praktykę antykonkurencyjną. Taka nadzwyczajna sytuacja będzie, zdaniem Trybunału, zachodzić, gdy łącznie zostaną spełnione przynajmniej trzy przesłanki:

- 1) brak licencji uniemożliwia upublicznienie nowego produktu, na który potencjalnie istnieje zapotrzebowanie wśród konsumentów;
- 2) odmowa jest nieuzasadniona i
- 3) eliminuje jakąkolwiek konkurencję na rynku wtórnym.

Dodatkowo Trybunał Sprawiedliwości zwrócił uwagę, że odmowa udzielenia licencji może zostać uznana za praktykę niedozwoloną wyłącznie wtedy, gdy potencjalny licencjodawca chce wejść na rynek z nowym, bardziej innowacyjnym produktem, a nie tylko repliką produktu istniejącego na rynku, do którego uprawniony jest licencjodawca.

⁷⁰ Wyroki ETS z dnia 5 października 1988 r.: w sprawie C-238/87 *AB Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd.*, EU:C:1988:477, oraz w sprawie C-53/87 *Consorzio Italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v. Regie national des usines Renault*, EU:C:1988:472.

⁷¹ Wyroki ETS z dnia 6 kwietnia 1995 r. w połączonych sprawach C-241/91 i C-242/91 *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Komisja Europejska*, EU:C:1995:98.

⁷² Wyrok TSUE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co KG*, EU:C:2004:257. IMS stworzył specjalny system do raportowania danych dotyczących sprzedaży produktów farmaceutycznych oparty na podziale rynku na segmenty (*brick structure*). Dane pochodzące od hurtowników były powszechnie dostępne, jednakże system IMS był chroniony prawem autorskim. Konkurenci IMS, tj. NDC Health GmbH oraz Azyx Deutschland GmbH, zaczęli korzystać z systemu, w konsekwencji czego IMS wystąpił przeciwko nim z roszczeniem o naruszenie praw autorskich. Sąd niemiecki uznał, że stworzony przez IMS system nie może być stosowany przez jego konkurentów, ponieważ podlega ochronie prawnoprawnej. Jeden z konkurentów złożył skargę do Komisji Europejskiej, stwierdzając, że wykorzystanie systemu stworzonego przez IMS jest niezbędne do dostarczania danych firmom farmaceutycznym. W swojej decyzji Komisja nakazała IMS udzielenie licencji dwóm konkurentom IMS. IMS odwołał się od tej decyzji do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

ca i na który istnieje popyt konsumentów. Uzasadnienie Trybunału Sprawiedliwości wskazuje, że mogą istnieć także inne przesłanki uznania, że odmowa udzielenia licencji zostanie uznana za praktykę abuzywną. W sprawie Microsoft I⁷³ Komisja Europejska poszła o krok dalej niż ETS, uznając, że spółka nadużyła pozycji dominującej na rynku systemów operacyjnych do komputerów osobistych przez odmowę udzielenia konkurentom informacji na temat interoperacyjności, uniemożliwiając tym samym tworzenie produktów konkurencyjnych lub nowych, które funkcjonowałyby w środowisku Microsoft. W decyzji potwierdzono możliwość nałożenia obowiązku udzielenia licencji, ale wskazano, że nie ma konieczności (inaczej niż w sprawie *Magill*) wykazania istnienia lub stworzenia „nowego produktu” w przypadku uzyskania informacji o interoperacyjności.

Powyższe stanowisko Komisji potwierdzone zostało w Wytycznych⁷⁴ w sprawie stosowania art. 82 Traktatu WE (obecnie art. 102 TFUE) w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej podejmowanych przez przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą. Zgodnie z Wytycznymi, Komisja zakłada możliwość interwencji w następujących przypadkach:

- odmowa dostawy dotyczy produktów lub usług, obiektywnie niezbędnych do skutecznego konkurowania na rynku niższego szczebla (*downstream market*),
- odmowa może doprowadzić do wyeliminowania skutecznej konkurencji na rynku niższego szczebla,
- odmowa może przynieść szkody konsumentom oraz
- nie ma obiektywnego uzasadnienia dla odmowy licencjonowania.

Analizując dotychczasowe orzecznictwo ETS oraz decyzje Komisji, za nadużycie pozycji dominującej w zakresie posiadanego prawa własności intelektualnej można uznać także wszczynanie „dokuczliwych” postępowań sądowych. W orzeczeniu *ITT Promedia*⁷⁵, ETS stwierdził, że samo wszczęcie postępowania nie może być uznane za nadużycie pozycji dominującej, jednakże takie nadużycie może być stwierdzone, jeżeli podmiot dominujący wszczyna postępowanie wyraźnie bezzasadne, a jego celem jest wyeliminowanie konkurencji. W sprawie *Protégé International Ltd*⁷⁶ ETS podtrzymał powyższy dwustopniowy test. Firma Protégé twierdziła, że Pernod Ri-

⁷³ Decyzja Komisji z dnia 24 maja 2004 r. odnosząca się do procedury przewidzianej w art. 82 Traktatu WE oraz art. 54 Porozumienia EOG przeciwko Microsoft Corporation (Sprawa COMP/C-3/37.792 – Microsoft) (notyfikowana jako dokument nr C(2004)900).

⁷⁴ Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Tekst mający znaczenie dla EOG) (2009/C45/02).

⁷⁵ Wyrok SPI (czwarta izba w składzie powiększonym) z dnia 17 lipca 1998 r. w sprawie T-111/96 *ITT Promedia NV v. Komisja Wspólnot Europejskich*.

⁷⁶ Wyrok Sądu (siódma izba) z dnia 13 września 2012 r. w sprawie T-119/09 *Protégé International Ltd v. Komisja Europejska*.

card naruszył pozycję dominującą na rynku irlandzkiej whisky poprzez wszczęcie postępowania przeciwko Protégé w konsekwencji wniosku Protégé o rejestrację znaku towarowego *Wild Geese*. Trybunał uznał, że wszczęcie postępowania przez Pernod Ricard było dozwolone, podkreślając, że dostęp do sądów jest prawem podstawowym i tylko w wyjątkowych sytuacjach wszczęcie postępowania sądowego może być uznane za nadużycie pozycji dominującej. Trybunał stwierdził, że w tym przypadku kryteria ustanowione w sprawie *ITT Promedia* nie były spełnione, ponieważ Pernod Ricard posiadał zarejestrowany znak towarowy *Wild Turkey* i rzeczywiście istniało ryzyko błędu (konfuzji) po stronie odbiorców produktów. W sprawach *Motorola*⁷⁷ i *Samsung*⁷⁸ Komisja uznała jednak, że kryteria ustanowione w sprawie *ITT Promedia* nie muszą być spełnione w przypadku zachowania polegającego na składaniu zakazowych lub nakazowych wniosków o tymczasowe zabezpieczenie roszczeń, a elementem sporu jest patent o kluczowym znaczeniu dla normy technicznej (będący elementem normy; ang. *standard-essential patent* – SEP), w takich przypadkach bowiem uprawniony z patentu zobowiązał się do licencjonowania patentu na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach (ang. *fair, reasonable and non-discriminatory terms*; zobowiązanie – FRAND). W opinii Komisji postępowanie zabezpieczające jest co do zasady uzasadnionym środkiem ochrony przeciwko naruszeniom patentów, jednakże w przypadku patentów będących elementami normy technicznej (standardu technologicznego) wszczęcie postępowania zabezpieczającego może być uznane za nadużycie pozycji dominującej, jeżeli potencjalny licencjodawca jest gotów negocjować licencję na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach (FRAND). Jako że w postępowaniu zabezpieczającym wnioskodawca zazwyczaj wnosi o zakaz wprowadzania produktu naruszającego patent do obrotu, wszczynanie postępowania przeciwko potencjalnym licencjodawcom gotowym do negocjacji licencji na warunkach FRAND może prowadzić do wykluczenia konkurentów z rynku. W sprawie *Motorola*⁷⁹, w której Komisja dopatrzyła się naruszenia pozycji dominującej przez Motorolę, przedmiotem postępowania był standard GPRS, dla którego funkcjonowanie kluczowe znaczenie miały patenty Motoroli. Motorola zobowiązała się do udzielania licencji na te patenty na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach. Niezależnie od powyższego Motorola złoży-

⁷⁷ Decyzja Komisji z dnia 29 kwietnia 2014 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i art. 54 Porozumienia EOG (Sprawa AT.39985 – Motorola – Stosowanie patentów niezbędnych do wdrożenia standardu GPRS) (notyfikowana jako dokument nr C(2014) 2892 final).

⁷⁸ Decyzja Komisji z dnia 5 grudnia 2012 r. dotycząca postępowania na mocy art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i art. 53 Porozumienia EOG (Sprawa COMP/39.437 – Monitory kineskopowe do komputerów i odbiorników telewizyjnych) (notyfikowana jako dokument nr C(2012) 8839).

⁷⁹ Decyzja Komisji z dnia 29 kwietnia 2014 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i art. 54 Porozumienia EOG (Sprawa AT.39985 – Motorola – Stosowanie patentów niezbędnych do wdrożenia standardu GPRS) (notyfikowana jako dokument nr C(2014) 2892 final).

ła wniosek o zabezpieczenie (zakaz sprzedaży produktów) przeciwko spółce Apple w Niemczech, który został przez sąd uwzględniony i następnie wykonany. Komisja stwierdziła, że takie postępowanie Motoroli (wnoszenie o zabezpieczenie i egzekwowanie zakazu sprzedaży) było naruszeniem pozycji dominującej, ponieważ Motorola zobowiązała się do udzielania licencji na patent na warunkach FRAND, a Apple było gotowe na takich warunkach negocjować uzyskanie takiej licencji. Podobne stanowisko Komisja zajęła w sprawie Samsung⁸⁰.

3.2. Niedozwolone porozumienia w zakresie praw własności intelektualnej

Europejski ustawodawca uznał, że w kręgu zainteresowań organów konkurencyjnych powinny pozostawać porozumienia między przedsiębiorcami (w szczególności konkurentami), jeżeli ich skutkiem jest nieuzasadnione ograniczenie swobody działalności gospodarczej stron lub istotne ograniczenie konkurencji na rynku. Egzemplifikacją powyższych przesłanek została zamieszczona w ust. 2 komentowanego przepisu oraz w nieobowiązującym już rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 137, poz. 963) zastąpionym przez rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 kwietnia 2015 r. o tej samej nazwie (Dz. U. poz. 585). Zgodnie z treścią art. 2 ust. 2 Ustawy, Ustawę stosuje się do umów, w szczególności licencji, a także innych niż umowy praktyk wykonywania praw własności intelektualnej oraz umów dotyczących nieujawnionych do wiadomości publicznej informacji technicznych lub technologicznych lub zasad organizacji i zarządzania – co do których podjęto działania zmierzające do zapobieżenia ich ujawnieniu (tajemnica przedsiębiorstwa⁸¹).

⁸⁰ Samsung złożył wnioski o wydanie tymczasowego zabezpieczenia przeciwko Apple w kilku europejskich państwach w związku z naruszeniem patentów kluczowych dla normy UMTS. Komisja poinformowała Samsung, że zachowanie polegające na ubieganiu się o zakazy sprzedaży może stanowić nadużycie pozycji dominującej, biorąc pod uwagę, że Apple było gotowe negocjować udzielenie licencji na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach. W sprawie tej Komisja wydała decyzję zobowiązującą, zgodnie z którą Samsung zobowiązał się nie wnosić na terenie EOG o zabezpieczenie swoich praw z patentów używanych powszechnie w smartfonach i tabletach przeciwko potencjalnym licencjobiorcom, którzy zgłosili się do programu negocjowania warunków licencji. W niniejszej sprawie Komisja uznała, że zaszczyły okoliczności pozwalające na uznanie, że wszczęcie postępowania sądowego było nadużyciem pozycji dominującej, biorąc pod uwagę, że patenty były elementami norm, a Samsung miał obowiązek negocjowania udzielenia licencji na warunkach FRAND.

Decyzja Komisji z dnia 5 grudnia 2012 r. dotycząca postępowania na mocy art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i art. 53 Porozumienia EOG (Sprawa COMP/39.437 – Monitory kineskopowe do komputerów i odbiorników telewizyjnych) (notyfikowana jako dokument nr C(2012) 8839).

⁸¹ „Art. 11. [Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa]

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa albo ich nabycie od osoby nieuprawnionej, jeżeli zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy.

Skutkiem zawarcia/wykonywania takich umów musi być nieuzasadnione ograniczenie swobody działalności gospodarczej stron lub istotne ograniczenie konkurencji na rynku.

Istnieją dwa podstawowe rodzaje umów, na mocy których uprawnieni z praw własności intelektualnej mogą nimi rozporządzać. Są to: umowa licencyjna oraz umowa o przeniesienie praw. Umowa licencyjna, która w zależności od rodzaju prawa może przybierać różne formy, jest upoważnieniem, na mocy którego licencjobiorca może korzystać z prawa w ramach własnego przedsiębiorstwa. Licencja może zostać udzielona „na wyłączność”, wtedy to licencjobiorca w ramach danego terytorium ma gwarancję od uprawnionego, że ten nie udzieli licencji na to samo prawo innemu podmiotowi, a w niektórych przypadkach także sam powstrzyma się od korzystania z prawa (licencja wyłączna). Możliwe jest także udzielenie licencji niewyłącznej. W tym drugim przypadku na rynku może istnieć wiele podmiotów korzystających z tej samej technologii. W obu jednak przypadkach twórca pozostaje podmiotem uprawnionym do danego wytworu myśli ludzkiej.

Umowa o przeniesienie praw jest zbliżona do umowy sprzedaży, a zatem podmiot uprawniony pierwotnie wyzbywa się tego prawa na rzecz innego podmiotu, który z chwilą przeniesienia może zachowywać się, jakby to on był pierwotnie uprawnionym do prawa.

W przypadku umów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa (*know-how*) najczęściej spotyka się umowy przedstawione powyżej (licencje, przeniesienie praw), ale także umowy z zakazem ujawniania (*non-disclosure agreements* – *NDA*). Umowy typu *NDA* zawierane są najczęściej w ramach negocjacji oraz po ich zakończeniu, w ramach umów o współpracy, w których strony mają wzajemnie dostęp do swoich tajemnic handlowych. Zbyt długi lub zbyt szeroki (w sposób nieuzasadniony okolicznościami) okres nieujawniania może być uznany za działanie antykonkurencyjne.

2. Przepis ust. 1 stosuje się również do osoby, która świadczyła pracę na podstawie stosunku pracy lub innego stosunku prawnego – przez okres trzech lat od jego ustania, chyba że umowa stanowi inaczej albo ustał stan tajemnicy.

3. Przepisu ust. 1 nie stosuje się wobec tego, kto od nieuprawnionego nabył, w dobrej wierze, na podstawie odpłatnej czynności prawnej, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Sąd może zobowiązać nabywcę do zapłaty stosownego wynagrodzenia za korzystanie z nich, nie dłużej jednak niż do ustania stanu tajemnicy.

4. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

4. Rozporządzenie w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

4.1. Uwagi wprowadzające

Szczególnym źródłem prawa dla oceny legalności umów, o których mowa w art. 2 Ustawy, jest rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 kwietnia 2015 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. poz. 585)⁸². Jego regulacja w sposób szczegółowy i kazuistyczny definiuje te porozumienia, które są wyłączone z zakresu kontroli Ustawy, a które w sposób ewidentny spełniają kryteria określone w art. 2 i 6 Ustawy.

4.2. Adresaci rozporządzenia

Przewidziane w rozporządzeniu wyłączenia stosuje się do porozumień o transferze technologii zawartych między podmiotami, jeżeli podmioty te:

- są konkurentami, a łączny ich udział w rynku lub rynkach właściwych w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekroczył 20%, zaś porozumienie nie zawiera klauzul określonych w punktach 4.3 i 4.5 poniżej;
- są przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami, a udział w rynku lub rynkach właściwych żadnego z nich nie przekroczył w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia 30%, zaś porozumienie nie zawiera klauzul określonych w punktach 4.3 i 4.4.

Przykładami porozumień podlegających ocenie z punktu widzenia rozporządzenia są np. umowy licencyjne dotyczące patentów na produkty farmaceutyczne, umowy licencyjne na *know-how* w zakresie technologii wytwarzania produktów, umowy licencyjne na komputerowe systemy operacyjne, umowy licencyjne na wzory użytkowe lub przemysłowe.

4.3. Klauzule niedozwolone w porozumieniach dotyczących technologii, niezależnie od relacji pomiędzy przedsiębiorcami oraz ich udziału w rynku

Istnieje pewna grupa klauzul, których stosowanie jest niedopuszczalne, niezależnie od tego, czy przedsiębiorcy pozostają w relacji konkurencyjnej, czy nie, i jaki jest ich udział w rynku właściwym. Są to:

⁸² Rozporządzenie będzie obowiązywało do 30 kwietnia 2027 r.

- zobowiązania nakładane na licencjobiorcę do udzielenia wyłącznej licencji licencjodawcy lub osobie trzeciej, wskazanej przez licencjodawcę do przeniesienia praw na licencjodawcę lub na osobę trzecią, w całości lub w części, w odniesieniu do własnych usprawnień (ulepszeń, nowych modułów, utworów zależnych) licencjonowanej technologii lub do własnych nowych zastosowań tej technologii, opracowanych przez licencjobiorcę;
- zobowiązania strony do niekwestionowania ważności praw własności intelektualnej, które druga strona posiada w Unii Europejskiej, przy zachowaniu możliwości wypowiedzenia, w przypadku licencji wyłącznej, porozumienia o transferze technologii w przypadku kwestionowania przez licencjobiorcę ważności któregoś z praw do licencjonowanej technologii.

W odniesieniu do niebędących konkurentami przedsiębiorców zawierających porozumienie wyłączenie nie ma zastosowania do żadnego zobowiązania ograniczającego uprawnienie licencjobiorcy do korzystania z praw do jego własnej technologii lub ograniczającego uprawnienie którejkolwiek ze stron porozumienia do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych, chyba że jest to niezbędne w celu zapobieżenia ujawnieniu licencjonowanego *know-how* osobom trzecim.

4.4. Niedozwolone porozumienia dotyczące transferu technologii pomiędzy przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami

W rozporządzeniu⁸³ uznano, że porozumienie należy uznać za niedozwolone, jeżeli pośrednio lub bezpośrednio, oddzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami zależnymi od stron ma na celu:

- ograniczenie swobody ustalania przez którąkolwiek ze stron cen towarów, przy zachowaniu możliwości wyznaczania maksymalnej ceny sprzedaży lub rekomendowanej ceny sprzedaży, pod warunkiem że nie jest to równoznaczne ze stosowaniem stałej lub minimalnej ceny sprzedaży określonej w wyniku nacisku lub zachęt którejkolwiek ze stron;
- ograniczenie obszaru lub klientów, na którym lub dla których licencjodawca może prowadzić sprzedaż pasywną towarów objętych porozumieniem⁸⁴;

⁸³ Paragraf 8 rozporządzenia.

⁸⁴ Z wyjątkiem:

- a) ograniczenia sprzedaży pasywnej na obszarze wyłącznym lub wyłącznej grupie klientów, które są zastrzeżone dla licencjodawcy,
- b) zobowiązania do wytwarzania towarów objętych porozumieniem wyłącznie na własny użytek, pod warunkiem że nie ogranicza się licencjobiorcy w zakresie sprzedaży towarów objętych porozumieniem jako części zamiennych dla jego własnych towarów,
- c) zobowiązania do wytwarzania towarów objętych porozumieniem jedynie dla wskazanego w porozumieniu odbiorcy, w przypadku gdy porozumienie o transferze technologii zawarto w celu utworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta,

- ograniczenie sprzedaży odbiorcom końcowym przez licencjodawcę działającego w systemie dystrybucji selektywnej, który prowadzi działalność na poziomie sprzedaży detalicznej, z wyjątkiem ograniczenia możliwości prowadzenia przez nich sprzedaży w lokalach niespełniających kryteriów określonych w porozumieniu będącym podstawą utworzenia systemu dystrybucji selektywnej.

4.5. Niedozwolone porozumienia dotyczące transferu technologii pomiędzy konkurentami

Rozporządzenie stanowi⁸⁵, że porozumienie należy uznać za niedozwolone, jeżeli pośrednio lub bezpośrednio, samodzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami zależnymi od stron, znajdują się w nim postanowienia:

- na mocy których którakolwiek ze stron porozumienia ma ograniczoną swobodę kształtowania polityki cen towarów dla podmiotów niebędących stronami porozumienia;
- na podstawie których strony ograniczają produkcję (z wyłączeniem ograniczeń produkcji dotyczących towarów objętych porozumieniem, nakładanych na licencjodawcę w porozumieniu o jednostronnym transferze technologii lub nałożonych jedynie na jednego z licencjodawców w porozumieniu o dwustronnym transferze technologii);
- dotyczące podziału rynków lub klientów⁸⁶;
- ograniczające uprawnienia licencjodawcy do korzystania z jego własnych praw do technologii lub ograniczające uprawnienia którejkolwiek ze stron porozumienia do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych, pod warunkiem że ograniczenie uprawnień którejkolwiek ze stron porozumienia do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych jest niezbędne, aby zapobiec ujawnieniu licencjonowanego *know-how* osobom trzecim.

d) ograniczenia sprzedaży odbiorcom końcowym przez licencjodawcę działającego na poziomie sprzedaży hurtowej,

e) ograniczenia sprzedaży nieautoryzowanym dystrybutorom przez uczestników systemu dystrybucji selektywnej.

⁸⁵ Paragraf 7 rozporządzenia.

⁸⁶ Z wyjątkiem:

- a) zobowiązania licencjodawcy lub licencjodawcy w porozumieniu o jednostronnym transferze technologii do niewytwarzania towarów z wykorzystaniem praw do licencjonowanej technologii na obszarze wyłącznym zastrzeżonym dla drugiej strony lub do nieprowadzenia sprzedaży na obszarze wyłącznym lub wyłącznej grupie klientów zastrzeżonych dla drugiej strony,
- b) nałożonego w porozumieniu o jednostronnym transferze technologii ograniczenia aktywnej sprzedaży prowadzonej przez licencjodawcę na obszarze wyłącznym lub na rzecz wyłącznej grupy klientów, które zostały przydzielone przez licencjodawcę innemu licencjodawcy, o ile ten licencjodawca nie był konkurentem licencjodawcy w momencie udzielania licencji,
- c) zobowiązania licencjodawcy do wytwarzania towarów objętych porozumieniem wyłącznie na własny użytek, pod warunkiem że porozumienie nie ogranicza licencjodawcy w zakresie sprzedaży towarów objętych porozumieniem jako części zamiennych dla jego własnych towarów,
- d) zobowiązania licencjodawcy w porozumieniu o jednostronnym transferze technologii do wytwarzania towarów objętych porozumieniem jedynie dla wskazanego w porozumieniu klienta, jeżeli licencja została udzielona w celu utworzenia alternatywnego źródła dostaw dla tego klienta.

Art. 3. [Wyłączenie zastosowania ustawy do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw]

Przepisów ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw.

1. Uwagi wprowadzające

Artykuł 3 Ustawy jest podstawą do wyłączenia z zakresu zakazów wyrażonych w przepisach komentowanego aktu prawnego takich zachowań przedsiębiorców, które kwalifikują się jako ograniczenia konkurencji⁸⁷, o ile zachowania te są dopuszczone na podstawie przepisów wchodzących w skład polskiego porządku prawnego⁸⁸. **Jeżeli zatem dane zachowanie przedsiębiorcy wypełnia wszystkie przesłanki niezbędne do zakwalifikowania go jako praktyki ograniczającej konkurencję, ale jednocześnie istnieje przepis innego aktu prawnego, który autoryzuje dane zachowanie w określonych przypadkach (dopuszczając je), to takie zachowanie tego przedsiębiorcy nie może być sankcjonowane na gruncie przepisów Ustawy**⁸⁹.

Tak sformułowany przepis można uznać za *superfluum* ustawowe. Trudno byłoby przyjąć na gruncie reguł wykładni przepisów prawa, że określone zachowania przedsiębiorców, które są dopuszczalne na gruncie jednego aktu prawnego, mogłyby być zakazane na gruncie przepisów innego aktu prawnego tego samego rządu. **Z reguł wykładni, w tym w szczególności z zasady *lex specialis derogat legi generali***⁹⁰, wynika w sposób jednoznaczny, że w takiej sytuacji Ustawa, jako akt prawny formułujący ogólny zakaz kierowany do nielimitowanego kręgu podmiotów (*lex generalis*),

⁸⁷ Odnośnie do znaczenia terminu „ograniczenie konkurencji” – zob. komentarz do art. 6 Ustawy.

⁸⁸ Będą to przepisy polskich ustaw, przepisy ratyfikowanych umów międzynarodowych oraz – na zasadzie lojalnej współpracy – przepisy prawa unijnego (tj. rozporządzenia czy decyzje Komisji Europejskiej) – tak również D. Miąsik (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 61. Problemатyczne jest wywodzenie dopuszczalnego „ograniczenia konkurencji” z przepisów aktów wykonawczych niższego rzędu niż ustawa. Należy również i w tym zakresie podzielić pogląd D. Miąsika, iż jest to możliwe wyłącznie w przypadku rozporządzeń, które zostały wydane na podstawie wyraźnego upoważnienia ustawowego, gdy z przepisu ustawy wynika wprost, jakiego rodzaju zachowania ograniczające konkurencję należy uznać za dopuszczalne – tak D. Miąsik (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 61. Trzeba jednocześnie przyjąć, że jeżeli przedsiębiorca będzie działał w sposób zgodny z przepisami jakiegokolwiek innego aktu prawnego niższego rzędu, to nawet jeżeli nie będzie podstaw do uznania, że jego zachowania nie naruszyły przepisów Ustawy, okoliczności sprawy powinny przemawiać za odstąpieniem od nałożenia na takiego przedsiębiorcę kary pieniężnej. Wreszcie, ograniczenie konkurencji może być autoryzowane przez decyzję administracyjną, jeżeli przewiduje to przepis kompetencyjny (por. D. Miąsik (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 61 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁸⁹ Oznacza to, że stosowanie art. 3 Ustawy wymaga zidentyfikowania konkretnego przepisu innego aktu prawnego, który dopuszcza dane zachowanie (por. orzeczenie SA z dnia 11 stycznia 2007 r., VI ACa 765/06, niepubl.).

⁹⁰ Dosłownie: ustawa szczególna uchyla ustawę ogólną.

musi ustąpić przepisom aktu prawnego o węższym zastosowaniu, które autoryzują określone zachowanie w relacji do ograniczonego kręgu podmiotów (stanowiąc w tym zakresie *lex specialis*)⁹¹. Podkreślenia przy tym wymaga, że relacja taka (*lex specialis derogat legi generali*) zachodzi w każdym przypadku nie między ustawami czy pomiędzy przepisami ustaw, ale tak naprawdę pomiędzy normami prawnymi wyinterpretowanymi z przepisów prawa⁹².

Powyższe uwagi należy także opatrzyć zastrzeżeniem, że mają one zastosowanie tylko do relacji pomiędzy przepisami prawa krajowego (tj. pomiędzy przepisami Ustawy i przepisami innej ustawy szczególnej). Na odmiennych zasadach kształtują się bowiem relacje między przepisami unijnego prawa konkurencji (art. 101 i 102 TFUE) a przepisami prawa krajowego, które mogłyby autoryzować pewne zachowania kwalifikowane jako praktyki ograniczające konkurencję w rozumieniu przepisów Traktatu. W takim bowiem wypadku zastosowanie znajduje zasada prymatu prawa UE. Działanie na podstawie przepisów prawa krajowego może co najwyżej mieć wpływ na zakres odpowiedzialności podmiotu, który dopuścił się praktyk ograniczających konkurencję⁹³.

2. Pojęcie ograniczenia konkurencji dopuszczalnego na podstawie innych ustaw

2.1. Uwagi wprowadzające

Kluczową kwestią dla interpretacji art. 3 Ustawy jest odpowiedź na pytanie, jak musi być sformułowany przepis innego aktu prawnego, by można było przyjąć, iż stanowi on dopuszczalne ograniczenie konkurencji, o jakim mowa w komentowanym przepisie. Jak się wydaje, można w tym zakresie wyróżnić co najmniej dwie odrębne kategorie przepisów szczególnych: w pierwszym przypadku przepisy ustawy szczególnej wprost wyłączają zastosowanie przepisów Ustawy, w drugim – wyłączenie musi zostać wyinterpretowane z przepisów ustawy szczególnej.

⁹¹ Tym samym przepis art. 3 Ustawy może być traktowany co najwyżej jako wyrażenie ogólnych reguł wykładni. Jego obecność w Ustawie może jednocześnie odgrywać pozytywną rolę – ułatwia on uchwycenie relacji między przepisami Ustawy a przepisami innych aktów prawnych. Tym samym przepis ten pełni funkcję porządkującą i – w jakimś sensie – także edukacyjną. Odmienne D. Miąsik (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 57.

⁹² Por. J. Baehr, A. Stawicki, *Prawo energetyczne jako lex specialis w stosunku do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* (w:) C. Banasiński (red.), *Prawo konkurencji – stan obecny oraz przewidywane kierunki zmian*, Warszawa 2006, s. 137.

⁹³ Tak również D. Miąsik (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 61. Por. także w tym zakresie np. orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 września 2003 r. w sprawie C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi v. Autorita Garante delle Concorrenza e del Mercato*, EU:C:2003:430.

2.2. Przepisy innych ustaw wprost wyłączające możliwość stosowania przepisów prawa konkurencji

Niewątpliwie z najbardziej klarowną sytuacją mamy do czynienia w tych przypadkach, w których przepis innego aktu prawnego wprost wyłącza możliwość zastosowania przepisów Ustawy do określonych zachowań. Przykładem takiego rozwiązania jest art. 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o organizacji rynku mleka i przetworów mlecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 155 z późn. zm.), zgodnie z którym do działalności prowadzonej przez Agencję Rynku Rolnego w zakresie zadań określonych w przepisach wymienionych w załączniku do ustawy nie stosuje się przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów. Analogicznym rozwiązaniem posłużył się ustawodawca w przypadku przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2003 r. o organizacji rynków owoców i warzyw oraz rynku chmielu (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 58). Artykuł 1 ust. 2 wspomnianej ustawy stanowi bowiem wprost, że do organizacji rynków objętych zakresem jej regulacji nie stosuje się przepisów o ochronie konkurencji. Także w przepisach ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 471) wprost wskazano, że prowadzenie działalności w zakresie gier liczbowych, loterii pieniężnych i gry telebingo stanowi monopol państwa oraz że do prowadzenia takiej działalności nie mają zastosowania przepisy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie ochrony konkurencji (por. art. 5 tej ustawy).

Należy jednocześnie przyjąć, że **wprowadzenie w życie tego typu regulacji nie oznacza, iż przedsiębiorca, któremu przyznano prawny monopol na prowadzenie określonej działalności, może ją wykonywać w sposób niepodlegający jakimkolwiek ograniczeniom, w tym również ograniczeniom wynikającym z Ustawy. Zastosowanie przepisów o ochronie konkurencji powinno bowiem być wyłączone tylko na tyle, na ile jest to niezbędne do realizacji celów, jakie legły u podstaw wprowadzenia monopolu na określoną działalność oraz wyłącznie w zakresie wykonywania działalności objętej monopolem ustawowym.** Wszelkie pozostałe działania przedsiębiorcy zasadniczo mogą być oceniane również przez pryzmat zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Przykładowo, jeżeli celem wprowadzenia monopolu państwa w zakresie gier liczbowych była maksymalizacja przychodów Skarbu Państwa z tego tytułu, to nie można przedsiębiorcy, który wykonuje monopol ustawowy, stawiać zarzutu, że pobiera on ceny nadmiernie wygórowane w rozumieniu przepisów prawa konkurencji. Odmiennie musi być postrzegana sytuacja, w której przedsiębiorca taki wprowadza w życie dyskryminacyjne zasady współpracy ze swoimi partnerami handlowymi, co negatywnie oddziałuje na konkurencję na rynku powiązanym (rynku, na którym działalność prowadzą partnerzy handlowi). Jeżeli taka polityka monopolisty nie ma swojego usprawiedliwienia w realizacji celów

ustawowych, to zasadniczo brak jest przeszkód do tego, by do takich jego zachowań stosować przepisy Ustawy⁹⁴.

Powyższy tok rozumowania można wywieść z orzecznictwa Sądu Najwyższego. Przykładowo w sprawie przedsiębiorcy zajmującego się eksploatacją płatnej autostrady wskazano wprost, że „okoliczność, iż powód uprawniony jest na podstawie przepisów prawa (ustawy o autostradach) do pobierania opłaty za przejazd autostradą nie oznacza, że sposób kształtowania wysokości tej opłaty przez powoda – czego dotyczy niniejsza sprawa – wyłączony jest spod zakresu przedmiotowego ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”⁹⁵. Z kolei w sprawie stacji chemiczno-rolniczych sąd ten wskazał, iż: „przepis art. 27 ustawy o nawozach wymienia zadania powoda, do których zaliczono między innymi określenie sposobu prowadzenia badań agrochemicznych, w tym dobór metod badawczych [...]. Z przepisów tych nie wynika [...] aby ustawodawca nałożył na powoda obowiązek takiego określania zasad wykonywania analiza gleby na potrzeby opiniowania planów nawożenia, który w konsekwencji ogranicza krąg podmiotów uprawnionych do dokonywania takich analiz”⁹⁶.

2.3. Przepisy innych ustaw pośrednio wyłączające możliwość stosowania przepisów prawa konkurencji – problem relacji między przepisami prawa konkurencji i przepisami regulacji sektorowych

Sytuacja jest znacznie bardziej skomplikowana w pozostałych przypadkach, tj. tam, gdzie brak jest wyraźnego i niebudzącego wątpliwości wyłączenia stosowania przepisów Ustawy. W doktrynie⁹⁷ i orzecznictwie można znaleźć tezy, jakoby art. 3 Ustawy znajdował zastosowanie tylko w tych sytuacjach, w których przepis innej ustawy wprowadza wyrażone wprost nakazy lub zakazy określonych zachowań, nie pozostawiając przedsiębiorcy żadnego marginesu swobody co do ich realizacji, co z kolei wymusza na tym przedsiębiorcy zachowania formalnie sprzeczne z Ustawą (tj. zachowania

⁹⁴ Tak również D. Miąsik (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 82 oraz wskazane tam orzecznictwo: wyrok SN z dnia 9 kwietnia 2003 r., I CKN 251/01, LEX nr 80242, oraz wyrok SN z dnia 24 kwietnia 2003 r., I CKN 258/01, OSNC 2004, nr 7–8, poz. 115. Por. także C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 43.

⁹⁵ Wyrok SN z dnia 13 lipca 2012 r., III SK 44/11, LEX nr 1218191.

⁹⁶ Wyrok SN z dnia 18 grudnia 2012 r., III SK 9/12, LEX nr 1274989.

⁹⁷ Por. D. Miąsik (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 59 i n. Por. także poglądy M. Szydło, *Stosowanie przez przedsiębiorstwa energetyczne cen w oparciu o taryfę zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki*, M. Praw. 2009, nr 9. Jednoznacznego poglądu w tej mierze nie prezentuje K. Kohutek, wskazując, że: „Trudno jest jednoznacznie rozstrzygnąć [powyższe] wątpliwości. Z jednej strony nie mogą zachodzić wątpliwości, iż przepisy ustaw sektorowych «dopuszczają» podjęcie określonych zachowań [...]; literalna wykładnia art. 3 u.o.k.k. przemawiałaby za zasadnością wyłączeni reżimu antymonopolowego w trybie art. 3 u.o.k.k. Z drugiej strony przepisu tego nie należałoby odczytywać w ten sposób, że pozwala on na (legitymizuje) zachowania, które ograniczają konkurencję, a które musiałyby być podejmowane przez przedsiębiorcę. Takie rozumienie tego przepisu kolidowałoby z celami komentowanej ustawy” (K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2014, s. 102).

wypełniające znamiona praktyk ograniczających konkurencję)⁹⁸. Dla zastosowania art. 3 Ustawy jest zatem w świetle powyższych poglądów konieczne, by przepis innego aktu prawnego nie pozostawiał możliwości innego zachowania niż to zachowanie, które na gruncie przepisów Ustawy kwalifikowane jest jako praktyka ograniczająca konkurencję. Jeżeli przepisy formułują pewne wytyczne co do zachowania przedsiębiorcy, ale pozostawiają mu swobodę decydowania o tym, jak się w tych ustawowych ramach poruszać, to działania lub zaniechania przedsiębiorcy mogą być oceniane na gruncie przepisów prawa konkurencji⁹⁹.

Taka koncepcja wykładni relacji między przepisami ustaw szczególnych a przepisami komentowanej Ustawy powoduje, że – zasadniczo – rozpatrywany przypadek (tj. pośrednie wyłączenie stosowania przepisów prawa konkurencji) nie występuje. Przyjęcie takiego restrykcyjnego rozwiązania nie jest zasadne z przyczyn, które zostaną w sposób szczegółowy omówione poniżej. Zrozumienie istoty problemu wymaga bowiem w pierwszej kolejności przedstawienia różnych sposobów rozumienia relacji między ustawami sektorowymi a przepisami prawa konkurencji, jakie wykształciły się

⁹⁸ Por. np. decyzja Prezesa UOKiK nr RKR-32/2009, w której organ antymonopolowy poddał analizie działania przedsiębiorstwa energetycznego mające swoje umocowanie w taryfie zatwierdzonej przez Prezesa URE. Podobny problem był przedmiotem oceny w decyzji organu antymonopolowego nr RPZ-32/2008.

⁹⁹ Tezę taką można wywieść z części orzeczeń Sądu Najwyższego. Przykładowo jest ona prezentowana w wyroku z dnia 13 lipca 2012 r., III SK 44/11, OSNP 2013, nr 13, poz. 167, w którym wskazano, że: „zakres zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może być zawężony w sposób dorozumiany, gdy przepisy innej ustawy szczegółowej normują zasady prowadzenia działalności na danym rynku, narzucając przedsiębiorcom określony sposób postępowania”. Sąd nie przesądził jednocześnie, czy także inne sytuacje mogą kwalifikować się do dopuszczalnych ograniczeń konkurencji. Podobne poglądy formułuje również doktryna. Przykładowo w odniesieniu do przepisów ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1059 z późn. zm.) wskazywano, opierając się na powyższej koncepcji, iż przepisy art. 4 tej ustawy, które dotyczą dostępu do sieci (elektroenergetycznej, gazowniczej lub ciepłowniczej), nie stanowią „ograniczenia konkurencji dopuszczalnego na podstawie odrębnej ustawy”, ponieważ wprawdzie określają one przesłanki świadczenia usługi przesyłowej, a tym samym stwarzają również podstawę do odmowy świadczenia takiej usługi, jednak należy je interpretować w ten sposób, iż odmowa świadczenia usługi przesyłowej na gruncie przepisów pr. energ. jest dopuszczalna, o ile jednocześnie nie stanowi ona praktyki ograniczającej konkurencję. Tym samym zachowanie przedsiębiorcy musi zostać poddane podwójnemu testowi zgodności z prawem: najpierw na gruncie przepisów ustawy szczególnej (spełnienie przesłanek usprawiedliwionej odmowy na gruncie przepisów ustawy szczególnej), a potem również na podstawie przepisów Ustawy (weryfikacja, czy odmowa nie stanowi nadużycia pozycji dominującej na rynku). Podobnie wskazywano w doktrynie, że przedsiębiorstwo energetyczne może dopuścić się praktyki ograniczającej konkurencję, stosując taryfę zatwierdzoną przez Prezesa URE, ponieważ ceny określone w taryfie mają charakter maksymalny. Tezę taką stawia M. Szydło, *Stosowanie przez przedsiębiorstwa...*, s. 7. W opinii tego autora: „Jeżeli przedsiębiorstwo energetyczne, mając przy tym niezbędną swobodę działania (a ta swoboda jest zazwyczaj faktem, gdyż zatwierdzone przez Prezesa URE taryfy mają charakter cen maksymalnych; przedsiębiorstwo może zatem stosować ceny niższe), podejmując praktyki sprzeczne z art. 9 Ustawy, to fakt działania w oparciu o taryfę zatwierdzoną przez Prezesa URE nie będzie w stanie uchronić go od możliwości wszczęcia przeciwko niemu postępowania antymonopolowego przez Prezesa UOKiK. Każde zatem przedsiębiorstwo energetyczne, nawet to działające w oparciu o zatwierdzoną przez Prezesa URE taryfę, musi bezwzględnie przestrzegać wiążącego powszechnie ogólnego prawa antymonopolowego”.

w orzecznictwie sądowym. Istotne jest również odwołanie się do celów regulacji sektorowych i zakresu ich zastosowania. Dopiero na tym tle można sformułować konkretne wnioski dotyczące istoty omawianego zagadnienia¹⁰⁰.

2.3.1. Relacje między ustawami szczególnymi a przepisami prawa konkurencji w orzecznictwie sądowym

2.3.1.1. Orzecznictwo zagraniczne

Postrzeganie relacji między ustawami szczególnymi oraz prawem konkurencji w dużej mierze kształtowane jest pod wpływem orzecznictwa unijnego, w szczególności orzeczeń w sprawach *Deutsche Telekom*¹⁰¹ czy *Telefonica*¹⁰². Przykładowo w uzasadnieniu decyzji w sprawie *Deutsche Telekom* Komisja Europejska wskazała, iż w orzecznictwie europejskim (zarówno sądów, jak i Komisji) utrwalony jest pogląd, iż reguły konkurencji mogą mieć zastosowanie tam, gdzie regulacja sektorowa na poziomie krajowym nie wyłącza możliwości angażowania się przez dany podmiot w autonomiczne zachowania, które zakłócają lub naruszają konkurencję. Komisja nie kwestionowała w związku z tym tego, iż stosowane przez *Deutsche Telekom* ceny hurtowe i detaliczne stosowane w relacjach z odbiorcami były zatwierdzane przez niemieckiego regulatora. Uznano jednak, że w dalszym ciągu *Deutsche Telekom* miał swobodę podjęcia takich działań, które znacząco ograniczyłyby lub całkowicie zlikwidowały negatywne skutki polityki cenowej kwestionowanej przez Komisję. Z tego też względu uznano, że działania spółki stanowiły nadużycie pozycji dominującej na rynku¹⁰³.

¹⁰⁰ Warto zauważyć, że zagadnienie wzajemnych relacji przepisów dotyczących ochrony konkurencji oraz przepisów regulacji sektorowych (takich jak m.in. pr. energ.) jest w krajach Unii Europejskiej powszechnie dyskutowane i budzi wiele kontrowersji. Liczni autorzy wskazują, że nie można w tym zakresie wypracować standardowych rozwiązań, które mogłyby stanowić uniwersalną receptę dla każdej gospodarki. Należy raczej przyjąć, że to indywidualna sytuacja kraju (uwarunkowania historyczne, ustrojowe, sytuacja ekonomiczna itp.) dyktuje rozwiązania, które są optymalne. Por. w tym zakresie np. rozważania T. Skocznego, *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, Problemy Zarządzania 2004, nr 3, s. 7 i n.; U. Boge, *Nadzór konkurencji i regulacja sektorowa: podział ról i kompetencja* (w:) C. Banasiński (red.), *Prawo konkurencji – stan obecny i przewidywane kierunki zmian*, Warszawa 2006. Por. także: *The relationship between competition authorities and sectoral regulators*, materiał omawiany w trakcie Global Forum on Competition w 2005 r. (DAF/COMP/GF(2005)2) oraz *Best practices for defining respective competences and settling of cases which involve joint action of competition authorities and regulatory bodies*, materiał omawiany w trakcie United Nations Conference on Trade and Development w 2005 r. (TD/RBP/CONF.6/13, TD/B/COM.2/CLP/44/Rev.1.).

¹⁰¹ Decyzja Komisji w sprawie COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 *Deutsche Telekom* (2003 r.) oraz orzeczenia Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-T-271/03, *Deutsche Telekom AG v. Komisja* (2008 r.), jak również Sądu Drugiej Instancji w sprawie C-280/08, *Deutsche Telekom AG v. Komisja* (2010 r.).

¹⁰² Sprawa COMP/38.784 – *Wanadoo Espana v. Telefonica* (2007 r.).

¹⁰³ *Deutsche Telekom* zaskarżył decyzję Komisji do SPI, wskazując, że w tej konkretnej sprawie nie można mu postawić zarzutu niedozwolonej praktyki cenowej, ponieważ stosowane przez niego taryfy były zatwierdzane przez regulatora (RegTP). Komisja Europejska mogła co najwyżej w ocenie niemieckiego operatora wystąpić przeciwko RegTP (na podstawie art. 86 TWE) lub przeciwko państwu niemieckiemu (na podstawie art. 226 TWE). Jednak sąd podzielił stanowisko Komisji (sprawa T-271/03). Omówienie

Sprawa *Deutsche Telekom* jest często przeciwstawiana stanowisku wypracowanemu przez sądownictwo amerykańskie w orzeczeniu w sprawie *Trinko*¹⁰⁴. Tamtejszy Sąd Najwyższy przyjął w tym orzeczeniu – w największym skrócie – że istnienie regulacji sektorowej stanowi przeszkodę dla stosowania instrumentów prawa antymonopolowego¹⁰⁵.

2.3.1.2. Orzecznictwo Sądu Najwyższego

Istniejące kontrowersje znalazły swoje odzwierciedlenie również w orzecznictwie Sądu Najwyższego poświęconym omawianej problematyce¹⁰⁶. Warto zatem przyjrzeć się bliżej poglądom prezentowanym w tym zakresie przez ten sąd. Kluczowe znaczenie mają: uchwała SN z dnia 7 grudnia 2005 r., III SZP 3/05, OSNP 2006, nr 7–8, poz. 124; wyrok SN dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06, ONSP 2007, nr 21–22, poz. 337, oraz wskazane już orzeczenie SN z dnia 15 lipca 2009 r., III SK 34/08, LEX nr 551867¹⁰⁷.

sprawy *Deutsche Telekom* można znaleźć m.in. (w:) J. Baehr, A. Stawicki, *Rozważania wokół równoległego stosowania prawa konkurencji i instrumentów regulacyjnych* (w:) C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej*, Warszawa 2005; A. Stawicki, *Waiting for the Polish Trinko*, Oil, Gas and Energy Law 2010, no. 1, wydanie specjalne: Antitrust in the Energy Sector; D. Geradin, R. O'Donoghue, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 2005, no. 4; N. Petit, *The Proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: A Source of Jurisdictional Confusion*, GCLC Working Paper 2004, nr 2; C. Veljanovski, *Margin Squeezes in Telecoms*, Intermedia, Summer 2008, vol. 36; L. Garzaniti, *Margin squeeze: some observations from practitioner's perspective*, paper from Conference organized by the Global Competition Law Centre (GCLC) in association with British Telecommunications plc, BT Center, London, 10 December 2004; J. Kallaugher, *The Margin Squeeze under Article 82: Searching for Limiting Principles*, paper from Conference organized by the Global Competition Law Centre (GCLC) in association with British Telecommunications plc, BT Center, London, 10 December 2004.

¹⁰⁴ Sprawa *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 US 398 (2004).

¹⁰⁵ Bardziej szczegółowe omówienie tego orzeczenia z perspektywy prawa amerykańskiego można znaleźć m.in. w: J. Rubin, *Telecommunications Consumers Cannot Use Antitrust Laws to Remedy Access Violations of Telecommunication Act*, RS Report RS2172; T.J. Brennan, *Essential Facilities and Trinko: Should Antitrust and Regulation Be Combined?*, Federal Communications Law Journal 2008, vol. 61, issue 1, article 9; A. Candeub, *Trinko ad Re-Grounding the Refusal to Deal Doctrine*, University of Pittsburgh Law Review, 2005, vol. 66; N. Economides, *Vertical Leverage and the Sacrifice Principle: Why the Supreme Court Got Trinko Wrong*. Z perspektywy prawa wspólnotowego orzeczenie w sprawie *Trinko* omawia N. Petit, *Circumscribing the Scope of EC Competition Law in Network Industries? A Comparative Approach to the US Supreme Court ruling in the Trinko Case*, Journal of Network Industries 2004, vol. 5, no. 3–4. Por. także A. Stawicki, *Waiting for the Polish Trinko...*, s. 2.

¹⁰⁶ Omówienie orzecznictwa dotyczącego tego zagadnienia znaleźć również można w pracy C. Banasińskiego, *Równoległe stosowanie instrumentów prawa konkurencji i instrumentów regulacyjnych w Polsce* (w:) C. Banasiński (red.), *Prawo konkurencji – stan obecny i przewidywane kierunki zmian*, Warszawa 2006, oraz J. Baehr, A. Stawicki, *Prawo energetyczne...*, s. 134 i n.

¹⁰⁷ Wszystkie powyższe rozstrzygnięcia wynikały z zaskarżenia decyzji Prezesa UOKiK, które dotyczyły zachowań przedsiębiorców sprzed przystąpienia Polski do UE (sprzed 1 maja 2004 r.), a więc zarówno decyzje polskiego organu antymonopolowego, jak i orzeczenia sądów opierały się wyłącznie na prawie polskim. Stosowanie do potencjalnych naruszeń norm prawa wspólnotowego (obecnie unijnego) nie wchodziło w grę.

Chronologicznie pierwsza uchwała Sądu Najwyższego zmierza w kierunku uznania, że w takim zakresie, w jakim przedmiotem regulacji ustawy sektorowej¹⁰⁸ jest problematyka ochrony konkurencji na danym rynku, na gruncie systemu prawa polskiego przepisy takiej ustawy mają charakter regulacji szczególnej (*lex specialis*) względem ogólnych zasad ochrony konkurencji wynikających z prawa konkurencji (*lex generalis*). A więc stosowanie regulacji sektorowej jest przeszkodą do stosowania przepisów prawa konkurencji.

W konsekwencji w ocenie Sądu Najwyższego następuje również rozdział kompetencji prawnych pomiędzy dwa odrębne centralne organy administracji: z jednej strony – wyspecjalizowany centralny organ administracji rządowej o kompetencji szczególnej (tj. właściwy organ regulacyjny) oraz centralny organ administracji rządowej o kompetencji ogólnej, czyli Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji. Każdy z tych organów może podejmować działania wyłącznie w zakresie przyznanych mu kompetencji, nie wkraczając w zakres kompetencji ustawowych drugiego organu (choć jednocześnie organy te zobowiązane są do ścisłej współpracy w toku wykonywania swoich zadań).

Stanowisko odmienne zdaje się prezentować Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06, OSNP 2007, nr 21–22, poz. 337. Punktem wyjścia do rozważań Sądu Najwyższego jest – podobnie jak w poprzedniej sprawie – to, że przepisy ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz przepisy prawa konkurencji częściowo się na siebie nakładają. Nie wystarcza to jednak, w ocenie Sądu Najwyższego, do uznania, że wzajemna relacja między przepisami prawa konkurencji a przepisami ustaw sektorowych odpowiadała klasycznej regule *lex specialis derogat legi generali*. W ocenie Sądu Najwyższego przepisy prawa konkurencji znajdują zastosowanie do wszystkich rynków, w tym do rynku telekomunikacyjnego, chyba że ustawa szczególna wyłącza w sposób generalny zastosowanie tych przepisów lub nakazuje zachowania, które z ich punktu widzenia należałoby uznać za praktyki ograniczające konkurencję. Tak więc, w braku wyraźnych uregulowań w przepisach ustawowych, stosowanie prawa konkurencji nie może być wyłączone tylko dlatego, że przepisy innej ustawy normują zachowania przedsiębiorców lub ustanawiają określone procedury dla rozpoznawania sporów.

Prezentowane powyżej orzeczenia zdają się zmierzać w różnych kierunkach. Można jednocześnie przyjąć, że przynajmniej w pewnym zakresie rozbieżność pomiędzy omawianymi rozstrzygnięciami Sądu Najwyższego może wynikać z zasadniczo odmiennego stanu faktycznego sprawy. W sprawie pierwszej, na tle której podję-

¹⁰⁸ W tym przypadku – ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1489).

ta została uchwała Sądu Najwyższego z 2005 r., zarówno istotą sporu, jak i istotą praktyki uznanej za antykonkurencyjną była odmowa dostępu do infrastruktury (sieci) w konkretnym, indywidualnym przypadku. W sprawie drugiej, której dotyczy wyrok Sądu Najwyższego, praktyka polegała nie tyle na odmowie dostępu do sieci, ile na uchylaniu się od zawarcia umów o dostęp do sieci z wieloma podmiotami, także w sytuacjach, w których regulator stwierdził obowiązek zawarcia takiej umowy. Sąd Najwyższy zakwalifikował takie działanie podmiotu dominującego jako „blokowanie dostępu do rynku konkurentom”. W kontekście omówionych powyżej stanów faktycznych obu spraw wyrok Sądu Najwyższego można próbować odczytywać bardziej jako uzupełnienie i rozwinięcie tez zawartych w uchwale SN. Sąd Najwyższy zdaje się bowiem akcentować konieczność prawidłowego zdefiniowania praktyki. W szczególności istota praktyki nie może być określana po prostu jako „odmowa dostępu do sieci” w konkretnym przypadku. Takie bowiem zachowanie oceniane być musi wyłącznie na gruncie przepisów sektorowych. Wprowadzenie możliwości jego oceny również na gruncie przepisów prawa konkurencji w istocie stawiałoby pod znakiem zapytania sens funkcjonowania regulacji sektorowych, rodziłoby także ryzyko sprzecznych rozstrzygnięć organów państwa. Wyrok Sądu Najwyższego zdaje się zatem zmierzać do uznania, że możliwe jest sankcjonowanie nie tyle samej odmowy dostępu do sieci w konkretnym przypadku, ile zachowań związanych z odmową dostępu do sieci, jeżeli wyczerpują one przesłanki nadużywania pozycji dominującej. Przykładowo sankcjonowana może być odmowa dostępu, która ma charakter dyskryminacyjny, tj. sytuacja, w której przedsiębiorstwo sieciowe jednym podmiotom działającym na danym rynku odmawia dostępu z powołaniem się na przepisy regulacji sektorowej, a innym udostępnia swoją infrastrukturę w sposób dyskryminujący, co ma negatywny wpływ na konkurencję na rynku powiązanym. Podobnie możliwe jest uznanie za naruszenie takiej odmowy dostępu do sieci, która stanowi fragment szerszej strategii o charakterze antykonkurencyjnym, polegającej na blokowaniu dostępu do rynku nowym oraz dotychczasowym konkurentom¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Kluczowe znaczenie ma w tym aspekcie następujący fragment uzasadnienia wyroku SN z dnia 5 listopada 2008 r., III SK 4/08: „W zakresie objętym przedmiotem normowania przepisów Ustawy, postanowienia art. 46 oraz art. 79, art. 81 pkt 4 oraz art. 83–85 Prawa telekomunikacyjnego mają tylko takie znaczenie – co wynika z uchwały SN z dnia 7 grudnia 2005 r., III SZP 3/05 – że wyłączają możliwość podniesienia zarzutu nadużycia pozycji dominującej poprzez uniemożliwienie konkretnemu przedsiębiorcy dostępu do tzw. infrastruktury kluczowej (*essential facility*). Skoro bowiem przewidują możliwość uzyskania dostępu do sieci w drodze interwencji Prezesa URTiP, nie zachodzi jedna z niezbędnych przesłanek skutecznego powołania się na tę instytucję, jaką jest brak możliwości uzyskania dostępu do infrastruktury – zob. wyrok SN USA w sprawie *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P.*, 540 U.S. 398 (2004). Nie wyłącza to jednak możliwości zastosowania art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 u.o.k.i.k. do stanu faktycznego niniejszej sprawy”. Jak wskazano powyżej, za praktykę polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji uznano bowiem «uchylanie się przez powoda od zawarcia umów o współpracy międzyoperatorskiej» (decyzja Prezesa Urzędu z dnia 5 stycznia 2004 r.). Zachowanie powódki dotyczyło szerokiego kręgu uczestników

Ostatni wyrok SN z dnia 15 lipca 2009 r., III SK 34/08, LEX nr 551867, powyższych niejasności nie rozstrzyga. Przeważająca część wywodów Sądu Najwyższego zawartych w jego uzasadnieniu zdaje się wskazywać, że sąd nie podziela poglądu, jakoby przepisy regulacyjne (tu: pr. energ.) mogły być traktowane jako *lex specialis* w stosunku do przepisów prawa konkurencji. Sąd wskazuje bowiem, że w jego ocenie przepisy prawa energetycznego pozbawiają określoną kategorię podmiotów „roszczenia o zawarcie umowy świadczenia usług przesyłowych” na podstawie regulacji sektorowej. W ocenie Sądu Najwyższego nie oznacza to, że zakazane jest udostępnienie infrastruktury przesyłowej w okolicznościach innych niż wskazane w przepisach prawa, a tym samym brak jest podstaw do wyłączenia zastosowania przepisów antymonopolowych do odmowy świadczenia tego rodzaju usługi podejmowanej w takich okolicznościach. W innym miejscu uzasadnienia sąd wskazuje, że „poza zakresem wynikającym z unormowań dotyczących zasady dostępu stron trzecich, przedsiębiorstwa sieciowe nie mają obowiązku udostępniania sieci na podstawie regulacji sektorowej. Nie oznacza to jednak, że zawarcie umowy przesyłu gazu z importu lub zawarcie umowy przesyłu gazu krajowego z podmiotem, któremu jeszcze nie przysługiwało prawo zawarcia umowy przesyłowej, były sprzeczne z prawem energetycznym”. Ów brak zakazu otwiera – w ocenie Sądu Najwyższego – drogę do ingerencji organów antymonopolowych. Przytoczone powyżej wywody Sądu Najwyższego zdają się zatem zmierzać do uznania, że regulacja sektorowa w istocie rzeczy nie wyłącza możliwości oceny zachowania przedsiębiorstwa sieciowego na gruncie przepisów o ochronie konkurencji. Ścisłej rzecz biorąc, regulacja taka mogłaby wyłączać stosowanie prawa konkurencji tylko w takich przypadkach, w których jej przepisy wprost zakazywałyby określonych zachowań lub je nakazywały, nie pozostawiając przedsiębiorstwu sieciowemu żadnej swobody działania. Potwierdzeniem takiego rozumienia powyższego orzeczenia może być inny fragment jego uzasadnienia, w którym Sąd Najwyższy stwierdza, że „powyższe wskazuje na brak kompleksowej regulacji zagadnienia dostępu do sieci przesyłowej w pr. energ., zatem w okresie dotyczącym przesyłu gazu z importu pr. energ. nie stanowiło *lex specialis* wobec ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”. Wywód ten może zatem sugerować, że w zakresie, w jakim regulacja prawa energetycznego byłaby kompleksowa (w domyśle – nie pozostawiałaby żadnej swobody działania), pr. energ. stanowiłoby *lex specialis* w stosunku do prawa konkurencji¹¹⁰.

rynku, uniemożliwiając podjęcie działalności praktycznie wszystkim potencjalnym konkurentom oraz godząc w interesy konsumentów. Odróżnia to stan faktyczny niniejszej sprawy od stanu faktycznego, do którego odnosiła się uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2005 r., III SZP 3/05, OSNP 2006, nr 7–8, poz. 124. Z powyższego wynika, iż zachowanie operatora telekomunikacyjnego, polegające na blokowaniu wejścia na rynek niezależnych dostawców usług wdzwanianego dostępu do internetu, może być oceniane przez pryzmat przepisów Ustawy.

¹¹⁰ Jednocześnie w omawianym wyroku Sąd Najwyższy nie przesądza, czy odmowa dostępu do sieci stanowiła nadużycie pozycji dominującej przez przedsiębiorstwo sieciowe. Sąd zdaje się przyjmować, że stanowisko przedsiębiorstwa sieciowego mogło być uzasadnione poziomem rozwoju krajowego rynku gazu.

2.3.2. Ocena problemu na gruncie funkcji regulacji sektorowych oraz zakresu ich zastosowania

2.3.2.1. Funkcje regulacji sektorowych

Przeciwnicy stanowiska opartego na poglądach wyrażonych w orzeczeniach takich jak *Deutsche Telekom* (a więc poglądu odwołującego się do konieczności badania stopnia swobody przedsiębiorcy) często podnoszą, że argumentacja tego rodzaju prowadzi do zanegowania sensu funkcjonowania przepisów ustaw regulacyjnych. Przepisy sektorowe (regulacyjne) są bowiem adresowane do przedsiębiorstw, które albo działają w warunkach monopolu naturalnego (przedsiębiorstwa sieciowe), albo w warunkach ograniczonej konkurencji. Stąd właśnie konieczność objęcia ich regulacją. **Przepisy sektorowe pomyślane są zatem tak, by wytyczać ramy prawne dla zachowań podmiotów działających w warunkach ograniczonej konkurencji (w wielu wypadkach – monopolistów). Innymi słowy, ich jedynymi adresatami są przedsiębiorstwa, które z uwagi na specyfikę swojej działalności zachowują pozycję dominującą lub monopolistyczną na określonym rynku. Z powyższych przyczyn w odniesieniu do przedsiębiorstw regulowanych to przepisy sektorowe rozstrzygają, jak kształtować ma się zachowanie monopolisty, ażeby zapewnić poddanie go konkurencji w maksymalnym możliwym zakresie**¹¹¹.

Z uwagi na rolę, jaką mają odgrywać, oraz z uwagi na swój zindywidualizowany charakter przepisy regulacji sektorowych są znacznie bardziej szczegółowe niż przepisy, które regulują problematykę ochrony konkurencji¹¹². W efekcie, jak słusznie się podkreśla, „główną korzyścią regulacji *ex ante* jest to, że oferuje ona większą pewność przedsiębiorcom dominującym”¹¹³. **Zanegowanie roli, jaką odgrywają przepisy ustaw sektorowych, poprzez wprowadzenie możliwości równoległej oceny pewnych zachowań podmiotów regulowanych przez pryzmat ustawy o ochronie konkurencji**

Tym samym odmowa mogła mieć obiektywne uzasadnienie, co wykluczałoby możliwość uznania, że zachowania monopolisty były sprzeczne z prawem. W swoich wywodach Sąd Najwyższy zdaje się pomijać fakt, iż poziom rozwoju rynku został uwzględniony przez ustawodawcę już na etapie kształtowania regulacji sektora energetycznego. Z tego właśnie powodu prawo energetyczne zezwalało na odmowę dostępu do sieci w określonych sytuacjach. Tak więc przepisy regulacji sektorowej należy ujmować raczej jako „kodyfikację” obiektywnego uzasadnienia odmowy.

¹¹¹ Przepisy te zresztą często ewoluują wraz z rozwojem konkurencji na danym rynku (im bardziej zliberalizowany rynek, tym mniejsza rola regulacji, a większa rola ogólnych przepisów prawa konkurencji). Por. w tym zakresie J. Baehr, A. Stawicki, *Prawo energetyczne...*, s. 132 i 133.

¹¹² Przykładowo kwestie związane z dostępem do sieci gazowej czy elektroenergetycznej uregulowane są zarówno na poziomie ustawowym (liczne przepisy pr. energ.), jak i na poziomie przepisów wykonawczych (tzw. rozporządzenia systemowe), podczas gdy przewidziany w prawie konkurencji zakaz nadużywania pozycji dominującej opiera się wyłącznie na art. 9 Ustawy.

¹¹³ Zob. D. Geradin, R. O'Donoghue, *The Concurrent Application...*

niewątpliwie niweczy ów stan pewności prawa, zwiększając wydatnie tzw. ryzyko regulacyjne¹¹⁴.

2.3.2.2. Zakres zastosowania regulacji sektorowych

Problem relacji między narzędziami regulacyjnymi a prawem konkurencji należy postrzegać nie tylko z perspektywy opisanej powyżej specyfiki reżimu regulacyjnego (*ratio legis* jego istnienia), ale także w kontekście stosowanych w polskim systemie prawa zasad wykładni przepisów, których zakresy nakładają się na siebie. Warto w związku z tym również i temu zagadnieniu poświęcić więcej uwagi.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że **proste (bezpośrednie) stosowanie argumentacji przedstawionej w sprawie *Deutsche Telekom*, odwołującej się do zakresu swobody przedsiębiorcy regulowanego, w warunkach polskich nie jest możliwe**. Nie można bowiem zapominać, że orzeczenie w sprawie *Deutsche Telekom* mogło zapaść w omawianym kształcie głównie z tej przyczyny, że regulacja sektorowa, która była podstawą działania spółki, ma swoje źródło w przepisach dyrektyw i wydanych na ich podstawie przepisach prawa krajowego. Tymczasem reguły konkurencji określone są w pierwotnym prawie wspólnotowym, jakim jest TFUE. Można więc argumentować, że przepisy prawa krajowego nie mogą pozbawiać skuteczności przepisów prawa pierwotnego (tj. w tym wypadku art. 102 TFUE), w szczególności we wszystkich tych przypadkach, w których narzędzia regulacyjne nie są skutecznie wykorzystywane lub nie są wystarczające do osiągnięcia sytuacji zgodnej z zasadami wynikającymi z prawa unijnego. Taki stan rzeczy może uzasadniać przyjęcie, iż wspólnotowe (unijne) prawo konkurencji bierze górę nad regulacjami krajowymi¹¹⁵.

Zasadniczo różna jest hierarchia norm prawnych w prawie krajowym, gdzie przepisy sektorowe i przepisy prawa konkurencji znajdują się na tym samym poziomie legis-

¹¹⁴ Problem ten został celnie opisany przez C. Veljanovskiego, który omawiając sprawę *Deutsche Telekom*, podkreślił, że „obecnie dominujące przedsiębiorstwo sieciowe wydaje się być między młotem a kowadłem, i to nawet jeśli całkowicie realizuje swoje obowiązki regulacyjne. Omawiany sposób ujmowania sprzeczności między przepisami ustaw szczególnych a przepisami prawa konkurencji prowadzić może również do efektu «błędnego koła»”. I w tej kwestii celnie wypowiedział się C. Veljanovski, wskazując, że „uzasadnieniem dla wprowadzenia regulacji sektorowej jest nieadekwatność instrumentów prawa konkurencji. Innymi słowy, u przyczyn stosowania *ex ante* instrumentów regulacyjnych takich jak kontrola cen legło to, iż (1) stosowane *ex post* przepisy prawa konkurencji nie pozwalają na dostatecznie szybką i skuteczną reakcję, oraz to, iż (2) regulacja cen (ich wyznaczenia na określonym poziomie) nie jest, co do zasady, zadaniem prawa konkurencji [...]”. Decyzja w sprawie DT postawiła [...] sens istnienia odrębnej regulacji sektorowej na głowie. Przepisy regulacyjne, które miały w zamyśle wypełniać luki w tych obszarach, w których nieadekwatne jest stosowanie przepisów prawa konkurencji, są teraz same uzupełniane przez przepisy prawa konkurencji, tam gdzie dostrzega się luki w funkcjonowaniu ustaw szczególnych”.

¹¹⁵ Ten wątek argumentacji bardzo mocno akcentowany był zarówno w decyzji Komisji, jak i w orzeczeniu Sądu Pierwszej Instancji.

lacyjnym (są to przepisy ustaw, a więc tego samego rzędu). **Brak jest jednocześnie podstaw do uznania, iż prawo konkurencji jest jakimś „superprawem”, które może pozbawić skuteczności inne przepisy prawa krajowego**¹¹⁶.

Dokonując wykładni przepisów prawa (tak przepisów regulacyjnych, jak i antymonopolowych), w zakresie, w jakim wykładnia ta może być podstawą formułowania określonych nakazów lub zakazów, należy także przyjąć, iż przepisy obu tych dziedzin prawa muszą być interpretowane ściśle, a w szczególności, że nie jest dopuszczalna ich wykładnia rozszerzająca. Naruszenie przepisów jest bowiem w przypadku obu powyższych aktów prawnych zagrożone różnego rodzaju sankcjami, w tym bardzo wysokimi karami pieniężnymi¹¹⁷.

Dokonując wykładni przepisów ustaw szczególnych, nie można również abstrahować od kwestii ich adresatów. Jak już wspomniano, **regulacja sektorowa adresowana jest do przedsiębiorców działających w warunkach monopolu naturalnego (przedsiębiorstwa sieciowe) lub w warunkach ograniczonej konkurencji**¹¹⁸. Zachowania monopolisty, które są zgodne z przepisami ustawy regulacyjnej (tzn. zamykają się w ramach wyznaczonych przez przepisy tej ustawy) muszą być traktowane jako zgodne z prawem. Tym samym brak jest podstaw do ich dodatkowej oceny na gruncie przepisów prawa konkurencji, bowiem to ustawodawca **autoryzował** te zachowania, określając podstawy do ich podjęcia w przepisach prawa. **Ewentualna swoboda decyzyjna pozostawiona podmiotowi regulowanemu również wynika z decyzji ustawodawcy, który postanowił ukształtować przepisy regulacyjne w taki właśnie, a nie inny sposób.**

Powyższe wywody można przedstawić w uproszczonej formie graficznej¹¹⁹.

W dużym uproszczeniu koncepcje odwołujące się do zakresu swobody przedsiębiorstwa regulowanego przedstawić można w sposób opisany poniżej, odwołując się w celach ilustracyjnych do regulacji dotyczących dostępu do sieci:

¹¹⁶ Zapominanie o tej fundamentalnej różnicy jest podstawą słabości teorii nawiązujących do orzeczenia w sprawie *Deutsche Telekom*.

¹¹⁷ Coraz częściej podkreśla się w związku z tym, że przepisy te mają charakter przepisów karnych lub quasi-karnych (por. komentarz do art. 106 Ustawy). Przepisy tego rodzaju nie mogą budzić wątpliwości; nie mogą one również podlegać wykładni rozszerzającej. Jeśli więc stosowne przepisy regulacyjne określają szczegółowe warunki dostępu do sieci, to należy raczej zakładać, że regulują one kompleksowo pełne spektrum możliwych sytuacji, niż przyjmować istnienie obszarów nieobjętych regulacją, a przez to otwierających możliwości ingerencji na gruncie prawa konkurencji.

¹¹⁸ Dotyczy to przykładowo przepisów, które regulują zasady dostępu do sieci – ich adresatami są przedsiębiorstwa sieciowe, a działalność sieciowa zawsze prowadzona jest w warunkach monopolu (monopolu sieciowego).

¹¹⁹ Wywody te oparte są w dużej mierze na pracy A. Stawickiego, *Waiting for the Polish Trinko...*

[1] Przedsiębiorstwo energetyczne	[2] może odmówić dostępu do sieci, o ile spełnione są przesłanki tej odmowy określone w pr. energ.	[3] chyba że przedsiębiorstwo to posiada pozycję dominującą na rynku, a przepis ustawy sektorowej nie zabrania mu wprost świadczenia usługi przesyłowej pomimo spełnienia przesłanek odmowy określonych w pr. energ.	[4] w takim bowiem wypadku odmowa jest usprawiedliwiona tylko o tyle, o ile nie stanowi nadużycia pozycji dominującej na rynku
[punkt wyjścia do oceny zachowania przedsiębiorstwa w świetle regulacji sektorowej]	[pierwszy test – dopuszczalność odmowy na gruncie przepisów sektorowych]	[punkt wyjścia do oceny zachowania przedsiębiorstwa w świetle prawa konkurencji]	[drugi test – odmowa nie może naruszać prawa konkurencji]

Powyższe założenia nie uwzględniają jednak tego, że adresatem przepisów sektorowych, które dotyczą dostępu do sieci, są wyłącznie monopoliści naturalni (przedsiębiorstwa sieciowe). Tym samym powyższa tabela wymaga następującej modyfikacji, która jednocześnie ilustruje błąd kryjący się w argumentacji opartej na badaniu marginesu swobody przedsiębiorcy regulowanego:

[1] Przedsiębiorstwo energetyczne będące monopolistą naturalnym	[2] może odmówić dostępu do sieci, o ile spełnione są przesłanki tej odmowy określone w pr. energ.	[3] chyba że przepis ustawy sektorowej nie zabrania mu wprost świadczenia usługi przesyłowej pomimo spełnienia przesłanek odmowy określonych w pr. energ.	[4] w takim bowiem wypadku odmowa jest usprawiedliwiona tylko o tyle, o ile nie stanowi nadużycia pozycji dominującej na rynku
[punkt wyjścia do oceny zachowania przedsiębiorstwa w świetle regulacji sektorowej]	[pierwszy test – dopuszczalność odmowy na gruncie przepisów sektorowych]	[konieczność dodatkowej oceny na gruncie ustawy antymonopolowej]	[drugi test – odmowa nie może naruszać prawa konkurencji]

Jak widać, błędne jest przyjęcie, że przepisy jednej ustawy mogą upoważniać monopolistę do odmowy określonego zachowania (tu: odmowy udzielenia dostępu do sieci), wyznaczając w precyzyjny sposób szczegółowe przesłanki tej odmowy (i – co jest ważne – wprowadzając sankcje za bezzasadną odmowę), podczas gdy przepisy innego aktu

prawnego (prawo konkurencji) mogą być podstawą uznania, że odmowa ta, usprawiedliwiona na gruncie regulacji sektorowej, jest sprzeczna z tymi przepisami, a tym samym nielegalna. Rozumowanie takie jest sprzeczne z funkcjami regulacji sektorowych, nie odpowiada także założeniu racjonalności ustawodawcy. Podstawowe zasady państwa prawa sprzeciwiają się także penalizowaniu na gruncie przepisów jednej ustawy zachowań wprost autoryzowanych przez inny akt prawny tego samego rządu w hierarchii aktów prawnych.

Prawidłowy tok rozumowania, oparty na założeniu, że szczegółowe uregulowanie kwestii dostępu do sieci w regulacji sektorowej uniemożliwia ocenę takiego zachowania na gruncie prawa konkurencji, przedstawiony jest poniżej.

[1] Przedsiębiorstwo energetyczne	[2] które posiada pozycję dominującą na rynku (jest monopolistą naturalnym)	[3] jest upoważnione do odmowy dostępu do sieci, o ile spełnione są przesłanki tej odmowy określone w pr. energ.	[4] odmowa taka, znajdująca oparcie w upoważnieniu ustawowym, jest uzasadniona (zgodna z prawem) i jako taka nie powinna w żadnych okolicznościach podlegać ocenie na gruncie przepisów prawa konkurencji
[punkt wyjścia do oceny zachowania przedsiębiorstwa w świetle regulacji sektorowej]		[jedyne test – dopuszczalność odmowy na gruncie przepisów sektorowych]	[wyłączona możliwość dodatkowej oceny na gruncie prawa konkurencji]

Z powyższej analizy wynika, że – niezależnie od okoliczności – brak jest możliwości uznania zachowań autoryzowanych przez ustawę sektorową (a przez to zgodnych z prawem) za przejaw praktyki ograniczającej konkurencję (nadużywanie pozycji dominującej) w rozumieniu krajowego prawa konkurencji. O ich legalności decyduje bowiem wyłącznie zgodność z ustawą sektorową¹²⁰.

¹²⁰ Szerzej na temat konsekwencji takiego podejścia por. także J. Baehr, E. Stawicki, *Prawo energetyczne...*, s. 139 i n. Odnośnie do relacji między kompetencjami Prezesa UOKiK i kompetencjami organów regulacyjnych por. także P. Lissoń, *Kompetencje organu antymonopolowego a kompetencje organów regulacyjnych w Polsce* (w:) Banasiński C. (red.), Kępiński M., Popowska B., Rabska T., *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, Warszawa 2006. Za takim podejściem opowiada się również I. Oleśkiuk, *Problematyka równoległego stosowania prawa autorskiego i prawa antymonopolowego wobec organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi*, PUG 2009, nr 1. Poglądy tej autorki wydają się iść jeszcze dalej, tj. wskazywać na brak możliwości jakiegokolwiek ingerencji Prezesa UOKiK, o ile istnieje regulacja sektorowa i sektorowy regulator. W mojej ocenie nie ma podstaw do przyjęcia, że przepis art. 3 Ustawy pozwala na tak daleko idące ograniczenie możliwości stosowania przepisów komentowanego aktu prawnego.

3. Konsekwencje proceduralne

Jeżeli określone ograniczenie konkurencji jest dopuszczone na gruncie przepisów ustawy szczególnej, to brak jest podstaw (i możliwości) wszczęcia w tej sprawie postępowania antymonopolowego. Jeżeli postępowanie takie zostało wszczęte, to powinno zostać umorzone na podstawie art. 105 k.p.a. jako bezprzedmiotowe¹²¹.

Sądy powinny uwzględniać art. 3 Ustawy z własnej inicjatywy (tj. nawet w tych wypadkach, gdy przedsiębiorca nie powołał się na ten przepis w odwołaniu od decyzji Prezesa UOKiK). W przeciwnym bowiem wypadku w obrocie funkcjonowałoby rozstrzygnięcie organu antymonopolowego sprzeczne z prawem. Stwierdzenie przez sąd, iż art. 3 Ustawy znajduje zastosowanie w określony stanie faktycznym, powinno skutkować uchyleniem decyzji Prezesa UOKiK w całości lub odpowiedniej części¹²².

Art. 4. [Słownik terminów ustawowych]

Ilekcroć w ustawie jest mowa o:

- 1) przedsiębiorcy – rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także:**
 - a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej,**
 - b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,**
 - c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13,**
 - d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2, z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji;**
- 2) związkach przedsiębiorców – rozumie się przez to izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, o których mowa w pkt 1, jak również związki tych organizacji;**

¹²¹ Tak również D. Miąsik (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 61.

¹²² Na konieczność uchylenia decyzji wskazuje także D. Miąsik (tamże).

- 3) przedsiębiorcy dominującym – rozumie się przez to przedsiębiorcę, który posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad innym przedsiębiorcą;
- 3a) osobie zarządzającej – rozumie się przez to kierującego przedsiębiorstwem, w szczególności osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy;
- 4) przejęciu kontroli – rozumie się przez to wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:
 - a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
 - b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
 - c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
 - d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
 - e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
 - f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę;
- 5) porozumieniach – rozumie się przez to:
 - a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
 - b) uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
 - c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych;
- 6) (uchylony);
- 7) towarach – rozumie się przez to rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane;
- 8) cenach – rozumie się przez to ceny, jak również opłaty o charakterze cen, marże handlowe, prowizje i narzuty do cen;
- 9) rynku właściwym – rozumie się przez to rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich

- nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji;
- 10) pozycji dominującej – rozumie się przez to pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%;
 - 11) konkurentach – rozumie się przez to przedsiębiorców, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym;
 - 12) konsumencie – rozumie się przez to konsumenta w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121 i 827 oraz z 2015 r. poz. 4);
 - 13) organizacjach konsumenckich – rozumie się przez to niezależne od przedsiębiorców i ich związków organizacje społeczne, do których zadań statutowych należy ochrona interesów konsumentów; organizacje konsumenckie mogą prowadzić działalność gospodarczą na zasadach ogólnych, o ile dochód z działalności służy wyłącznie realizacji celów statutowych;
 - 14) grupie kapitałowej – rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę;
 - 15) (uchylony);
 - 16) przeciętnym wynagrodzeniu – rozumie się przez to przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw za ostatni miesiąc kwartału poprzedzającego dzień wydania decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ogłaszane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie odrębnych przepisów;
 - 16a) roku obrotowym – rozumie się przez to rok obrotowy w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2013 r. poz. 330, z późn. zm.);
 - 17) tajemnicy przedsiębiorstwa – rozumie się przez to tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.);
 - 18) Prezesie Urzędu – rozumie się przez to Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów;
 - 19) (uchylony);
 - 20) rozporządzeniu nr 1/2003/WE – rozumie się przez to rozporządzenie Rady nr 1/2003/WE z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie re-

guł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu WE (Dz. Urz. UE L 1 z 04.01.2003, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 08, t. 02, str. 205);

- 21) rozporządzeniu nr 139/2004/WE – rozumie się przez to rozporządzenie Rady nr 139/2004/WE z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorców (Dz. Urz. UE L 024 z 29.01.2004, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 08, t. 03, str. 40);
- 22) rozporządzeniu nr 2006/2004/WE – rozumie się przez to rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2006/2004/WE z dnia 27 października 2004 r. w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów („Rozporządzenie w sprawie współpracy w dziedzinie ochrony konsumentów”) (Dz. Urz. UE L 364 z 09.12.2004).

1. Przedsiębiorca – art. 4 pkt 1

1.1. Uwagi wprowadzające

Dla potrzeb stosowania prawa konkurencji polski ustawodawca sformułował specyficzną definicję przedsiębiorcy, obejmującą krąg podmiotów uznawanych za przedsiębiorców szerszy niż przykładowo k.c. czy u.s.d.g. Celem, jakim kierował się ustawodawca, było niewątpliwie objęcie przepisami prawa jak największej liczby podmiotów, które uczestnicząc w obrocie gospodarczym, mogą wpływać na intensywność i charakter konkurencji. Takie rozumienie intencji ustawodawcy potwierdzał wielokrotnie SN, odwołując się do celów Ustawy wyrażonych w jej art. 1. Rozstrzygając, czy określonej kategorii podmiotów można na gruncie Ustawy przypisać status przedsiębiorcy, Sąd Najwyższy przywoływał argument, że rolą Ustawy jest podejmowanie w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów, a więc kształtowanie warunków rozwoju i ochrony konkurencji jako dobra publicznego, żeby zaś cele te osiągnąć, Ustawa musi obejmować **wszystkich rzeczywistych uczestników obrotu gospodarczego**¹²³. I taka też jest ustawowa definicja przedsiębiorcy – jest nim **każdy podmiot rzeczywiście występujący na rynku z ofertą zakupu lub sprzedaży towarów**¹²⁴ (lub z taką ofertą mogący wystąpić), bez względu na to, czy status „przedsiębiorcy” przysługuje mu z mocy innych przepisów prawa. Nie ma też znaczenia to, czy jego obecność na rynku lub zamiar uczestniczenia w nim jest realizacją jego podstawowej funkcji – działalności gospodarczej, czy też jest motywowany innymi względami.

¹²³ Przykładowo: wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 22/04, Dz. Urz. UOKiK Nr 4, poz. 328; wyrok SN z dnia 6 grudnia 2007 r., III SK 16/07, Dz. Urz. UOKiK z 2008 r. Nr 2, poz. 21.

¹²⁴ Zob. ustawowe rozumienie kategorii towarów – komentarz do art. 4 pkt 7.

Dla realizacji opisanych powyżej celów w Ustawie wprowadzono autonomiczną definicję przedsiębiorcy. **Definicja ta wyznacza zakres podmiotowy Ustawy.** Ustawodawca wyszczególnił w niej kategorie podmiotów zaliczanych do przedsiębiorców. Są nimi przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także:

- a) osoby fizyczne, osoby prawne, a także jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, organizujące lub świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej;
- b) osoby fizyczne wykonujące zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzące działalność w ramach wykonywania takiego zawodu;
- c) osoby fizyczne, które mają kontrolę w rozumieniu Ustawy nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziły działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmują działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13 Ustawy;
- d) związki przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 2 Ustawy, z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji.

Treść omawianego przepisu wskazuje, że o ile wobec podmiotów wymienionych w jego zdaniu pierwszym (przedsiębiorców w rozumieniu ustawy o swobodzie gospodarczej), a także wobec przedsiębiorców zdefiniowanych w punktach: a (jednostek organizujących lub świadczących usługi o charakterze użyteczności publicznej, nie będących działalnością gospodarczą) i b (osób fizycznych wykonujących zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzących działalność w ramach tego zawodu) Ustawa ma zastosowanie w pełnym zakresie, o tyle inaczej jest w stosunku do podmiotów wymienionych w punkcie c (osób fizycznych mających kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, nawet gdy same nie prowadzą działalności gospodarczej a podejmujących dalsze działania mające charakter koncentracji definiowanej w art. 13) i d (związków przedsiębiorców). W stosunku do podmiotów wymienionych w punkcie c Ustawa ma zastosowanie jedynie w zakresie przepisów odnoszących się do kontroli koncentracji, natomiast wobec związków przedsiębiorców – kategorii definiowanej w punkcie d omawianego przepisu – to właśnie przepisy dotyczące koncentracji ulegają wyłączeniu.

W tym miejscu konieczna jest też uwaga o odmienności pojęć definiujących podmioty objęte zakresem polskiego prawa ochrony konkurencji i prawa europejskiego (w znaczeniu prawa Unii Europejskiej). Ustawa operuje pojęciem przedsiębiorcy, natomiast w prawie europejskim, zwłaszcza w odpowiednich przepisach Traktatu, m.in. w art. 101 i 102 TFUE (a także właściwych regulacjach wtórnych) funkcjonuje termin *undertaking* – przedsiębiorstwo. „Podczas gdy w prawie polskim termin ten [przedsiębiorstwo – przyp. E.S.] na ogół występuje w znaczeniu przedmiotowym,

jego charakter w prawie europejskim jest trudny do jednoznacznego określenia. Według jednej z jego interpretacji, pojęcie to ma charakter zbliżony do przedmiotowej definicji przedsiębiorstwa znanej polskiemu prawu cywilnemu. Od przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ k.c. odróżnia je element podmiotowy. Przedsiębiorstwo w prawie europejskim [...] występuje jako ośrodek decyzyjny. Jedną z jego podstawowych cech jest zdolność do samodzielnego podejmowania decyzji rynkowych. Uznano, że wspólnotowe pojęcie przedsiębiorstwa zostało użyte w charakterze podmiotowym, co czyni z niego odpowiednik pojęcia przedsiębiorcy w polskim systemie prawnym¹²⁵.

1.2. Przedsiębiorcy w przepisach o swobodzie działalności gospodarczej – art. 4 pkt 1 zdanie pierwsze

Pierwszą, w praktyce najobszerniejszą grupą podmiotów, które w świetle przepisów Ustawy są zaliczane do przedsiębiorców, są przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Wprawdzie Ustawa wprost nie odwołuje się do konkretnych przepisów, jednak nie ma wątpliwości, że chodzi o ustawę z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 584 z późn. zm.).

Zgodnie z przepisem art. 4 ust. 1 u.s.d.g., przedsiębiorcami są: osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca **we własnym imieniu** działalność gospodarczą. W myśl przepisu art. 4 ust. 2 u.s.d.g., za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywania przez nich działalności gospodarczej. Działalność gospodarcza jest definiowana w art. 2 u.s.d.g. Jest nią **zarobkowa** działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób **zorganizowany i ciągły**.

Za przedsiębiorcę uznaje się więc podmiot, który spełnia łącznie określone tymi przepisami kryteria:

- 1) jest osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, bądź osobą będącą wspólnikiem spółki cywilnej wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą (kryterium podmiotowe);
- 2) w celach zarobkowych, w sposób zorganizowany i ciągły prowadzi działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową, związaną z pozyskiwaniem kopalin ze złóż lub działalność zawodową (kryterium przedmiotowe).

¹²⁵ Tak, przywołując poglądy innych autorów: G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i unijnym prawie konkurencji*, Warszawa 2009, s. 59 i n.

1.2.1. Kryterium podmiotowe

Zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie dominuje pogląd, że **osoba fizyczna** może być przedsiębiorcą, jeżeli ma pełną zdolność do czynności prawnych w rozumieniu art. 11 k.c. A taką zdolność do czynności prawnych mają osoby pełnoletnie i nieubezprawnowolnione. One bowiem mogą we własnym imieniu i prawnie skutecznie podejmować czynności związane z prowadzeniem działalności gospodarczej¹²⁶. Z prawnego punktu widzenia osoby fizyczne mogą podjąć działalność z chwilą złożenia wniosku o wpis do ewidencji działalności gospodarczej. Osobami fizycznymi wykonującymi działalność gospodarczą są również osoby prowadzące działalność zawodową, w tym w ramach tzw. wolnych zawodów. Osoby te są w Ustawie dwukrotnie kwalifikowane do kręgu przedsiębiorców – w przepisie art. 4 pkt 1 zdanie pierwsze oraz w przepisie art. 4 pkt 1 lit. b. W zakresie prowadzonej wspólnie działalności gospodarczej przedsiębiorcami są także osoby fizyczne będące współnikami spółki cywilnej, o czym jednoznacznie rozstrzyga przepis art. 4 ust. 2 u.s.d.g. Przedsiębiorcą nie jest natomiast sama **spółka cywilna**¹²⁷. Spółka cywilna jest wyłącznie stosunkiem obligacyjnym, jaki może zostać ukształtowany przez jej współników na zasadach i warunkach określonych w art. 860 i n. k.c. Skoro więc spółka cywilna na gruncie u.s.d.g. nie ma statusu przedsiębiorcy, nie ma go również w przepisach komentowanej Ustawy.

Osobami prawnymi, jak stanowi art. 33 k.c., są Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną.

Z mocy właściwych ustaw osobowość prawną uzyskują jednostki samorządu terytorialnego: **gminy** (art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 446), **powiaty** (art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 814), **województwa** (art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 486 z późn. zm.), a także **szkoły wyższe i ich związki** (art. 18 i 28 ust. 2 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym, tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 572 z późn. zm.). Na podstawie wpisu do odpowiedniego rejestru status przedsiębiorcy uzyskują: **kapitałowe spółki prawa handlowego** – akcyjne i z ograniczoną odpowiedzialnością, **spółki europejskie, przedsiębiorstwa państwowe, spółdzielnie, spółdzielnie europejskie, jednostki badawczo-rozwojowe,**

¹²⁶ Tak np. C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 38. W doktrynie wyrażany jest też pogląd, że osoba fizyczna niepełnoletnia lub ubezprawnowolniona może być uznawana za przedsiębiorcę, pod warunkiem jednak, że w obrocie prawnym reprezentuje ją przedstawiciel ustawowy – por. P. Zaporowski, *Czy przedsiębiorcą może być osoba fizyczna niemająca pełnej zdolności do czynności prawnych?*, Palestra 2006, nr 7–8, s. 37.

¹²⁷ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa...*, s. 31; K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 89; G. Materna (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2009, s. 105.

przedsiębiorstwa zagraniczne, towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych (art. 36 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 687 z późn. zm.). W zakresie prowadzonej działalności gospodarczej przedsiębiorcami są również **stowarzyszenia, fundacje, spółki wodne, organizacje społeczne wyposażone w osobowość prawną, związki zawodowe**, nawet jeżeli działalność ta nie jest głównym celem ich istnienia¹²⁸. Przymiot przedsiębiorcy mają też **instytucje kościelne** prowadzące działalność gospodarczą¹²⁹.

W orzecznictwie i w doktrynie istnieją znaczne rozbieżności co do statusu **Skarbu Państwa**. W świetle jednego ze stanowisk Skarb Państwa nie jest przedsiębiorcą – przymiot przedsiębiorcy mają jedynie te jego jednostki organizacyjne, którym ustawa przypisuje określone zadania związane z gospodarowaniem jego majątkiem. Bowiem Skarb Państwa organizacyjnie nie istnieje, jest tylko pojęciem umownym. Argumentuje się więc, że Skarb Państwa prowadzi działalność za pomocą swoich jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej (tzw. *stationes fisci*) i organów tych jednostek. To te jednostki i ich organy występują w obrocie prawnym, podejmują za Skarb Państwa czynności procesowe¹³⁰. Według innych orzeczeń i poglądów Skarb Państwa ma przymiot przedsiębiorcy i to Skarb Państwa obciąża odpowiedzialność za działania jego jednostek organizacyjnych¹³¹. Rozbieżności te dobrze ilustruje dyskusja co do możliwości przypisania charakteru przedsiębiorcy **Lasom Państwowym**. W orzecznictwie antymonopolowym pojawia się pogląd, że to Lasom Państwowym (nie zaś Skarbowi Państwa) przysługuje status przedsiębiorcy. Uznaje się bowiem, że Lasy Państwowe są takim *stationes fisci* Skarbu Państwa. Zgodnie z art. 4 ustawy dnia 28 września 1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2100 z późn. zm.), lasami stanowiącymi własność Skarbu Państwa zarządza Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe. Lasy Państwowe nie posiadają osobowości prawnej, reprezentują Skarb Pań-

¹²⁸ Zob. wskazywane dalej orzecznictwo polskich organów antymonopolowych; tak też: E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa...*, s. 32 i n.; K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 88 i n.; G. Materna (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2009, s. 108.

¹²⁹ Zob. wskazywane dalej orzecznictwo polskich organów antymonopolowych.

¹³⁰ Uchwała SN z dnia 18 czerwca 1991 r., III CZP 40/91, OSNC 1992, nr 2, poz. 17; wyrok SN z dnia 9 października 2003 r., I CK 134/02, LEX nr 146368; tak też w kwestiach związanych z zastosowaniem regulacji odnoszących się do kontroli koncentracji K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 504; identycznie również UOKiK: „Skarb Państwa nie jest w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów traktowany jako przedsiębiorca, spółki należące do niego nie stanowią więc grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy, obowiązek zgłoszenia nie podlega więc wyłączeniu na podstawie art. 14 pkt 5 ustawy” – Wyjaśnienia UOKiK. Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji dokonywanej z udziałem spółek skarbu Państwa – interpretacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

¹³¹ Np. wyrok SN z dnia 5 listopada 2008 r., III SK 5/08, Dz. Urz. UOKiK z 2009 r. Nr 3, poz. 27; wyrok SA w Warszawie z dnia 17 października 2007 r., VI ACa 856/07, niepubl.; wyrok SOKiK z dnia 21 stycznia 2011 r., AmA 115/10, niepubl., oraz wyrok SA w Warszawie z dnia 17 listopada 2011 r., VI ACa 626/11, niepubl. Tak też G. Materna: „w obowiązującym stanie prawnym [...] działalność Lasów Państwowych obciąża Skarb Państwa jako przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 UOKiK” – G. Materna (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2009, s. 112.

stwa w zakresie zarządzanego mienia (art. 32 ust. 1 ustawy o lasach). Lasy Państwowe prowadzą gospodarkę leśną na zasadzie samodzielności finansowej i pokrywają swoje zobowiązania z własnych przychodów (art. 50 ustawy o lasach). Naruszanie przez Lasy Państwowe i ich jednostki organizacyjne przepisów Ustawy stwierdzano w wielu decyzjach Prezesa Urzędu i orzeczeniach sądów¹³². W innych zaś orzeczeniach organów antymonopolowych adresatem postanowień decyzji lub wyroków był Skarb Państwa, reprezentowany przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe¹³³. W kwestii tej za przekonujące należy uznać stanowisko wyrażone w orzeczeniu Sądu Najwyższego, który za przesądzający uznał przepis art. 32 ust. 1 ustawy o lasach¹³⁴. To właśnie fakt, że „Lasy Państwowe jako jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej reprezentują Skarb Państwa w zakresie zarządzanego mienia”, sprawia, że to Skarb Państwa, a nie Lasy Państwowe jest przedsiębiorcą. „Nie może być wątpliwości, że Lasy Państwowe, które z kolei dzielą się na wewnętrzne jednostki organizacyjne, w tym regionalne dyrekcje Lasów Państwowych (art. 32 ust. 2), nie zostały wyposażone w cechę, którą musi posiadać przedsiębiorca – omawianą wyżej cechę zdolności prawnej do wykonywania we własnym imieniu działalności gospodarczej”¹³⁵. Należy zatem podzielić pogląd, że na potrzeby postępowań prowadzonych na podstawie Ustawy to Skarb Państwa trzeba uznać za przedsiębiorcę w sprawach dotyczących działalności prowadzonej w jego imieniu przez jego jednostki organizacyjne¹³⁶. Na zasadzie analogii pogląd ten można stosować także do innych jednostek organizacyjnych Skarbu Państwa prowadzących działalność gospodarczą.

W obrocie prawnym występują też jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawy przyznają zdolność prawną. W tej grupie podmiotów najliczniej występują spółki prawa handlowego – **spółki jawne, partnerskie, komandytowe, komandytowo-akcyjne**. Ale nie tylko spółki osobowe. Również **spółki kapitałowe w organizacji** – spółki niebędące osobą prawną, ale wyposażone w zdolność prawną. Konstrukcja tej części definicji u.s.d.g. pozwala uznać za przedsiębiorcę każdy podmiot, który ma zdolność prawną, w tym np. **wspólnoty mieszkaniowe czy stowarzyszenia zwykłe** – mogą one bowiem nabywać prawa i zaciągać zobowiązania, pozywać i być

¹³² Tak np.: decyzja z dnia 30 grudnia 2005 r., RWR-74/2005; decyzja z dnia 20 marca 2008 r., RGD-9/2008; decyzja z dnia 29 grudnia 2008 r., DOK-9/2008; wyrok SOKiK z dnia 13 listopada 1996 r., XVII Amr 41/96, Wokanda 1997, nr 12, s. 54; wyrok SOKiK z dnia 9 stycznia 2002 r., XVII AmA 39/01, Wokanda 2003; wyrok SOKiK z dnia 12 września 2002 r., XVII AmA 101/01, Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 242; wyrok SOKiK z dnia 19 grudnia 2006 r., XVII AmA 26/06, niepubl.

¹³³ Wyrok SOKiK z dnia 21 stycznia 2011 r., AmA 115/10, niepubl., i wyrok SA w Warszawie z dnia 17 listopada 2011 r., VI ACa 626/11, niepubl. Z innych orzeczeń (zapadłych nie na gruncie u.o.k.k.): uchwała SN z dnia 23 stycznia 2004 r., III CZP 104/03, OSNC 2005, nr 4, poz. 60.

¹³⁴ Wyrok SN z dnia 5 listopada 2008 r., III SK 5/08, OSNP 2010, nr 11–12, poz. 152.

¹³⁵ Tamże.

¹³⁶ G. Materna (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 82.

pozywanymi¹³⁷. Samodzielnej zdolności prawnej nie mają natomiast **konsorcja** (podobnie jak i inne podmioty powstałe na podstawie umów między osobami fizycznymi lub prawnymi, mającymi na celu realizację wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego, które jednak nie są umową spółki w rozumieniu ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1578 z późn. zm.), **spółki ciche** i **spółki cywilne** (w przypadku obu ostatnich spółek przedsiębiorcami są lub mogą być jedynie wspólnicy – zob. wyżej).

1.2.2. Kryterium przedmiotowe – prowadzenie działalności gospodarczej

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej bardzo szeroko zakreśla rodzaje czynności, jakie mają charakter działalności gospodarczej. W konsekwencji po spełnieniu kryterium podmiotowego oraz cech przypisywanych działalności gospodarczej krąg osób mieszczących się w definicji przedsiębiorcy jest szeroki.

Zgodnie z przepisami u.s.d.g., cechami konstytutywnymi działalności gospodarczej są: prowadzenie jej we własnym imieniu, w celach zarobkowych, w sposób zorganizowany i ciągły. Wszystkie te cechy aktywności gospodarczej muszą być spełnione łącznie, aby określona działalność mogła być kwalifikowana jako działalność gospodarcza.

Wymóg prowadzenia działalności **we własnym imieniu** wyklucza z kręgu przedsiębiorców **pracowników** i **pełnomocników**. Działają oni bowiem w imieniu i na rzecz pracodawcy lub mocodawcy. Jednakże u.s.d.g. pozwala na przypisanie statusu przedsiębiorcy **komisantowi** i **agentowi**. Zarówno agent, jak i komisant prowadzą bowiem własną działalność gospodarczą. Zawieranie umów, których przedmiotem jest stałe pośredniczenie przy zawieraniu umów oznaczonego rodzaju, następuje w celach zarobkowych, za wynagrodzeniem w postaci prowizji. Jest, co prawda, dokonywane na cudzy rachunek, lecz we własnym imieniu (art. 765 k.c. w odniesieniu do komisanta oraz art. 758 § 1 k.c. w odniesieniu do agenta)¹³⁸. We własnym imieniu i na włas-

¹³⁷ Status prawny wspólnot mieszkaniowych i stowarzyszeń zwykłych, zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie jest jednolicie postrzegany. W wyroku z dnia 25 września 2002 r., XVII Ama 104/01, niepubl., SOKiK uznał, że wspólnota mieszkaniowa nie posiada statusu przedsiębiorcy (nie ma uprawnień do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego), zarządzając bowiem częścią wspólną nieruchomości, nie prowadzi związanej z tym zarządem działalności gospodarczej. Jednakże w przypadku gdy wspólnota mieszkaniowa uczestniczy w obrocie gospodarczym, prowadząc zarobkową działalność np. w zakresie zaopatrywania w media (wodę, ciepło) innych odbiorców, jest przedsiębiorcą – zob. decyzja Prezesa z dnia 20 października 2005 r., RKR-60/2005. Podobnie, jak sądzimy, należy postrzegać zastosowanie Ustawy wobec stowarzyszeń zwykłych. Chociaż jest mało prawdopodobne, aby podmioty te prowadziły działalność spełniającą przesłanki działalności gospodarczej w rozumieniu u.s.d.g. – prowadzenia działalności gospodarczej zakazuje im wprost art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1393 z późn. zm.) – to jednak nie można wykluczyć, że i one podejmą ubocznie działalność skutkującą ich profesjonalnym uczestnictwem w rynku.

¹³⁸ W.J. Katner, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa 2003, s. 30.

ny rachunek, ponosząc ryzyko gospodarcze prowadzonej działalności, działa **franczyzobiorca**¹³⁹. W rozumieniu u.s.d.g. nie są natomiast przedsiębiorcami **oddziały przedsiębiorcy zagranicznego** działające na terytorium RP, ponieważ nie mają odrębnej od przedsiębiorcy zagranicznego zdolności prawnej, a więc nie mogą wykonywać działalności gospodarczej w imieniu własnym. Są one jedynie wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie częścią przedsiębiorcy zagranicznego¹⁴⁰. Przedsiębiorcami są natomiast **główne oddziały zagranicznego zakładu ubezpieczeń** – posiadają one zdolność prawną nadaną przez przepis prawa – art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, Dz. U. poz. 1844 z późn. zm.)¹⁴¹.

Drugą z istotnych cech działalności gospodarczej jest jej prowadzenie w **celach zarobkowych**. Przyjmuje się, że przedsiębiorca, dokonując rejestracji swej działalności, zakłada, że ta działalność przyniesie zarobek, rozumiany jako nadwyżka przychodu ponad poniesione koszty. W opinii niektórych komentatorów u.s.d.g. sam fakt rejestracji „obiektywizuje” cel podjęcia działalności – znaczenie traci subiektywne odczucie, zamiar osoby prowadzącej określoną działalność¹⁴². Ma to szczególne znaczenie wobec faktu, że działalność gospodarcza nie zawsze prowadzi do osiągnięcia zarobku – może przynieść stratę. Taka sytuacja nie ma jednak wpływu na status tego podmiotu – zachowuje on przymiot przedsiębiorcy¹⁴³. Do niedawna w doktrynie i w orzecznictwie dominował pogląd, że dla uznania działalności za zarobkową rozstrzygająca jest intencja osiągania zysku, zarobku. Stanowisko, że cel zarobkowy jest istotą działalności gospodarczej, znajdujemy w orzeczeniach Sądu Najwyższego¹⁴⁴. Współcześnie coraz powszechniejsze jest przekonanie, że wyznacznikiem gospodarczego charakteru działalności jest podporządkowanie zasadom racjonalnego gospodarowania i uczestnictwo w obrocie gospodarczym¹⁴⁵. O zarobkowym charakterze działalności świadczyć powinno to, iż jest to działalność odpłatna, wykonywana za wynagrodzeniem, służąca zaspokojeniu cudzych potrzeb¹⁴⁶.

¹³⁹ Wyrok NSA z dnia 21 stycznia 1998 r., I SA/Kr 507/97, LEX nr 32135.

¹⁴⁰ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie...*, s. 39; M. Szydło, *Charakter prawny oddziałów przedsiębiorców zagranicznych*, Glosa 2004, nr 12, s. 19; inaczej W.J. Katner, *Prawa mniejszości w spółkach kapitałowych*, PPH 2002, nr 3, s. 151, twierdzący, że sam wpis oddziału przedsiębiorcy zagranicznego do KRS należy traktować jak wpis przedsiębiorcy zagranicznego.

¹⁴¹ Postanowienie SN z dnia 10 grudnia 2004 r., III CK 55/04, ONSC 2005, nr 12, poz. 212.

¹⁴² M. Szydło, *Pojęcie działalności gospodarczej na gruncie nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, PS 2005, nr 2, s. 41.

¹⁴³ Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92, OSNC 1993, nr 5, poz. 79, stwierdził, że fakt dotowania przedsiębiorstw państwowych nie pozbawia wykonywanej przez nie działalności charakteru zarobkowego.

¹⁴⁴ Uchwała SN z dnia 18 czerwca 1991 r., III CZP 40/91, OSNC 1992, nr 2, poz. 17; uchwała SN z dnia 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/01, OSNC 2002, nr 9, poz. 106.

¹⁴⁵ Tak G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 74 i n.

¹⁴⁶ K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 93.

Na gruncie u.s.d.g. nie będzie przedsiębiorcą podmiot, który prowadzi działalność nie w celach zarobkowych – ma zamiar prowadzić **działalność non profit**. Taką przykładowo działalnością może być działalność charytatywna, społeczna lub kulturalna. Podmiot taki jednakże, jeżeli uczestniczy w obrocie gospodarczym, będzie przedsiębiorcą w rozumieniu Ustawy¹⁴⁷. Podobnie jak osoba lub jednostka prowadząca **działalność non for profit** (osiągająca zarobek, jednakże w całości przeznaczająca go na realizację celów statutowych), z tą jednak różnicą, że będzie miała przymiot przedsiębiorcy zarówno na gruncie u.s.d.g., jak i Ustawy. Przedsiębiorcą jest też **spółdzielnia mieszkaniowa**¹⁴⁸.

W kwestii kolejnego kryterium kwalifikującego działalność do działalności gospodarczej – jej **zorganizowanego charakteru** – i w doktrynie, i w orzecznictwie funkcjonuje wiele stanowisk co do stopnia zorganizowania działalności wystarczającego dla uznania, że spełnia ona wymogi ustawowe. Obok opinii, że już sam wybór formy jej prowadzenia (działalności osobistej, w formie określonej spółki, spółdzielni itd.) jest przesądający dla uznania określonej działalności za zorganizowaną¹⁴⁹, a także twierdzenia, że takim wystarczającym przejawem zorganizowania jest dochowanie wszystkich wymogów formalnych związanych z prowadzeniem działalności (wpisu do ewidencji lub rejestru, uzyskania koniecznych koncesji lub zezwoleń, numeru Regon i NIP, wskazania siedziby, zawarcia umowy rachunku bankowego itd.)¹⁵⁰, wyrażany jest też pogląd, że zorganizowanie należy wiązać z istnieniem przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 55¹ k.c., a „każdy wykonujący działalność gospodarczą czyni to przy wykorzystaniu przedsiębiorstwa, choć oczywiście poszczególne przedsiębiorstwa różnią się, i to niekiedy dość znacznie, elementami składowymi i stopniem zorganizowania”¹⁵¹. W piśmiennictwie słusznie zwraca się jednak uwagę, że „dysponowanie przedsiębiorstwem nie zawsze jest konieczne do zarabkowania”¹⁵².

Przesłankę **ciągłości** spełnia niewątpliwie działalność prowadzona w sposób powtarzalny i regularny. Jednak w kwestii, czy na gruncie u.s.d.g. przesłankę tę spełnia

¹⁴⁷ Na gruncie Ustawy przedsiębiorcą jest np. Stowarzyszenie Autorów ZAiKS – wyrok SA w Warszawie z dnia 29 listopada 2006 r., VI ACa 504/06, Dz. Urz. UOKiK z 2007 r. Nr 2, poz. 25: „Niezarobkowy cel działalności powodowego Stowarzyszenia, jak również innych polskich OZZ [organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi – przyp. E.S.] nie przesądza o braku ich antymonopolowej podmiotowości”. Kwestię tę rozstrzygał też SN (wyrok z dnia 6 grudnia 2007 r., III SK 16/07, Dz. Urz. UOKiK z 2008 r. Nr 2, poz. 21), który stwierdził: „Nie ulega wątpliwości, że [...] Stowarzyszenie ZAiKS prowadzi we własnym imieniu zawodową działalność usługową w sposób zorganizowany i ciągle i w ten sposób uczestniczy w obrocie gospodarczym”.

¹⁴⁸ Możliwość prowadzenia przez spółdzielnie mieszkaniowe działalności gospodarczej przewiduje art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1222 z późn. zm.).

¹⁴⁹ W.J. Katner, *Prawo działalności...*, s. 21.

¹⁵⁰ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie...*, s. 27.

¹⁵¹ Uchwała SN z dnia 23 lutego 2005 r., III CZP 88/04, OSNC 2006, nr 1, poz. 5.

¹⁵² G. Materna (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2009, s. 119.

działalność sporadyczna, incydentalna, a tym bardziej jednorazowa, w orzecznictwie istnieją znaczące rozbieżności¹⁵³. I w tej kwestii opowiadamy się za najszerszym rozumieniem tej cechy działalności gospodarczej. Dla potrzeb stosowania Ustawy do kręgu przedsiębiorców powinny być kwalifikowane wszystkie podmioty uczestniczące w obrocie gospodarczym, choćby po to, by wyeliminować problem granic, tj. określenia, jak długo (intensywnie) ma być prowadzona działalność, by dany podmiot stał się „przedsiębiorcą”. Jest to dodatkowo zasadne, bo przecież nie można wykluczyć, że podmiot podejmujący działalność sporadycznie lub jednorazowo będzie uczestniczyć w zakazanych porozumieniach albo dopuści się stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Nie można tym bardziej wykluczyć możliwości zakwalifikowania jako ciągłej działalności podejmowanej sezonowo.

Przepis art. 2 u.s.d.g. wskazuje **rodzaje działalności**, które jeżeli są wykonywane zarobkowo, w sposób zorganizowany i ciągły, są zaliczane do działalności gospodarczej. Są to: działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze zbóż, a także działalność zawodowa. Mimo iż redakcja tego przepisu zdaje się wskazywać na to, że jest to katalog zamknięty (w treści przepisu nie zawarto przykładowo sformułowania „w szczególności”), to w doktrynie słusznie przyjmuje się, że nie jest on wyczerpujący¹⁵⁴. Zarówno w orzecznictwie organów antymonopolowych, polskich oraz zagranicznych (gdy definiowany jest rynek produktowy), jak i w systematycznych wykazach rodzajów działalności – w Polsce PKD (Polska Klasyfikacja Działalności) i PKWiU (Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług), a w Unii Europejskiej NACE (*Nomenclature Statistique des Activites Economiques*) oraz CPA rev. 2.1 (*Statistical Classification of Products by Activity, version 2.1*) stwierdza się istnienie znacząco szerszej gamy rodzajów działalności gospodarczej. W Polsce szczegółowy katalog działalności gospodarczej zawiera PKD (ustalony rozpo-

¹⁵³ Poniższe orzeczenia zapadły wprawdzie w związku ze stosowaniem prawa podatkowego, nie zaś prawa ochrony konkurencji, jednak dobrze ilustrują taką interpretację pojęcia przedsiębiorcy, że i czynność jednorazowo przeprowadzona przez osobę fizyczną kwalifikuje ją do grona przedsiębiorców – por. orzeczenia NSA w sprawach uznania za przedsiębiorców nieprowadzących działalności gospodarczej właścicieli działek powstałych z podziału większej nieruchomości w przypadku ich sprzedaży różnym nabywcom (i zasadności opodatkowania VAT): wyrok WSA w Olsztynie z dnia 9 marca 2006 r., I SA/Ol 10/06, ZNSA 2006, nr 3, poz. 120: „Małżonkowie, którzy podzielili gospodarstwo, przygotowali je do sprzedaży, a następnie zbyli różnym osobom w różnym czasie, wykonywali działalność gospodarczą”; wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2006 r., III SA/Wa 3885/06, M. Pod. 2007, nr 2, s. 36: „Sprzedaży kilku lub więcej działek, jeżeli stanowią one majątek osobisty podatnika i nie służą działalności gospodarczej nie można uznać za taką działalność”; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 6 września 2006 r., I SA/Wr 1254/05, LEX nr 26595: „Aby wykorzystywanie prywatnego majątku osoby fizycznej mogło stanowić działalność gospodarczą, niezbędne jest wykonywanie określonych czynności do celów zarobkowych w sposób ciągły”; wyrok NSA z dnia 29 października 2007 r., I FPS 3/07, ONSA WSA 2008, nr 1, poz. 8: „Sama częstotliwość wykonywania czynności polegającej na sprzedaży działek budowlanych nie decyduje o byciu podatnikiem VAT (byciu przedsiębiorcą)”.

¹⁵⁴ Tak też: K. Kohutek (w.): K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 91; G. Materna (w.): T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2009, s. 115.

rzządzeniem Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Kwalifikacji Działalności, Dz. U. Nr 251, poz. 1885 z późn. zm.). Dla określenia rodzaju działalności polegających na świadczeniu usług stosowana jest posiłkowo PKWiU (rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, Dz. U. poz. 1676). Należy podkreślić, że i te klasyfikacje nie wyczerpują wszelkich możliwych rodzajów działalności (większość podkategorii PKD i PKWiU kończy pozycja „inne, nigdzie indziej nieklasyfikowane”)¹⁵⁵. Reasumując, trzeba stwierdzić, że wszelka działalność, nawet nie ujęta wprost w wyżej wskazanych klasyfikacjach, jest działalnością gospodarczą, jeżeli jest wykonywana zarobkowo, w sposób zorganizowany i ciągły. A podmiot taką działalność wykonujący we własnym imieniu jest przedsiębiorcą.

Jednym z rodzajów działalności wskazanych w art. 2 u.s.d.g. jako mająca charakter działalności gospodarczej jest **działalność zawodowa**. Przyjmuje się, że w niniejszej kategorii mieszczą się aktywności osób fizycznych określane jako „wolne zawody” i inne rodzaje działalności profesjonalnej¹⁵⁶. Lista takich zawodów z pewnością jest bardzo długa. W charakterze przykładu można wymienić zawody wskazywane w art. 88 k.s.h. jako takie, którym przysługuje uprawnienie uczestnictwa w spółkach partnerskich. Do takich zawodów zalicza się: adwokata, aptekarza, architekta, inżyniera budownictwa, biegłego rewidenta, brokera ubezpieczeniowego, doradcy podatkowego, maklera papierów wartościowych, doradcy inwestycyjnego, księgowego, lekarza, lekarza dentystry, lekarza weterynarii, notariusza, pielęgniarki, położnej, radcy prawnego, rzecznika patentowego, rzeczoznawcy majątkowego i tłumacza przysięgłego. Należy jednak podkreślić, że jeżeli profesjonalista uprawiający jeden z wyżej wskazanych zawodów (lub zawód inny, wymagający szczególnych uprawnień i kwalifikacji – zob. niżej pkt 3, komentarz do art. 4 pkt 1 lit. b) nie uprawia go w sposób zarobkowy, zorganizowany i ciągły, to nie prowadzi on działalności gospodarczej, a więc nie jest przedsiębiorcą.

Szczególne problemy związane są z **działalnością rolniczą i okołorolniczą**. Mimo iż działalności te spełniają zarówno podmiotowe, jak i przedmiotowe przesłanki kwalifikujące rolników do kategorii przedsiębiorców, to u.s.d.g. w art. 3 wyraźnie stwierdza, że jej przepisów nie stosuje się do:

- 1) działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego;
- 2) wynajmowania przez rolników pokoi, sprzedaży posiłków domowych i świadczenia w gospodarstwach rolnych innych usług związanych z pobytem turystów;

¹⁵⁵ Przykładem niech będzie następująca pozycja w dziale 96 PKWiU „Pozostałe usługi indywidualne”, gdzie po wymienieniu dziesiątek takich usług wskazano: „96.09.19.0 – Pozostałe różnorodne usługi, gdzie indziej niesklasyfikowane”.

¹⁵⁶ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 79.

- 3) wyrobu wina przez producentów będących rolnikami wyrabiającymi mniej niż 100 hektolitrow wina w ciągu roku gospodarczego;
- 4) działalności rolników w zakresie sprzedaży, o której mowa w art. 20 ust. 1c ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 361 z późn. zm.).

Przepis ten wywołuje kontrowersje w kwestii statusu na gruncie u.s.d.g. i Ustawy rolników i prowadzących działalność agroturystyczną, a także podmiotów produkujących wina w nieznacnej skali. Wyrażany jest więc pogląd, że rolnik nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu u.s.d.g. – może nim być, jeżeli spełni dodatkowe warunki: prowadzi rachunkowość według zasad obowiązujących przedsiębiorstwo, prowadzi tę działalność przez odpowiednio długi czas (co najmniej 12 miesięcy) i dokona, mającego konstytutywny charakter, wpisu do właściwego rejestru¹⁵⁷. W świetle innych poglądów rolnicy, jak i inne podmioty podejmujące i wykonujące działalność w sektorze rolnym, są przedsiębiorcami w rozumieniu przepisów u.s.d.g. jedynie wówczas, jeżeli prowadzą ją w formie spółki kapitałowej, spółdzielni lub stowarzyszenia¹⁵⁸. W tej kwestii podzielamy stanowisko, że wskazany wyżej przepis u.s.d.g. zawiera jedynie wyłączenie działalności rolniczej i działalności pokrewnych z zakresu reżimów u.s.d.g. Działalności te, o ile nie są wykonywane jedynie w celu zaspokojenia własnych potrzeb rolnika (i odpowiednio: leśnika, sadownika, rybaka śródlądowego, podmiotu prowadzącego gospodarstwo agroturystyczne, rolnika produkującego wino w ilości nie większej niż 100 hl rocznie, rolnika w zakresie sprzedaży, o której mowa w art. 20 ust. 1c u.p.d.o.f.) i jego rodziny, a więc gdy rolnik uczestniczy w obrocie gospodarczym – jest stroną transakcji rynkowych – mają wszystkie cechy działalności gospodarczej, określone w art. 2 i 4 u.s.d.g. Zatem i na potrzeby przepisów prawa konkurencji **rolnik jest przedsiębiorcą**¹⁵⁹.

1.2.3. Znaczenie wpisu

Należy przyjąć, że na gruncie Ustawy za przedsiębiorcę może być uznany **każdy podmiot** (również podmiot przygotowujący się do podjęcia działalności gospodarczej), **niezależnie od tego, czy jest już wpisany do właściwego rejestru (ewidencji)**¹⁶⁰. Cią-

¹⁵⁷ P. Bielski, *Zdolność upadłościowa prowadzącego we własnym (wspólnym) imieniu gospodarstwo rolne*, Rejent 2006, nr 1, s. 52.

¹⁵⁸ E. Kosiński, *Rolnictwo a publicznoprawna ochrona konkurencji w wybranych systemach prawnych*, cz. 1, KPPubl. 2005, nr 1–2, s. 183.

¹⁵⁹ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa...*, s. 59; E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa...*, s. 29; K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 96; G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 84 i 124; zob. też: uchwała SN z dnia 18 marca 1991 r., III CZP 9/91, OSNC 1991, nr 8–9, poz. 98; wyrok SOKiK z dnia 6 kwietnia 1994 r., XVII Amr 52/93, Wokanda 1994, nr 9, s. 67.

¹⁶⁰ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa...*, s. 58; M. Szydło, *Ewidencja działalności gospodarczej w nowej ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*, KPPubl. 2006, nr 3, s. 57; P. Kaczmarek, *Nowe zasady*

głe wykonywanie działalności gospodarczej jest uzależnione od wpisu do określonego rejestru, a brak wpisu powoduje jedynie, że działalność ta jest nielegalna¹⁶¹. Stanowisko to zostało także wyrażone w wielu orzeczeniach organów ochrony konkurencji¹⁶² i WSA¹⁶³. Taki też pogląd w tej kwestii jest prezentowany w piśmiennictwie¹⁶⁴.

1.3. Podmioty organizujące lub świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej – art. 4 pkt 1 lit. a

Dla potrzeb stosowania przepisów Ustawy przedsiębiorcami są również podmioty (osoby fizyczne, osoby prawne, a także jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym ustawy przyznają zdolność prawną) organizujące lub świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.

W polskim systemie prawa nie ma legalnej definicji „usług o charakterze użyteczności publicznej”.

Wiążącą wykładnię tego terminu, w odniesieniu do państwowych i komunalnych jednostek organizacyjnych wykonujących zadania o charakterze publicznym, zawiera uchwała Trybunału Konstytucyjnego, według której zadania o charakterze użyteczności publicznej należy rozumieć możliwie najszerzej i powinny być one utożsamiane z zadaniami z zakresu administracji rządowej i samorządowej. Do zadań tych należy zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa, w tym m.in.: zaopatrywanie w wodę, energię elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki,

ewidencji działalności gospodarczej, RPEiS 2005, z. 4, s. 87. Zob. też wyrok NSA z dnia 2 grudnia 1994, SA/Łd 741/94, LEX nr 26531. Trzeba zaznaczyć, że na gruncie u.s.d.g. w piśmiennictwie nie ma jednolitości poglądów w kwestii znaczenia wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) albo do Ewidencji Działalności Gospodarczej (EDG) dla statusu prawnego podmiotu niebędącego spółką kapitałową w organizacji, a podejmującego działalność gospodarczą. Rozbieżności stanowisk mają swe źródło w przepisie art. 14 ust. 1 u.s.d.g., stanowiącym, że przedsiębiorca może podjąć działalność po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców. Wyrażany jest więc pogląd, że wpis do odpowiedniego rejestru ma charakter konstytutywny, co oznacza, że nabycie statusu przedsiębiorcy jest warunkowane uzyskaniem wpisu. Pogląd przeciwny zawiera się w twierdzeniu, że wpis ma jedynie deklaratoryjny charakter, a więc przedsiębiorcą zostaje się od momentu podjęcia jakichkolwiek działań zmierzających do podjęcia stałej, zorganizowanej działalności gospodarczej w celach zarobkowych.

¹⁶¹ M. Pawełczyk, *Przedsiębiorca w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, Radca Prawny 2005, nr 6, s. 35; K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 97–98.

¹⁶² Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 29 maja 2006 r., DOK-49/06; wyrok SN z dnia 6 grudnia 2007 r., III SK 16/07, OSNP 2009, nr 1–2, poz. 31.

¹⁶³ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 listopada 2006 r., VI SA/Wa 1852/05, LEX nr 312029, w którym sąd stwierdził, że brak urzędowego wpisu do ewidencji działalności gospodarczej nie oznacza, iż osoba fizyczna nie jest przedsiębiorcą w przypadku, gdy działalność gospodarczą faktycznie wykonuje, lecz jej nie rejestruje.

¹⁶⁴ K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 98; G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 87.

zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizacja różnego rodzaju potrzeb kulturalnych itp. Konkretyzacja tych zadań może odbywać się w różnych formach organizacyjnych, nie tylko w formie prawnej przedsiębiorstwa użyteczności publicznej. Przez państwowe i komunalne jednostki organizacyjne wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej należy rozumieć wszystkie jednostki, których celem jest zaspokajanie potrzeb społeczeństwa o charakterze ogólnym, a których działalność nie jest nastawiona na maksymalizację zysku¹⁶⁵.

Wiele późniejszych orzeczeń polskich sądów, przyjmując wyżej wskazane orzeczenie TK, akcentuje, że interpretacja tej autonomicznej kategorii powinna być możliwie najszersza i uwzględniać rynkowe skutki działań podmiotów organizujących lub świadczących usługi użyteczności publicznej¹⁶⁶. We współczesnym polskim piśmiennictwie z zakresu prawa ochrony konkurencji sformułowano wiele definicji „usług użyteczności publicznej”. Przyjmuje się więc, że usługi te „zaspokajają podstawowe i elementarne potrzeby członków społeczeństwa, bez których nie jest możliwe codzienne normalne bytowanie oraz wykonywanie przez ludzi pracy zawodowej. [...] są świadczone w sposób bieżący i nieprzerwany, są zazwyczaj dostępne dla każdego, kto chce z nich korzystać, przy czym ta dostępność jest konsekwencją niemożności skutecznego odmówienia świadczenia danej usługi w oparciu o zasadę swobody zawierania umów”¹⁶⁷ i że są to „usługi podejmowane w celu zaspokajania potrzeb społecznych o charakterze ogólnym, świadczone w interesie publicznym, to jest ogółu danej społeczności i w sposób ciągły”¹⁶⁸. Podobnie to pojęcie rozumie Sąd Najwyższy, ograniczając je

¹⁶⁵ Uchwała TK z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 15. Akceptując powyższe rozumienie usług o charakterze użyteczności publicznej, zwracamy uwagę na bardzo ważne rozróżnienie między państwowymi lub komunalnymi jednostkami świadczącymi lub organizującymi takie usługi a innymi podmiotami, którym te usługi powierzono. Chodzi o jeden z przymiotów przypisywanych przez Trybunał Konstytucyjny podmiotom państwowym lub komunalnym – wymóg, aby działały one bez nastawienia na maksymalizację zysku. Niewątpliwie np. jednostki samorządu terytorialnego nie działają i nie mogą działać w celu osiągnięcia zysku (tak też orzekł SA w Warszawie w wyroku z dnia 8 marca 2007 r., VI ACa 1059/06, niepubl.), ale wymóg ten nie musi się już odnosić do podmiotów, którym państwowe lub komunalne jednostki organizacyjne powierzyły wykonywanie takich usług. W bardzo wielu dziedzinach jednostki organizujące takie usługi powierzają ich wykonywanie podmiotom trzecim – coraz częściej niepublicznym. W wielu rodzajach takich usług istnieje silna konkurencja o możliwość ich świadczenia dla określonych grup odbiorców (konkurencja o rynek). W takiej rywalizacji uczestniczą podmioty motywowane raczej nie wspaniałomyślną ideą służenia ludziom, ale możliwością uzyskania zarobku, osiągnięcia zysku. Wśród nich są również podmioty komunalne.

¹⁶⁶ Wyrok SOKiK z dnia 13 dnia czerwca 2006 r., XVII Ama 48/05, niepubl.; wyroki SA w Warszawie: z dnia 21 czerwca 2007 r., VI ACa 1260/06, LEX nr 1641014, oraz z dnia 8 stycznia 2008 r., VI ACa 481/07, niepubl.; wyrok SN z dnia 3 września 2009 r., III SK 9/09. Zob. też: P. Adamczewski, D. Karczeńska, *Pojęcie „usług użyteczności publicznej” na tle prawa ochrony konkurencji – glosa do wyroku SN z dnia 3 września 2009 r.*, III SK 9/09, Glosa 2013, nr 1, s. 86.

¹⁶⁷ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 28.

¹⁶⁸ G. Materna (w:) T. Skoczny, *Ustawa...*, s. 125, tu autor powołuje się na wyrok SOKiK z dnia 20 marca 2008 r., XVII Ama 78/07, niepubl.; z wyrokiem tym koresponduje wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 22/04, Dz. Urz. UOKiK Nr 4, poz. 328.

„do tego rodzaju usług, które związane są z zaspokajaniem takich potrzeb ludności, które powinny być zaspokojone we współczesnym państwie, ponieważ są to potrzeby elementarne w dzisiejszych warunkach cywilizacyjno-kulturowych oraz społeczno-gospodarczych”¹⁶⁹.

Do rozumienia pojęcia usługi użyteczności publicznej może też być pomocna ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 573) i zawarta w niej definicja gospodarki komunalnej. Przez gospodarkę komunalną rozumie się w szczególności realizowanie zadań o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (art. 1 ust. 2 u.g.k.). Dalszych wskazówek co do zakresu działań o charakterze użyteczności publicznej dostarcza ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 446), zawierająca katalog zadań własnych gminy służących zaspokajaniu zbiorowych potrzeb tej wspólnoty (art. 7 ust. 1 u.s.g.), ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 814), w szczególności art. 4 ust. 1 u.s.p., określający zakres zadań publicznych tych samorządów, oraz ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 486 z późn. zm.) i wskazane w przepisie art. 14 ust. 1 u.s.w. zadania województwa.

Gminy, powiaty i województwa w zakresie wykonywanych przez nie zadań publicznych, polegających na organizowaniu lub świadczeniu usług użyteczności publicznej, są więc przedsiębiorcami w rozumieniu Ustawy. Jednostki samorządu terytorialnego są przedsiębiorcami zarówno wtedy, gdy same **organizują**¹⁷⁰ **lub świadczą** takie usługi, jak i wtedy, gdy ich realizację powierzają swoim jednostkom organizacyjnym niemającym odrębnej osobowości prawnej lub zdolności prawnej (zarządy, zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze). Zgodnie z dyspozycją art. 3 ust. 1 u.g.k., jednostki samorządu terytorialnego mogą powierzać realizowanie zadań własnych osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiada-

¹⁶⁹ Wyrok SN z dnia 15 października 2014 r., III SK 61/13, LEX nr 1532683.

¹⁷⁰ W świetle orzeczenia Sądu Najwyższego, „pod pojęciem organizowania usług o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a Ustawy należy rozumieć działalność jednostek samorządu terytorialnego, która polega na tworzeniu wszelkiego rodzaju ram świadczenia takich usług przez innych przedsiębiorców, w tym określaniu za pomocą aktów prawa miejscowego normatywnych warunków ubiegania się o zezwolenie na prowadzenie działalności z zakresu usług użyteczności publicznej oraz zasad wykonywania takiej działalności. [...] Podmiotami organizującymi usługi o charakterze użyteczności publicznej są takie podmioty, które dzięki posiadanym uprawnieniom mogą kształtować zachowania innych uczestników rynku, przez co oddziałują na stan konkurencji na rynku” – wyrok SN z dnia 20 listopada 2008 r., III SK 12/08, Glosa 2009, nr 3, s. 102; według SOKiK (wyrok z dnia 26 marca 2003 r., XVII Ama 35/02, niepubl.) „organizowanie świadczenia usług użyteczności publicznej polega na kreowaniu możliwości świadczenia takich usług oraz określeniu zasad ich świadczenia; tak też SN w wyroku z dnia 15 października 2014 r., III SK 61/13, LEX nr 1532683.

jącym osobowości prawnej, w drodze umowy, na zasadach ogólnych. Oznacza to, że podmioty, którym samorządy terytorialne powierzyły wykonywanie jakichkolwiek zadań własnych o charakterze użyteczności publicznej, jeżeli nawet nie byłyby kwalifikowane do przedsiębiorców na gruncie u.s.d.g., stają się przedsiębiorcami w rozumieniu Ustawy.

Przedsiębiorcami są też związki gmin i związki powiatów (**związki komunalne**) utworzone na podstawie art. 64 i 65 u.s.g. lub art. 65 u.s.p. Związek komunalny wykonuje zadania publiczne we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność, ma też (po uzyskaniu wpisu do rejestru związków, prowadzonego przez ministra właściwego do spraw administracji i ogłoszeniu statutu) osobowość prawną.

Należy jednak zastrzec, że niekiedy działania jednostek samorządu terytorialnego przybierają postać, co do której, w świetle dotychczasowego orzecznictwa, nie sposób orzec, czy polega na organizowaniu rynków usług użyteczności publicznej i jako taka podlega kognicji Prezesa Urzędu. W dotychczasowym orzecznictwie panuje zgodność co do konieczności wyróżniania sfery działalności gmin w zakresie czynności związanych z wykonywaniem prawa własności mienia komunalnego i zarządem nim (**dominium**) oraz sfery wykonywania powierzonej im władzy samorządowej (**imperium**). O ile nie ma wątpliwości, że wszelkie działania gmin (powiatów, województw i innych jednostek władzy publicznej) w sferze *dominium* podlegają ocenie z punktu widzenia przestrzegania przepisów Ustawy, o tyle w kwestii możliwości zastosowania u.o.k.k. do sfery władztwa – *imperium* jest różnie postrzegane zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Z jednej strony wyrażany jest pogląd, że podmiot organizujący lub świadczący usługi użyteczności publicznej w obu tych obszarach działalności może być oceniany przez pryzmat zgodności z przepisami prawa ochrony konkurencji¹⁷¹. Oznacza to przykładowo, że władze gminy powinny uwzględniać rygory Ustawy również wtedy, gdy wydają decyzje administracyjne lub uchwalają akty prawa miejscowego. „Przedmiotem oceny Prezesa UOKiK oraz SOKiK nie jest legalność podjętych przez jednostkę samorządu terytorialnego decyzji lub wydawanych aktów prawa miejscowego z zakresu organizowania usług użyteczności publicznej, lecz ocena tego, w jaki sposób wpłyną one na konkurencję na rynku, którego zasad funkcjonowania dotyczą [...]”. Jako przedsiębiorca, jednostka samorządu terytorialnego ma obowiązek uwzględniać w swojej działalności zakazy wynikające z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nawet wtedy, gdy wydaje akty

¹⁷¹ Wyrok SOKiK z dnia 13 czerwca 2006 r., XVII AmA 48/5, niepubl.; wyrok SA w Warszawie z dnia 5 kwietnia 2007 r., VI ACa 1094/06, niepubl.; wyrok SN z dnia 20 listopada 2008 r., III SK 12/08, Glosa 2009, nr 3, s. 102; wyrok SN z dnia 15 października 2014 r., III SK 61/13, LEX nr 1532683; zob. też: G. Materna (w:) T. Skoczny, *Ustawa...*, 2009, s. 132 i 133.

prawa miejscowego lub decyzje administracyjne, związane z organizowaniem usług użyteczności publicznej”¹⁷².

Decyzje administracyjne, jak i akty prawa miejscowego jednostek samorządu terytorialnego podlegają badaniu pod kątem ich legalności (bądź przez sądy administracyjne, bądź przez samorządowe kolegia odwoławcze, bądź przez wojewodę), to jednak nie wyklucza możliwości ich oceny pod kątem przestrzegania reguł określonych w Ustawie. Istnieją jednak orzeczenia sądów, w których odmówiły one możliwości ingerowania organów antymonopolowych w sferę *imperium*. „Z woli ustawodawcy swoboda działalności gospodarczej podejmowanej w zakresie utrzymania czystości i porządku w gminach została poddana stosownemu ograniczeniu w drodze publicznoprawnej reglamentacji, którą realizuje w ramach przysługującemu mu *imperium* organ gminy [...]”. Organ gminy wydający zezwolenie w przedmiocie określonym w art. 7 ust. 1 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach nie może być adresatem decyzji Prezesa UOKiK o uznaniu określonego zachowania za przejaw praktyki ograniczającej konkurencję i nakazującej jej zaniechania”¹⁷³. Sąd ten stwierdził też, że „działalność burmistrza jako organu uprawnionego na podstawie ustawy o utrzymaniu [...] nie może być poczytywana jako działalność gminy, burmistrz realizuje własne kompetencje”. To stanowisko sądu apelacyjnego podtrzymał Sąd Najwyższy¹⁷⁴. W innym orzeczeniu Sąd Najwyższy stwierdził: „gdy przedmiotem porozumienia jest wykonywanie zadań z zakresu administracji publicznej, nie można jednostki samorządu terytorialnego uznać za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 Ustawy”¹⁷⁵. Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Warszawie, który uznał, że Krajowa Stacja Chemiczno-Rolnicza w zakresie wykonywania opinii planów nawożenia „pozostaje w sferze działalności o charakterze *imperium* [...]”, a działanie to wynika z nakazu ustawowego i jest wykonywane w ramach czynności o charakterze administracyjnym, które nie mogą zostać cedowane na żadne inne podmioty” i dlatego „nie może być uznana za przedsiębiorcę działającego na konkurencyjnym rynku towarów i usług, do którego znajdują zastosowanie przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”¹⁷⁶.

¹⁷² Wyrok SN z dnia 20 listopada 2008 r., III SK 12/08, Glosa 2009, nr 3, s. 102. Sąd ten ponadto stwierdził: „interwencja Prezesa urzędu jest najczęściej jedynym skutecznym instrumentem kontroli działalności gmin w tym zakresie i ochrony interesów ekonomicznych ich mieszkańców”.

¹⁷³ Wyrok SA w Warszawie z dnia 26 września 2007 r., VI ACa 439/07, niepubl.

¹⁷⁴ Wyrok SN z dnia 7 stycznia 2009 r., III SK 17/08, OSNP 2011, nr 11–12, poz. 167 – „gmina nie jest przedsiębiorcą na rynku właściwym wywozu i składowania odpadów komunalnych, podlegającym kontroli Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie decyzji administracyjnych burmistrza będących zezwoleniami na wykonywanie usług odbioru odpadów komunalnych oraz w zakresie działalności przedsiębiorstwa, któremu powierzyła prowadzenie gminnego wysypiska odpadów”.

¹⁷⁵ Wyrok SN z dnia 3 września 2009 r., III SK 9/09, OSNP 2011, nr 11–12, poz. 168; w tym wyroku SN stwierdził również: „nie ulega też wątpliwości, że przyjmowanie wniosków oraz wydawanie praw jazdy przez starostów (miasta na prawach powiatu) jest zadaniem z zakresu administracji publicznej i jako takie nie podlega rygorom prawa ochrony konkurencji”.

¹⁷⁶ Wyrok SA w Warszawie z dnia 26 marca 2013 r., VI ACa 228/13, LEX nr 1381606.

Orzecznictwo organów ochrony konkurencji odnoszące się do nagannych w punktu widzenia przepisów Ustawy zachowań gmin¹⁷⁷, powiatów¹⁷⁸ i województw¹⁷⁹ jest stosunkowo rozległe.

Przedsiębiorcą jest **Narodowy Fundusz Zdrowia**, co znalazło wielokrotnie potwierdzenie w orzeczeniach Prezesa Urzędu oraz sądów¹⁸⁰. W świetle dotychczasowego orzecznictwa do przedsiębiorców, na podstawie art. 4 pkt 1 lit. a Ustawy, można zaliczyć podmioty prowadzące **szkoły wyższe, szkoły podstawowe, gimnazja i szkoły ponadgimnazjalne, a także przedszkola i żłobki**, i to zarówno publiczne, jak i niepubliczne¹⁸¹. Przedsiębiorcami są podmioty świadczące **usługi medyczne** w ramach ubezpieczenia zdrowotnego¹⁸². Przyjmując tę samą podstawę prawną, za przedsiębiorcę uznano też **parafie**¹⁸³. W świetle bowiem licznych orzeczeń Prezesa i SOKiK parafie

¹⁷⁷ Wśród najbardziej aktualnego orzecznictwa sądów można wskazać przykładowo na: wyrok SN z dnia 5 stycznia 2007 r., III SK 16/06, LEX nr 449463; wyrok SA w Warszawie z dnia 8 stycznia 2008 r., VI ACa 631/07, niepubl.; wyrok SOKiK z dnia 26 maja 2004 r., XVII Ama 33/03, Wokanda 2005, nr 6, s. 59.

¹⁷⁸ Przykładowo: wyrok SOKiK z dnia 26 kwietnia 2001 r., XVII Ama 66/00, Dz. Urz. UOKiK Nr 1, poz. 12.

¹⁷⁹ M.in.: wyrok SOKiK z dnia 16 listopada 2005 r., XVII Ama 97/04, Dz. Urz. UOKiK z 2006 r. Nr 1, poz. 16; decyzja Prezesa z dnia 6 czerwca 2005 r., RŁO-21/2006.

¹⁸⁰ Zob.: wyrok SN z dnia 16 lutego 2005 r., IV CK 541/04, OSP 2006, z. 1, poz. 3; postanowienie SN z dnia 24 września 2013 r., III SK 1/13, LEX nr 1380965; wyrok SOKiK z dnia 5 lutego 2003 r., XVII Ama 18/02, Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 263; decyzja Prezesa z dnia 7 marca 2007 r., DOK-28/27, Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 17; decyzja Prezesa z dnia 31 grudnia 2013 r., RŁO-57/2013; decyzja Prezesa z dnia 23 grudnia 2013 r., RWR-42/2013.

¹⁸¹ Jest tak, mimo że odpowiednie ustawy stwierdzają, iż prowadzone przez nie działalności nie stanowią działalności gospodarczej w rozumieniu u.s.d.g. Tak stanowią: w art. 83a ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2156 z późn. zm.), który stwierdza, że prowadzenie szkoły, przedszkola lub zespołu tych placówek nie jest działalnością gospodarczą. Podobne stwierdzenie zawiera ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 572 z późn. zm.). Jej art. 106 stanowi: prowadzenie przez uczelnię działalności dydaktycznej, naukowej, badawczej, doświadczałnej, artystycznej, sportowej, rehabilitacyjnej lub diagnostycznej nie stanowi działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Przepis o podobnej treści zawiera art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 406 z późn. zm.): działalność kulturalna polegająca na tworzeniu, upowszechnianiu i ochronie kultury nie stanowi działalności gospodarczej w rozumieniu odrębnych przepisów. Uznając te podmioty za przedsiębiorców, organy antymonopolowe stwierdzały, że przepisy te wyłączają jedynie zastosowanie wobec tych podmiotów ustawę o swobodzie działalności gospodarczej, nie zaś ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów. Zob.: decyzja Prezesa z dnia 6 kwietnia 2007 r., RŁO-12/2007, Dz. Urz. UOKiK Nr 3, poz. 27; wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 22/04, Dz. Urz. UOKiK Nr 4, poz. 328; wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 22/04, Dz. Urz. UOKiK z 2004 r. Nr 4, poz. 328; decyzja Prezesa z dnia 28 września 2009 r., RWA-23/2009.

¹⁸² Wyrok SA w Warszawie z dnia 26 października 2006 r., VI ACa 304/06, niepubl.

¹⁸³ Kościoły i związki wyznaniowe, określone m.in. ustawą z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1169 z późn. zm.), i ich jednostki organizacyjne, np. metropolie, diecezje i parafie, a także spółki, których wyłącznymi udziałowcami są te osoby, mogą prowadzić działalność gospodarczą, która zazwyczaj ma postać działalności wydawniczej, kulturalnej, handlu artykułami kultowymi, wynajmowania pomieszczeń, prowadzenia placówek wychowawczych, szpitali czy zakładów leczniczych. Kościelne osoby prawne, co do zasady, nie podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców (wyjątek: fundacje i stowarzyszenia oraz spółki, których wyłącznymi współnikami lub akcjonariuszami są osoby prawne), co nie odbiera im statusu przedsiębiorcy.

są przedsiębiorcami ze względu na organizowanie usług o charakterze użyteczności publicznej (art. 4 pkt 1 lit. a) w zakresie organizowania usług pogrzebowych na cmentarzach parafialnych¹⁸⁴.

Współcześnie coraz większa część zadań publicznych jest realizowana przez inne niż komunalne lub państwowe jednostki organizacyjne. Dzieje się tak w wyniku otwarcia dla przedsiębiorców niepublicznych niektórych sektorów mających charakter użyteczności publicznej. W związku z tym, niezależnie od tego, czy podmioty takie są przedsiębiorcami w rozumieniu u.s.d.g., są one przedsiębiorcami na gruncie Ustawy.

1.4. Osoby fizyczne wykonujące zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzące działalność w ramach wykonywania takiego zawodu – art. 4 pkt 1 lit. b

W związku z wejściem w życie u.s.d.g. celowość wyodrębniania w Ustawie tej kategorii przedsiębiorców może być kwestionowana. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej w przepisie art. 2 kwalifikuje działalność zawodową wykonywaną w celach zarobkowych oraz w sposób zorganizowany i ciągły do rodzajów działalności uznawanych za działalność gospodarczą. W efekcie w przepisach Ustawy ta grupa podmiotów jest dwukrotnie kwalifikowana do przedsiębiorców – na podstawie art. 4 pkt 1 zdanie pierwsze oraz art. 4 pkt 1 lit. b¹⁸⁵.

Komentowany przepis, podobnie jak art. 2 u.s.d.g., nie precyzuje, jakie kategorie osób fizycznych mogą być uznawane za wykonujące działalność zawodową. W doktrynie przyjmuje się, że chodzi głównie o osoby wykonujące tzw. wolne zawody, z których każdy jest poddany szczegółowej regulacji prawnej określającej status, sposoby nabywania uprawnień i zasady wykonywania danego zawodu¹⁸⁶. Taki podstawowy wykaz wolnych zawodów zawiera przepis art. 88 k.s.h.¹⁸⁷ Do wolnych zawodów zalicza się więc następujące: **adwokata, aptekarza, architekta, inżyniera budownictwa, biegłego**

¹⁸⁴ Przykładowo: decyzja Prezesa z dnia 15 września 2005 r., RKR-55/2005, i wyrok SOKiK z dnia 23 kwietnia 2001 r., XVII Ama 49/00, Dz. Urz. UOKiK Nr 1, poz. 11; decyzja Prezesa z dnia 15 maja 2007, RPZ-29/2007; decyzja z dnia 18 sierpnia 2004 r., RLU-26/2004, i wyrok SOKiK z dnia 12 stycznia 2006 r., XVII Ama 105/04, Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 28.

¹⁸⁵ Można wprowadzić bronić poglądu, że nie każda działalność zawodowa wyczerpuje przesłanki kwalifikacji tej działalności jako działalności gospodarczej w rozumieniu u.s.d.g. Zgodnie z tym poglądem, w przypadku gdy np. radca prawny nie prowadzi kancelarii lub architekt – biura projektowego, a wykonują oni zawód na podstawie umowy zlecenia, ich działalność nie ma charakteru zorganizowanego. Takie rozumienie działalności zawodowej nie podważałoby celowości utrzymywania w Ustawie przepisu art. 4 pkt 1 lit. b. Wyodrębnienie w Ustawie tej kategorii przedsiębiorców za celowe uważa też G. Materna – zob. G. Materna (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2009, s. 136 i 137.

¹⁸⁶ K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 109.

¹⁸⁷ Określający osoby mogące być wspólnikami spółki partnerskiej.

rewidenta, brokera ubezpieczeniowego, doradcę podatkowego, maklera papierów wartościowych, doradcę inwestycyjnego, księgowego, lekarza, lekarza dentystę, lekarza weterynarii, notariusza, pielęgniarkę, położną, radcę prawnego, rzeczownika patentowego, rzeczoznawcę majątkowego i tłumacza przysięgłego. Katalog wolnych zawodów jest znacznie szerszy. Ustawy określają tryb uzyskiwania prawa i zasady wykonywania takich zawodów, jak przykładowo: **pośrednik w obrocie nieruchomości** (art. 179 i n. ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1774 z późn. zm.), **zarządca nieruchomości** (uchylony obecnie art. 184 i n. ustawy z dnia 21 sierpnia 2007 r. o gospodarce nieruchomościami), **aktuariusz** (art. 68 i n. ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, Dz. U. poz. 1844 z późn. zm.), **doradca inwestycyjny** (art. 125 i n. ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 94 z późn. zm.), **agent firmy inwestycyjnej** (art. 79 i n. ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi) i **detektyw** (ustawa z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych, tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 273 z późn. zm.).

W orzecznictwie do tej kategorii przedsiębiorców zaliczono też **kompozytorów**¹⁸⁸ i **fotografików**¹⁸⁹.

Należy podkreślić, że przedsiębiorcą jest ten tylko przedstawiciel wolnego zawodu, który wykonuje zawód we własnym imieniu. Nie są zatem przedsiębiorcami osoby wykonujące zawód w ramach stosunku pracy, a także na podstawie umowy cywilnoprawnej, jeżeli w świetle tej umowy wobec osób trzecich odpowiada zlecający¹⁹⁰. Dla statusu przedsiębiorcy nie ma znaczenia, czy osoby te zawód wykonują wyłącznie samodzielnie, czy zatrudniają inne osoby.

1.5. Osoby fizyczne posiadające kontrolę nad innym przedsiębiorcą podejmujące działania podlegające kontroli koncentracji – art. 4 pkt 1 lit. c

Komentowany przepis przesądza, że przedsiębiorcą jest też osoba fizyczna, nawet nieprowadząca działalności gospodarczej, jednak sprawująca kontrolę już nad przynajmniej jednym przedsiębiorcą, w sytuacji gdy przystępuje do działań mających na celu dokonanie transakcji, określonych zbiorczym mianem koncentracji, o których mowa w art. 13 Ustawy. Dla potrzeb stosowania Ustawy, ściślej biorąc jej przepisów dotyczących kontroli koncentracji, do grona przedsiębiorców zaliczono kolejną grupę pod-

¹⁸⁸ Decyzja Prezesa z dnia 16 lipca 2004 r., RWA-21/2004, Dz. Urz. UOKiK Nr 4, poz. 320.

¹⁸⁹ Decyzja Prezesa z dnia 6 kwietnia 2007 r., RWA-10/2007, Dz. Urz. UOKiK Nr 3, poz. 28.

¹⁹⁰ Zob. art. 15 ust. 3 pkt 3 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 710 z późn. zm.).

miotów, które nie są przedsiębiorcami na gruncie innych ustaw. Potrzeba rozszerzenia przepisów dotyczących kontroli koncentracji o osoby fizyczne, które nie prowadzą działalności gospodarczej, wynika z faktu, że tacy **inwestorzy, dokonując kolejnych akwizycji**, zwłaszcza gdy inwestycje te skupione są w jednej branży (sektorze), mogą uzyskiwać wpływ na konkurencję na rynkach, na których działają kontrolowane przez nich przedsiębiorstwa.

Użycie sformułowania „choćby nie prowadziła działalności gospodarczej” powoduje, że zakres podmiotowy tego przepisu błędnie obejmuje dwie kategorie osób fizycznych – prowadzących i nieprowadzących działalności gospodarczej w rozumieniu u.s.d.g. Pierwsza z tych kategorii osób fizycznych ma status przedsiębiorcy już na podstawie przepisu art. 4 pkt 1 zdanie pierwsze Ustawy. Takie osoby fizyczne (przedsiębiorcy), jeżeli kontrolują innego przedsiębiorcę, tworzą łącznie z tym przedsiębiorcą zależnym grupę kapitałową, a dalsze ich działania zmierzające do kolejnych koncentracji podlegają bez wątpienia kontroli Prezesa Urzędu (oczywiście w sytuacji, gdy spełnione są przesłanki określone w art. 13–16 Ustawy). Intencją ustawodawcy było nadanie statusu przedsiębiorcy **osobom fizycznym** nieprowadzącym działalności gospodarczej, posiadającym kontrolę już nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, a przystępującym do następnych działań podlegających kontroli koncentracji. Tylko takie osoby fizyczne powinny być wskazane w niniejszym przepisie. Wyraźne zastrzeżenie, że status przedsiębiorcy w tych okolicznościach uzyskują jedynie osoby fizyczne, oznacza, że z zakresu podmiotowego Ustawy wyłączono **osoby prawne** nieprowadzące działalności gospodarczej, posiadające już kontrolę nad przynajmniej jednym przedsiębiorcą, podejmujące dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, nie organizujące lub nie świadczące usług użyteczności publicznej (gdyby bowiem spełniały tę ostatnią przesłankę, byłyby przedsiębiorcami na podstawie art. 4 pkt 1 lit. a). Wprawdzie podmioty takie niezwykle rzadko spełniają określone w tym przepisie przesłanki bycia przedsiębiorcą, to nie powinno być przeszkód w zakresie właściwej zmiany tego przepisu w kolejnej nowelizacji Ustawy¹⁹¹.

Dla zdefiniowania pojęcia **posiadania kontroli** komentowany przepis odsyła do art. 4 pkt 4. W świetle tego przepisu, przejęcie kontroli oznacza wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Przepis ten zawiera niezamknięty katalog działań prowadzących do przejęcia kontroli. Nie podejmując w tym miejscu analizy charakteru tych działań, wskażemy jedynie, że ostateczną miarą przejęcia i w efekcie sprawowania kontroli nad innym przedsiębiorcą jest możliwość wywierania decydującego wpływu na jego funkcjonowa-

¹⁹¹ Taki też postulat formułuje G. Materna (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 101.

nie i rozwój (zob. komentarz do art. 4 pkt 4). Należy zaznaczyć, że w świetle przepisu art. 15 Ustawy, osoby fizyczne sprawujące kontrolę nad innym przedsiębiorcą nabywają status przedsiębiorcy zarówno wtedy, gdy same podejmują działania zmierzające do koncentracji podlegającej kontroli Prezesa Urzędu, jak i wtedy, gdy do takich działań przystąpi przedsiębiorca od nich zależny¹⁹².

1.6. Związki przedsiębiorców – art. 4 pkt 1 lit. d

Katalog podmiotów, które na gruncie Ustawy są przedsiębiorcami, wyczerpują związki przedsiębiorców. Zgodnie z przepisem art. 4 pkt 2 Ustawy, do którego odsyła komentowany przepis, przez związek przedsiębiorców należy rozumieć izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, jak również związki tych organizacji (zob. komentarz do tego artykułu). Należy w tym miejscu podkreślić, że pojęcie związku obejmuje wszelkie organizacje zrzeszające podmioty, które na gruncie Ustawy mają status przedsiębiorcy. Oznacza to, że związkiem jest nie tylko np. branżowa izba gospodarcza, lecz także związek gmin czy zrzeszenie prywatnych inwestorów nieprowadzących działalności gospodarczej, inwestorów spełniających jednak przesłanki bycia przedsiębiorcą ze względu na przepis art. 4 pkt 1 lit. c.

Związki przedsiębiorców są, na potrzeby Ustawy, przedsiębiorcami, niezależnie od tego, czy same prowadzą działalność gospodarczą. Przesądzające jest to, czy ich członkami są przedsiębiorcy lub ich związki. Nie jest przy tym konieczne, aby związek przedsiębiorców zrzeszał jedynie przedsiębiorców lub związki przedsiębiorców¹⁹³.

Związki przedsiębiorców nie są przedsiębiorcami w sprawach związanych z kontrolą koncentracji. Fakt ten podkreśla zmiana redakcji tego przepisu dokonana nowelizacją z dnia 10 czerwca 2014 r. (Dz. U. poz. 945). Dawne brzmienie art. 4 pkt 1 lit. D, zgodnie z którym przez przedsiębiorcę rozumie się „związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 – na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów”, zastąpiono następująco: „związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2, z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji”. Dokonana zmiana redakcji tego przepisu nie zmienia więc jego materialnej treści – nadal wobec związków przedsiębiorców jako przedsiębiorców nie mają zastosowania przepisy działu III – „Koncentracje przedsiębiorców” oraz przepisy zawarte w dziale VI, rozdziale 3 – „Postępowania antymonopolowe w sprawach koncentracji”. Związki przedsiębiorców są przedsiębiorcami jedynie na potrzeby stosowania przepisów Ustawy normujących praktyki ograniczające konkurencję (dział II) oraz przepisów dotyczących praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (dział

¹⁹² Tak też K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 115.

¹⁹³ Wyrok SAM z dnia 25 października 2000 r., XVII Ama 12/00, LEX nr 56414.

IV). Związki przedsiębiorców podlegają reżimom Ustawy w zakresie wszystkich pozostałych przepisów proceduralnych odnoszących się do spraw o stosowanie praktyk ograniczających konkurencję (dział VI, rozdział 2) i spraw o stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (dział VI, rozdział 4), a także przepisy ogólne regulujące postępowanie przed Prezesem Urzędu (dział VI, rozdziały 1 i 5). Na związki przedsiębiorców mogą być także nakładane kary pieniężne przewidziane w dziale VII Ustawy¹⁹⁴.

Niektóre związki przedsiębiorców uzyskują status przedsiębiorcy z dwóch lub nawet trzech tytułów: same są przedsiębiorcami w rozumieniu u.s.d.g. albo organizują usługi o charakterze użyteczności publicznej lub zrzeszają przedsiębiorców. Takim podmiotem kwalifikowanym do kategorii przedsiębiorcy na podstawie trzech przepisów jest **Polski Związek Piłki Nożnej**: zrzesza przedsiębiorców¹⁹⁵, sam prowadzi działalność gospodarczą, a także organizuje usługi o charakterze użyteczności publicznej¹⁹⁶. Można sądzić, że większość **krajowych i okręgowych izb zawodowych i stowarzyszeń branżowych**¹⁹⁷ jest jednocześnie przedsiębiorcami ze względu na spełnianie przesłanki określonej w art. 4 pkt 1 zdanie wstępne (związki prowadzące działalność gospodarczą) lub przesłanek z art. 4 pkt 1 lit. a (związki prowadzące lub organizujące usługi o charakterze użyteczności publicznej, niebędące jednak działalnością gospodarczą).

Mimo że co do zasady **związki zawodowy**, jako powoływany dla reprezentowania i obrony praw, interesów zawodowych i socjalnych pracowników (ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych, tekst jedn.: z 2015 r. poz. 1881), nie jest przedsiębiorcą, uzyskuje jednak status przedsiębiorcy, gdy podejmuje działalność gospodarczą¹⁹⁸.

2. Związki przedsiębiorców – art. 4 pkt 2

Potrzeba zdefiniowania pojęcia związku przedsiębiorców wynika z konieczności właściwego oznaczenia zakresu podmiotowego Ustawy. Już przepis art. 1 ust. 2 wskazuje, że reguluje ona zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkuren-

¹⁹⁴ Wobec związków przedsiębiorców zastosowanie mają więc odpowiednie przepisy proceduralne i karne Ustawy. W sprawach związanych ze stosowaniem praktyk ograniczających konkurencję – przepisy działu VI, rozdziału 2, a w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów – przepisy działu VI, rozdziału 4. Do obu kategorii spraw stosowane być mogą przepisy ogólne dotyczące postępowań zawarte w dziale VI, rozdziale 1 oraz przepisy karne – dział VII, rozdział 1.

¹⁹⁵ PZPN zrzesza przedsiębiorców – każdy polski związek sportowy jest zobowiązany utworzyć zawodową ligę, jeżeli przynajmniej połowa klubów w nim zrzeszonych działa w formie spółki akcyjnej; w lidze zawodowej uczestniczą wyłącznie kluby działające jako spółki akcyjne (art. 15 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 176 z późn. zm.).

¹⁹⁶ Tak status PZPN jako przedsiębiorcy uzasadniał SOKiK w wyroku z dnia 14 lutego 2007 r., XVII Ama 98/06, Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 22.

¹⁹⁷ Szerzej o związkach przedsiębiorców w komentarzu do art. 4 pkt 2.

¹⁹⁸ Tak też G. Materna (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 108.

cję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków. Doświadczenia wskazują bowiem, że również zachowania związków przedsiębiorców prowadzą niekiedy do ograniczenia lub wyeliminowania konkurencji lub naruszania zbiorowych interesów konsumentów. Należy podkreślić, że zakres stosowania Ustawy wobec związków przedsiębiorców reguluje przepis art. 4 pkt 1 lit. d. Z przepisu tego wynika, że w stosunku do związków przedsiębiorców wyłączone są przepisy dotyczące koncentracji. Oznacza to, że z trzech podstawowych przedmiotów Ustawy regulowanych w art. 1 ust. 2 wobec związków przedsiębiorców zastosowanie mają przepisy określające zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów.

Gwarantowana Konstytucją RP wolność zrzeszania się obejmuje również przedsiębiorców. Tworzone przez nich organizacje mają najczęściej na celu wspólną reprezentację i ochronę interesów członków wobec jednostek władzy publicznej, zarówno państwowej, jak i samorządowej, a także wobec innych organizacji gospodarczych. Związki przedsiębiorców są z reguły organizacjami o charakterze samorządowym – ich statuty określają sposób wyłaniania organów, podejmowania ważniejszych decyzji, reprezentowania czy rozstrzygania sporów wewnętrznych. Zgodnie z przepisem art. 4 pkt 1 lit. d Ustawy, związki przedsiębiorców mają status przedsiębiorców, gdy ich zachowania są oceniane pod kątem przepisów regulujących praktyki ograniczające konkurencję oraz przepisów dotyczących praktyk naruszania zbiorowych interesów konsumentów.

Niektóre ze **związków przedsiębiorców działają na podstawie przepisów ustaw określających prawne wymogi prowadzenia określonej działalności gospodarczej, inne zaś zgodnie z przepisami ogólnymi dotyczącymi zasad tworzenia i funkcjonowania izb i organizacji przedsiębiorców, jeszcze inne – na podstawie dobrowolnej umowy przedsiębiorców**. Do pierwszej grupy związków przedsiębiorców należą m.in.:

- izby aptekarzy (ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1496),
- izby lekarzy (ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 522),
- izby lekarsko-weterynaryjne (ustawa z dnia 21 grudnia 1990 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1479),
- izby pielęgniarek i położnych (ustawa z dnia 1 lipca 2011 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych, tekst jedn.: Dz. U. Nr 174, poz. 1038 z późn. zm.),
- samorząd doradców podatkowych (ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 794),
- samorząd rzeczników patentowych (ustawa z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 221 z późn. zm.),

- samorząd adwokatów (ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 615 z późn. zm.),
- samorząd radców prawnych (ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 233 z późn. zm.),
- samorząd notariuszy (ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 164 z późn. zm.),
- samorząd zawodowy architektów oraz inżynierów budownictwa (ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1946 z późn. zm.).

Do drugiej grupy związków przedsiębiorców należą izby i organizacje tworzone w szczególności w drodze następujących ustaw:

- ustawa z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 710 z późn. zm.),
- ustawa z dnia 22 marca 1989 r. o rzemiośle (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1285),
- ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2029),
- ustawa z dnia 30 maja 1989 r. o samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców (Dz. U. Nr 35, poz. 194 z późn. zm.),
- ustawa z dnia 14 grudnia 1995 r. o izbach rolniczych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1315).

Ze względu na rozległość definicji przedsiębiorcy, wykraczającej, zgodnie z przepisem art. 4 pkt 1 Ustawy, poza rozumienie przedsiębiorcy w u.s.d.g., związkami przedsiębiorców są także:

- zrzeszenia podmiotów organizujących i świadczących usługi użyteczności publicznej (np. związki międzygminne, stowarzyszenia gmin, powiatów lub województw),
- organizacje zrzeszające podmioty wykonujące tzw. wolne zawody (wśród nich wyżej wskazane izby i organizacje samorządów zawodowych),
- organizacje zrzeszające inwestorów będących osobami fizycznymi (o ile przynajmniej część z nich spełnia określone w art. 4 pkt 1 lit. c Ustawy przesłanki kwalifikowania ich do przedsiębiorców).

Zgodnie z dyspozycją komentowanego przepisu (*in fine*), związkiem przedsiębiorców jest także organizacja skupiająca inne związki przedsiębiorców (takim przykładem mogą być Konfederacja Pracodawców „Lewiatan” i Krajowa Izba Gospodarcza).

Związki przedsiębiorców, bez względu na sposób ich powstania (w drodze umowy bądź obowiązku ustawowego), jak również bez względu na to, czy wypełniają jakiekolwiek funkcje powierzone im przez organy władzy publicznej, co do zasady podlegają

reżimom prawa ochrony konkurencji. Nie jest przy tym wymagane, aby związek miał osobowość prawną lub sam prowadził działalność gospodarczą¹⁹⁹.

3. Przedsiębiorca dominujący – art. 4 pkt 3

Pojęciem przedsiębiorcy dominującego posłużono się w art. 15 Ustawy, przewidującym, że dokonanie koncentracji przez przedsiębiorcę zależnego uważa się za jej dokonanie przez przedsiębiorcę dominującego, a także w przepisie art. 94 ust. 3, regulującym kwestię obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji w sytuacji, gdy koncentracja dokonywana jest za pośrednictwem co najmniej dwóch przedsiębiorców zależnych – ten obowiązek ciąży na przedsiębiorcy dominującym.

Funkcję komentowanego terminu należy wiązać z dwiema innymi kategoriami definiowanymi w art. 4 Ustawy – pojęciami przejęcia kontroli (art. 4 pkt 4) oraz grupy kapitałowej (art. 4 pkt 14). Terminy te odgrywają kluczową rolę w precyzowaniu kręgu podmiotów kwalifikowanych jako „jeden podmiot gospodarczy” (*single economic unit*). Kwalifikacja taka ma znaczące skutki w zakresie procedur związanych z kontrolą koncentracji (np. zgodnie z art. 14 pkt 5 wobec koncentracji dokonywanych między podmiotami należącymi do grupy kapitałowej wyłączono obowiązek zgłoszenia Prezesowi Urzędu), a także stosowaniem (liberalnym) zakazów zawierania antykonkurencyjnych porozumień – generalnie porozumienia zawierane przez przedsiębiorców tworzących grupę kapitałową nie podlegają zakazowi przewidzianemu w art. 6 (zob. komentarz do tego artykułu).

Definiując przedsiębiorcę dominującego, ustawodawca odesłał do definicji terminu „przejęcie kontroli”. Kontrolę można przejąć (i w efekcie – sprawować), podejmując działania, których otwarty katalog zawiera przepis art. 4 pkt 4. Należy wskazać, że przesądzającym i ostatecznym kryterium przejęcia i sprawowania kontroli nad innym przedsiębiorcą jest możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę (przedsiębiorcę zależnego) – zob. komentarz do tego artykułu.

Użyte w definicji sformułowanie „rozumie się przez to przedsiębiorcę” może błędnie ograniczać pojęcie przedsiębiorcy dominującego do sytuacji, gdy kontrolę sprawuje jeden tylko przedsiębiorca (sytuacja kontroli wyłącznej – *sole control*). Zgodnie z rozumieniem przejęcia kontroli możliwe jest też przejęcie kontroli wspólnej (*joint control*)²⁰⁰.

¹⁹⁹ Tak też S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa...*, s. 73 i 74.

²⁰⁰ Wbrew charakterowi i roli przepisów „słowniczka” (wyznaczanie właściwego rozumienia kategorii używanych w dalszych przepisach danej ustawy) komentowany przepis wskazuje na możliwość posiadania kontroli (bycia przedsiębiorcą dominującym) jedynie przez jednego przedsiębiorcę.

Należy zwrócić uwagę na językową, bo już nie znaczeniową, bliskość terminów „przedsiębiorca dominujący” i „pozycja dominująca” (ten termin jest definiowany w art. 4 pkt 10 Ustawy – zob. komentarz do tego artykułu). Pozycję dominującą na określonym rynku właściwym może mieć również przedsiębiorca dominujący, jeżeli dysponuje siłą rynkową dającą mu możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji, w wyniku zdolności do działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów.

4. Osoba zarządzająca – art. 4 pkt 3a

W wyniku zmiany Ustawy dokonanej nowelizacją z dnia 10 czerwca 2014 r. (Dz. U. poz. 945) rozszerzono jej zakres podmiotowy. Polskie prawo antymonopolowe po raz pierwszy obejmuje swoim zakresem szczególną kategorię osób fizycznych – osoby zarządzające przedsiębiorstwem²⁰¹. Osoba zarządzająca to według komentowanego przepisu osoba kierująca przedsiębiorstwem, w szczególności osoba pełniąca funkcje kierownicze lub wchodząca w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy. Motywem tej zmiany było objęcie odpowiedzialnością za naruszenie zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień również osób fizycznych. Penalizacja osób zarządzających za naruszenie zakazów określonych w art. 6 Ustawy i art. 101 TFUE miała głównie dwa cele. Chodziło, po pierwsze, o cel prewencyjny – obniżenie skłonności do zawierania godzących w konkurencję porozumień, w szczególności porozumień kartelowych. Drugim pożądanym efektem ma być zwiększenie skuteczności tzw. programu łagodzenia kar (*leniency*)²⁰². Osobie zarządzającej przedsiębiorstwem, której zostanie wykazana umyślność dopuszczenia się naruszenia zakazów, mogą bowiem grozić zarówno sankcje administracyjne (art. 12a), jak i dotkliwe sankcje finansowe (art. 106a).

Ustawowa definicja osoby zarządzającej objaśnia ją w ten sposób, że osobą taką jest kierujący przedsiębiorstwem. Może to niekiedy prowadzić do nieporozumień wywołujących konieczność odwoływania się do znaczenia terminów „zarządzanie” i „kierowanie” w słowniku języka polskiego. Słownikowa definicja niekoniecznie musi problem

²⁰¹ Po raz pierwszy w Ustawie sformułowano przepisy określające zakazy podejmowania określonych zachowań (zaniechań) kierowane bezpośrednio do kadry kierowniczej. Wcześniejsze wersje Ustawy takie przepisy również zawierały, jednak nie były one wyrażone wprost, a jedynie w przepisach karnych, przewidujących możliwość nakładania wysokich kar na „osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego” – art. 108 ust. 1 Ustawy.

²⁰² „Wprowadzenie do ustawy nowej kategorii podmiotów ponoszących odpowiedzialność powinno skutkować mniejszą liczbą naruszeń przepisów ustawy oraz skuteczniejszym pozyskiwaniem informacji dotyczących niedozwolonych porozumień” – z uzasadnienia do projektu ustawy zmieniającej, s. 36, za: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20140000945>; zob. też: G. Materna, A. Zawłocka-Turno, *Materiałne i procesowe zmiany w zakresie praktyk ograniczających konkurencję oraz naruszających zbiorowe interesy konsumentów*, referat z konferencji: *Znowelizowana ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – najważniejsze zmiany i kierunki dalszej modernizacji*, CARS, Warszawa 2015, za: <http://www.cars.wz.uw.edu.pl/konferencje-21.html>.

rozjaśniać. Zwłaszcza gdy prowadzi do konkluzji, że „kierującym przedsiębiorstwem jest zatem podmiot, który przedsiębiorstwem zarządza”²⁰³. Dopiero dalsze desygnaty definiowanego pojęcia przybliżają krąg osób, które mogą być uznane za osoby zarządzające. Są to osoby pełniące funkcje kierownicze bądź wchodzące w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy. Pojęcie osoby zarządzającej należy zatem wiązać z funkcją, jaką dana osoba pełni w strukturach przedsiębiorcy. Ta część definicji osoby zarządzającej jest już polskiej Ustawie znana – przepis art. 108 określa delikty i maksymalną wysokość kary, jaką Prezes Urzędu może nałożyć na „osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy”. Jako że i w orzecznictwie, i w doktrynie rozumienie, kto pełniąc funkcję kierowniczą lub wchodząc w skład organu zarządzającego, może być narażony na sankcje z tytułów określonych w art. 108 ust. 1 (zob. też komentarz do art. 108), to takie określenie kręgu podmiotów mogących podlegać sankcjom za naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1–6 Ustawy lub art. 101 ust. 1 lit. a TFUE powinno być wystarczające. Wystarczające dla rozumienia „osoby zarządzającej”²⁰⁴.

Krąg osób mogących mieć wpływ na zachowanie rynkowe przedsiębiorstwa prowadzące do naruszenia zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień nie jest szeroki. Nie są to więc wszystkie osoby zajmujące w przedsiębiorstwie wysokie stanowiska lub będące członkami organów stanowiących. Tak istotne decyzje, decyzje o działaniach przedsiębiorstwa, które są (mogą być) kwalifikowane jako naruszające prawo, podejmuje wąskie grono osób. Są to więc tylko te z osób pełniących funkcje kierownicze lub zasiadających w organach zarządzających, które podejmowały decyzję w tej sprawie. Będą to najczęściej osoby z kierownictwa najwyższego szczebla²⁰⁵, mające kompetencje do podejmowania najistotniejszych dla danego przedsiębiorstwa decyzji. Typowym przykładem takiej osoby zarządzającej będzie **członek zarządu spółki kapitałowej** (rzadziej rady nadzorczej – w zależności od statutu lub umowy spółki), **członek zarządu spółdzielni, dyrektor przedsiębiorstwa państwowego**. Ale też **wójt**,

²⁰³ A. Piszcz (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 111.

²⁰⁴ Z poglądem tym nie zgadza się A. Piszcz, zwracając uwagę, że „osobą zarządzającą może być inny podmiot, który ani nie pełni funkcji kierowniczej, ani nie wchodzi w skład organu zarządzającego, lecz kieruje przedsiębiorstwem” – A. Piszcz (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 114. Podobne stanowisko wyraża K. Kohutek, który twierdzi, że „zakres podmiotowy definicji z art. 4 pkt 3a jest szerszy niż zakres podmiotowy art. 108 ust. 1 u.o.k.k. (w którym mowa jest tylko o «osobie pełniącej funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy»)” – K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2014, s. 141. Nie wchodząc w szczegółową polemikę, wskażmy, że istota problemu sprowadza się do rozumienia „funkcji kierowniczej” i „członkostwa w organach zarządzających” – również ci autorzy uznają, że chodzi tu „wyłącznie o kierownictwo najwyższego szczebla” i wyliczają zakres kompetencji koniecznych dla uznania określonej osoby za osobę zarządzającą w rozumieniu art. 4 pkt 3a (A. Piszcz – tamże, s. 114; K. Kohutek, tamże s. 140).

²⁰⁵ Tak zgodnie w komentarzach do art. 118: C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 986; A. Stawicki (w:) A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 1190, a w komentarzach do art. 4 pkt 3a: K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2014, s. 140; A. Piszcz (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 113.

burmistrz, prezydent miasta lub gminy wiejskiej, **starosta powiatu** lub **marszałek województwa** (lub członek zarządu tych jednostek samorządu terytorialnego), **wspólnik spółki osobowej, likwidator** lub **syndyk**. Taką osobą zarządzającą jest też **osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą**.

Inną kwestią jest odpowiedzialność za naruszenie art. 6 Ustawy lub art. 101 TFUE osób formalnie niepełniących funkcji kierowniczych ani niebędących członkami organów zarządzających, jednak uczestniczących w zawieraniu nielegalnego porozumienia – pełniąc funkcję przedstawiciela (pełnomocnika) osób pełniących funkcje kierownicze lub osób wchodzących w skład organów zarządzających przedsiębiorstwem. Czy takie osoby mieszczą się w zakresie pojęcia osoby zarządzającej? W tej kwestii wyrażamy pogląd, że to udzielający pełnomocnictwa odpowiada za naruszenia prawa konkurencji, nie zaś „wykonawca” woli osoby zarządzającej. W innej sytuacji są prokurenci mający samodzielną władzę do podejmowania decyzji w tym przedmiocie. To oni są osobami zarządzającymi i na nich spoczywa odpowiedzialność za naruszenie prawa, mimo że formalnie nie pełnią funkcji kierowniczych lub nie są członkami organów zarządzających²⁰⁶.

Rozumienie terminu „osoba zarządzająca” może być pomocne w interpretacji wielu przepisów Ustawy: art. 6a, 12a, 70 ust. 1, 3 i 4, art. 77 ust. 1, art. 88 ust. 3 pkt 2 i ust. 4, art. 93 ust. 2, art. 106a, 108 ust. 5, art. 111 ust. 1 pkt 2, ust. 3 pkt 3, ust. 4 pkt 3, art. 113 ust. 1, art. 113h, 113i, 113j, 113k.

5. Przejęcie kontroli – art. 4 pkt 4

5.1. Uwagi ogólne

Komentowany przepis odgrywa kluczową rolę we właściwym stosowaniu przepisów Ustawy regulujących zasady kontroli koncentracji, w szczególności jej przepisu zawartego w art. 13 ust. 2 pkt 2. Przejęcie kontroli nad innym przedsiębiorcą lub wieloma przedsiębiorcami jest bowiem jedną z najczęstszych form koncentracji, z którymi Ustawa wiąże – po spełnieniu dalszych przesłanek, w tym wielkości obrotu – obowiązek zgłoszenia zamiaru jej przeprowadzenia Prezesowi Urzędu. Rozumienie omawianego pojęcia należy wiązać z innymi terminami zawartymi w „słowniczku” Ustawy – „przedsiębiorca dominujący” (art. 4 pkt 3) i „grupa kapitałowa” (art. 4 pkt 14). Nie wchodząc w tym miejscu w bardziej szczegółowy opis związków tych pojęć, należy stwierdzić, że przejęcie kontroli przez określonego przedsiębiorcę nad innym przedsiębiorcą wywołuje ten skutek, iż przedsiębiorca przejmujący kontrolę staje się przedsiębiorcą dominującym względem podmiotu, nad którym tę kontrolę przejął. W świet-

²⁰⁶ Takie stanowisko prezentuje też A. Piszcz (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 115.

le przepisów Ustawy i dla potrzeb jej stosowania przejmujący i przejmowani wraz z wszystkimi podmiotami wcześniej kontrolowanymi przez obie strony transakcji, w której następuje przejście kontroli, wchodzi w skład jednej grupy kapitałowej. Taki status stron uczestniczących w procesie przejmowania kontroli ma swoje dalsze konsekwencje²⁰⁷.

W doktrynie słusznie zwraca się uwagę, że komentowany przepis definiuje przejście kontroli desygnatami posiadania kontroli. Ponadto kategorii przejścia kontroli ustawodawca użył tylko jednokrotnie (w art. 13 ust. 2 pkt 2), podczas gdy kategorię kontroli (w znaczeniu jej posiadania, istnienia) zastosował w dwóch przepisach: definicji przedsiębiorcy dominującego (art. 4 pkt 3) i definicji grupy kapitałowej (art. 4 pkt 14). W art. 19 ust. 2 pkt 2 użyto zaś pojęcia wyzbycia się kontroli (a więc czynności dotyczącej kontroli). Przyjmuje się więc, że termin „przejście kontroli” może być rozumiany jako czynność (jedna z form koncentracji i dekoncentracji) i jako stan relacji między przedsiębiorcami (istnienie, posiadanie)²⁰⁸.

Definicja przejścia kontroli jest dwuczłonowa. W części pierwszej zawarto generalne, ogólne cechy procesów (czynności), których skutkiem jest przejście kontroli. W drugiej wskazano niezamknięty katalog uprawnień uznawanych za dysponowanie kontrolą nad innym przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami. Ogólna definicja przejścia kontroli wiąże ten proces z wszelkimi formami bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę²⁰⁹ uprawnień, które osobno lub łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Z kolei katalog stanów prawnych i faktycznych, które dowodzą posiadania kontroli nad innym przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami, obejmuje uprawnienia najbardziej typowe, począwszy od dysponowania większością głosów w trakcie obrad najważniejszych organów decyzyjnych innego podmiotu, poprzez uprawnienie do powoływania (a także odwoływania) większości członków rady nadzorczej lub zarządu spółki zależnej, a także obsadzenie przynajmniej połowy członków zarządu spółki zależnej przez członków zarządu lub rady nadzorczej spółki ją kontrolującej (przedsiębior-

²⁰⁷ Przede wszystkim określa stronę postępowania administracyjnego związanego ze zgłoszeniem i oceną koncentracji w przypadku, gdy koncentracja jest dokonywana przez przynajmniej dwa podmioty zależne od jednego przedsiębiorcy dominującego (art. 15 w zw. z art. 94 ust. 3 Ustawy), ale również precyzuje sposób określania wielkości obrotu przesądzającego o istnieniu obowiązku zgłoszenia zamiaru przeprowadzenia danej transakcji Prezesowi UOKiK (art. 16 w zw. z art. 13 ust. 1 Ustawy) i statuuje odpowiedzialność za niedopełnienie obowiązków wynikających z Ustawy (art. 106–108); zob. komentarz do tych przepisów.

²⁰⁸ M. Będkowski-Kozioł (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2009, s. 151; K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 126.

²⁰⁹ Wprawdzie przejście kontroli może być dokonane zarówno przez jednego, jak i wielu przedsiębiorców, o czym świadczy treść przepisu art. 13 ust. 2 pkt 2 Ustawy, jednak komentowany przepis wskazuje na możliwość odgrywania aktywnej w tym procesie roli jedynie przez jednego przedsiębiorcę.

cę dominującego), jak również dysponowanie prawem do całego lub części mienia przedsiębiorcy zależnego, na uprawnieniu do zarządzania przedsiębiorcą zależnym lub uprawnieniu do pobierania od niego zysków na podstawie umowy kończą. Jak już podkreślono, katalog ten ma otwarty charakter – możliwe jest przejęcie kontroli w inny, niewskazany w tym przepisie sposób. Definicja przejęcia kontroli wskazuje, że dla ustalenia, czy określony przedsiębiorca faktycznie tę kontrolę przejął lub zamierza przejąć, należy brać pod uwagę wszystkie okoliczności prawne i faktyczne mogące stwarzać uprawnienia do wywierania decydującego wpływu. Źródłem tych uprawnień może być zarówno jedna czynność prawna, jak i zespół różnych działań prawnych i faktycznych. Jak słusznie wskazuje E. Modzelewska-Wąchal, przejęcie kontroli może nastąpić zarówno w wyniku aktywności podmiotu ją przejmującego, jak też przy jego całkowitej bezczynności – poprzez działania osób trzecich, np. w wyniku nabycia kontrolnych pakietów akcji lub udziałów przez przedsiębiorcę od niego zależnego albo w sytuacji rozdrobnienia akcjonariatu, poprzez sprzedaż akcji wspólnika posiadającego znaczny ich pakiet na rzecz wielu mniejszych akcjonariuszy, co może dać kontrolę nad spółką innemu akcjonariuszowi²¹⁰. Podobnie określony przedsiębiorca może sam być dysponentem uprawnień dających kontrolę (sprawuje on tę kontrolę bezpośrednio), jak i uprawnienia te mogą przysługiwać osobom trzecim, z którymi ten przedsiębiorca jest powiązany w taki sposób, że może korzystać z cudzych uprawnień do wywierania decydującego wpływu. W przypadku pośredniej kontroli występuje więc sytuacja, w której tytuł prawny do majątku, umowa lub inna sytuacja dająca kontrolę są oddzielone od zdolności wykonywania tych praw i zawłaszczania z nich pożytków²¹¹. Tak więc bez względu na formę, przejęcie kontroli ma miejsce wtedy, gdy w rezultacie działań lub zaniechań określonego przedsiębiorcy ma on faktyczną możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Należy podkreślić, że nie ma znaczenia, czy dany przedsiębiorca z tych uprawnień faktycznie korzysta lub zamierza korzystać. Ważne jest to, że ma taką możliwość.

5.2. Przejęcie kontroli – możliwość wywierania decydującego wpływu

Z komentowanej definicji wynika, że istotą przejęcia kontroli jest uzyskanie przez przedsiębiorcę (przedsiębiorców) możliwości wywierania decydującego wpływu (*decisive influence*) na innego przedsiębiorcę (przedsiębiorców). W piśmiennictwie wyraża się pogląd, że uzyskanie możliwości wywierania takiego wpływu na innego przedsiębiorcę jest podstawową i jedyną przesłanką rozstrzygania, czy określony przedsiębiorca przejął lub ma zamiar przejąć kontrolę nad innym podmiotem²¹².

²¹⁰ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa...*, s. 60.

²¹¹ Tamże.

²¹² K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 129.

Kwestia zakresu znaczeniowego kategorii decydującego wpływu nie była – według naszej wiedzy – przedmiotem rozstrzygnięć polskich sądów. W piśmiennictwie natomiast z pojęciem tym wiąże się różne znaczenia. Formułowany jest więc pogląd, że „wpływ ten należy rozumieć szeroko: odnosić się on powinien do wszelkich istotnych aspektów funkcjonowania przedsiębiorcy, zarówno wewnętrznych, takich jak organizacja przedsiębiorcy, jak i zewnętrznych, tj. działalności przedsiębiorstwa na rynku, w tym podejmowania decyzji operacyjnych i strategicznych”²¹³. Według E. Modzelewskiej-Wąchał „do tego rodzaju rozstrzygnięć zalicza się w szczególności uchwały w przedmiocie prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcy oraz ustalanie polityki przedsiębiorstwa”²¹⁴. To ostatnie rozumienie omawianej kategorii jest, naszym zdaniem, bliższe istocie kontroli nad innym przedsiębiorcą. Ogranicza bowiem zakres spraw, które należy wiązać z posiadaniem decydującego wpływu, do spraw najważniejszych, rozstrzygających o funkcjonowaniu i rozwoju kontrolowanego przedsiębiorcy²¹⁵. Praktyka wskazuje, że dla sprawującego kontrolę najczęściej nie ma znaczenia, jak są rozstrzygane sprawy bieżące, operacyjne, takie jak np. obsadzenie stanowisk niższego szczebla czy wybór kontrahentów i warunki transakcji. Nierzadkie są sytuacje, gdy sprawujący kontrolę rezerwuje sobie wyłączny i decydujący wpływ na strategiczne decyzje przedsiębiorcy zależnego. Określa cele, jakie ten przedsiębiorca ma osiągnąć w określonej perspektywie czasowej, zastrzegając sobie wyłączne uprawnienia do rozstrzygania o takich sprawach, jak: biznesplany wyznaczające kierunki rozwoju i sposoby ich finansowania, rozmiary i dziedziny inwestycji, a także stosowane w nich technologie, wieloletnie budżety lub powoływanie i odwoływanie większości członków organów podejmujących decyzje strategiczne. Do tej grupy decyzji zalicza się również ważniejsze decyzje rynkowe, zwłaszcza co do strategii rozwoju różnych rynków (zarówno produktowych, jak i geograficznych) czy tempa innowacyjności. Należy też podkreślić, że uprawnienie do skutecznego wpływania na decyzje natury strategicznej wyznacza standard minimalny decydującego wpływu. Jest rzeczą oczywistą, że im większa jest możliwość wpływania na decyzje niższej rangi, zwłaszcza decyzje bieżące, tym silniejsza jest kontrola podmiotu dominującego nad danym przedsiębiorcą. Trzeba zauważyć, iż takie rozumienie decydującego wpływu byłoby bliższe znaczeniu, jakie ta kategoria ma w prawie wspólnotowym²¹⁶.

²¹³ M. Będkowski-Kozioł (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2009, s. 152.

²¹⁴ E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa...*, s. 59.

²¹⁵ Tak też: wyjaśnienia UOKiK w sprawie procedury koncentracji: „przykładowo do przejścia kontroli może doprowadzić przyznanie uprawnień jednemu lub większej liczbie przedsiębiorców, które to uprawnienia dają możliwość decydowania lub współdecydowania o strategicznych sprawach dla działalności biznesowej innego przedsiębiorcy, dotyczących w szczególności takich kwestii jak budżet, plan gospodarczy, znaczące inwestycje oraz powoływanie członków organów przedsiębiorcy”.

²¹⁶ Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych odnoszących się do rozporządzenia Rady nr 139/2004 o kontroli koncentracji między przedsiębiorstwami, 2008/C 95/01, pkt 54, 62 i 66 i przywoływane orzeczenia; zob. również F. Ninane, O. Fragnet, Ch. Beauchataud, *France: Minority interests require attention*, *International Financial Law Review*, październik 2008.

Niezależnie jednak od tego, czy omawiana kategoria jest interpretowana szeroko (jako możliwość decydowania również o bieżących sprawach innego przedsiębiorcy), czy też przypisze się jej węższe znaczenie (obejmując nim wywieranie wpływu przynajmniej na decyzje natury strategicznej), w sytuacjach określonych w przepisach art. 4 pkt 4 lit. a–d Ustawy przedsiębiorca, który ma zamiar podjąć wskazane tam czynności, będzie miał możliwość wywierania decydującego wpływu na podmiot zależny. Samo więc podjęcie zamiaru doprowadzenia do: dysponowania większością głosów, nabycia uprawnienia do powoływania większości członków organów nadzorczych i zarządzających, uzyskania uprawnień do obsady więcej niż połowy członków zarządu lub uzyskania możliwości dysponowania większością głosów w zależnej spółce osobowej lub zależnej spółdzielni powinno być zawsze rozumiane jako zamiar przejścia kontroli, co byłoby równoznaczne z istnieniem obowiązku jego zgłoszenia Prezesowi. Bez konieczności przeprowadzania analiz, czy potencjalnie lub efektywnie istnieje możliwość wywierania decydującego wpływu. Inaczej powinno się oceniać zamiar nabycia uprawnień do części mienia innego przedsiębiorcy oraz podjęcie zamiaru zawarcia umowy o zarządzanie innym przedsiębiorcą lub umowy o przekazywanie jego zysku. Nie można wykluczyć, że oddający prawo do części mienia lub powierzający zarządzanie nie ma zamiaru rezygnowania z kontroli nad swoim przedsiębiorstwem. Konieczna jest więc analiza konkretnej umowy, a także wszystkich innych okoliczności prawnych i faktycznych pod kątem możliwości wywierania decydującego wpływu przez nabywającego takie uprawnienia (zob. niżej pkt 4.5.5 i 4.5.6).

5.3. Przejęcie kontroli wyłącznej

Kontrola nad innym podmiotem może być sprawowana przez jeden podmiot lub większą liczbę przedsiębiorców. Przejęcie kontroli wyłącznej – sprawowanej przez jednego przedsiębiorcę (*sole control*) w spółkach kapitałowych (przejęcie kontroli w spółkach osobowych – zob. dalej) – następuje zwykle w wyniku nabycia większości kapitału (akcji, udziałów) innego podmiotu – od tego momentu spółki zależnej – zapewniającego dysponowanie większością głosów. Jednakże jeżeli akty założycielskie podmiotu zależnego (statut, umowa) przewidują, że do podjęcia decyzji strategicznych konieczne jest dysponowanie większością kwalifikowaną, to zwykła większość głosów nie zapewnia kontroli, chyba że ta liczba głosów jest wystarczająca do blokowania (negatywnej kontroli). Nierzadkie są sytuacje – dotyczy to zwłaszcza spółek akcyjnych notowanych na giełdach papierów wartościowych, ale także spółek z o.o. o znacznej liczbie wspólników – gdy nawet mniejszościowy pakiet głosów zapewnia sprawowanie kontroli. Jest tak w sytuacji znacznego rozproszenia pozostałych akcji lub udziałów. W takim przypadku do oceny stopnia wpływu na kierunki rozwoju spółki mniejszościowego udziałowca lub akcjonariusza, mającego jednak bezwzględnie największą część głosów, konieczna jest analiza uczestnictwa pozostałych dysponentów akcji lub udziałów na ostatnich zgromadzeniach, a także projekcja ich aktywności na najbliższych posiedze-

niach tych organów. W takich analizach i projekcjach szczególna uwaga powinna być poświęcona charakterowi ich związków wzajemnych (strukturalnych, finansowych lub rodzinnych), mogących potencjalnie osłabić pozycję tego z partnerów spółki, który dysponuje największą, jednak nie przeważającą częścią głosów. Mniejszościowy wspólnik lub akcjonariusz może także dysponować kontrolą, jeżeli przysługują mu określone prawa specjalne, np. jest w posiadaniu lub dysponuje uprzywilejowanymi co do głosu udziałami (art. 174 § 2–4 k.s.h.) lub akcjami (art. 351 § 1–2 k.s.h.). Mniejszościowemu wspólnikowi lub akcjonariuszowi przejęcie kontroli może również zapewnić umowa z pozostałymi współwłaścicielami, dająca mu prawo do dysponowania większością głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy lub zgromadzeniu wspólników. Podobne skutki może zagwarantować wykonywanie praw z akcji lub udziałów podmiotowi będącemu ich zastawnikiem (art. 327 k.c.) lub użytkownikiem (art. 265 k.c.).

5.4. Przejęcie kontroli wspólnej

Przejęcie kontroli wspólnej (*joint control*) oznacza sytuację, w której możliwość wywierania decydującego wpływu na danego przedsiębiorcę uzyskały dwa lub więcej podmioty.

Ma ona miejsce wtedy, gdy dwaj przedsiębiorcy (lub ich większa liczba) dysponują jednakową liczbą głosów w organach podejmujących najważniejsze decyzje dla rozwoju spółki zależnej. Taki rozkład głosów może wynikać z równości wkładu do kapitału spółki lub też być pochodną umowy założycieli (aktualnych wspólników lub akcjonariuszy) spółki zależnej, gwarantującej, mimo nierówności wkładów do jej kapitału i niejednakowej liczby głosów na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników, jednakową liczbę ich reprezentantów w innych organach tej spółki – radzie nadzorczej lub zarządzie (pod warunkiem, że właśnie te ciała mają uprawnienia do podejmowania decyzji strategicznych), a także z jakiegokolwiek innej umowy (np. zastawu) prowadzącej do idealnie równego podziału siły w organach stanowiących spółki zależnej. W każdym jednak razie dla istnienia wspólnej kontroli konieczne jest spełnienie warunku, że żaden z dwóch wspólników lub akcjonariuszy nie ma głosu rozstrzygającego. Ze swej istoty kontrola wspólna kształtująca przyszłe funkcjonowanie – rozwój – spółki wymaga współpracy obu jej właścicieli. Obaj też, w równym stopniu, mają możliwość blokowania inicjatyw partnera.

Wspólna kontrola może również istnieć w sytuacji, gdy nie ma idealnego rozkładu sił między dwoma wspólnikami lub akcjonariuszami spółki zależnej (gdy mają nierówną liczbę głosów lub niejednakową reprezentację w jej najważniejszych organach) lub gdy założycieli lub aktualnych wspólników albo akcjonariuszy jest więcej niż dwóch. Jak należy sądzić, np. na podstawie doświadczeń Komisji, wspartych orzecznictwem sądów, w obu tych sytuacjach może się ona przejawiać przede wszystkim w możliwości

blokowania decyzji dotyczących bezpośrednio rozwoju spółki lub obsady jej organów stanowiących (w kontroli negatywnej)²¹⁷. W pierwszym z omawianych tu przypadków (nierównej liczby głosów w spółce mającej dwóch właścicieli, w której nie ma symetrii głosów) wspólna kontrola może wynikać z określonych w statucie lub umowie praw przysługujących wspólnikowi lub akcjonariuszowi mniejszościowemu, np. gdy do podjęcia decyzji w szczególnych sprawach wymagana jest jego aprobatą wyrażona w głosowaniu na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników albo gdy określona decyzja o charakterze strategicznym musi uzyskać kwalifikowaną większość głosów innego organu, w którym ten mniejszościowy partner ma swego przedstawiciela(-i), a jego (ich) uczestnictwo w głosowaniu zapewnia niezbędne kworum.

Podobne uprawnienia specjalne dla akcjonariuszy lub wspólników mniejszościowych mogą przewidywać statuty lub umowy spółek mających wielu właścicieli. Jednakże nawet brak takich uprawnień dla mniejszościowych akcjonariuszy lub wspólników takich spółek nie wyklucza uzyskania i sprawowania przez nich wspólnej kontroli. I to nawet kontroli pozytywnej – określającej przynajmniej strategiczne parametry ekonomiczne, strukturalne lub rynkowe tej spółki. Taka sytuacja ma miejsce wtedy, gdy mniejszościowi udziałowcy lub akcjonariusze podejmą ustalenia, że będą działać wspólnie i osiągną w ten sposób liczbę głosów przewyższającą liczbę będącą w posiadaniu największego dysponenta tych praw. Tego rodzaju zdarzenie może być wynikiem umowy lub działań niezgodzonych, jednak będących odzwierciedleniem wspólnoty interesów. Okolicznością uprawdopodobniającą takie zachowania mniejszościowych współwłaścicieli spółki jest ich przynależność do jednej grupy kapitałowej²¹⁸, a także silna współzależność ekonomiczna spółek macierzystych²¹⁹. W przypadkach gdy strony nie wiąże umowa, a jednocześnie brak tak wyraźnej wspólnoty interesów, przejęcie lub istnienie wspólnej kontroli, ze względu na potencjalnie dużą zmienność koalicji, jest mało prawdopodobne²²⁰.

Przedsiębiorcy zamierzający przejąć wspólną kontrolę, podobnie jak i przedsiębiorcy, którzy w efekcie zmian kapitałowych, w wyniku porozumień z innym akcjonariuszami lub udziałowcami mniejszościowymi albo w efekcie innych działań, mają zamiar uzyskać kontrolę wyłączną, zgodnie z dyspozycją art. 13 ust. 2 pkt 2 Ustawy w zw. z jej art. 94 ust. 2 pkt 2 mają obowiązek zgłosić ten zamiar Prezesowi Urzędu²²¹. Jeżeli jednak przedsiębiorca, który sprawuje wyłączną kontrolę, wyzybywa się jej częściowo na rzecz innego przedsiębiorcy, w efekcie czego wspólnie będą sprawować kontrolę,

²¹⁷ Obwieszczenie 2008/C 95/01, pkt 62 i 65.

²¹⁸ Tamże, pkt 75.

²¹⁹ Tamże, pkt 77.

²²⁰ Tamże, pkt 80.

²²¹ M. Dyl, R. Stankiewicz, *Przejęcie wspólnej kontroli nad przedsiębiorcą jako przesłanka zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK*, PPH 2013, nr 4, s. 8.

obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji spoczywa wyłącznie na przedsiębiorcy, który przejmuje wspólną kontrolę²²². Nie ma również obowiązku zgłaszania zamiaru koncentracji przedsiębiorca sprawujący wspólną kontrolę w sytuacji, kiedy zmienia się przedsiębiorca, z którym tę wspólną kontrolę sprawuje. Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji w takiej sytuacji ciąży natomiast na przedsiębiorcy, który zamierza przystąpić do wspólkontroli²²³. Obowiązek ten nie spoczywa na podmiotach, które w efekcie działań prawnych lub faktycznych, wcześniej dysponując kontrolą pozytywną, uzyskają kontrolę negatywną (i odwrotnie)²²⁴.

Więzy rodzinne występujące pomiędzy wspólnikami przedsiębiorcy nie są wystarczającą podstawą do uznania, że sprawują oni wspólną kontrolę nad tym przedsiębiorcą. Do takiego uznania konieczne jest istnienie stosownego porozumienia pomiędzy nimi, przy czym porozumienie takie może zostać zawarte zarówno w formie pisemnej, jak i ustnej²²⁵.

5.5. Przejęcie kontroli – formy

5.5.1. Dysponowanie większością głosów na zgromadzeniu wspólników, walnym zgromadzeniu lub zarządzie – art. 4 pkt 4 lit. a

Zakres podmiotowy komentowanego przepisu obejmuje wszystkich przedsiębiorców, w których strukturach wewnętrznych funkcjonują wymienione organy: zgromadzenie wspólników, walne zgromadzenie lub zarząd. Organy takie są powoływane u większości przedsiębiorców mających osobowość prawną. Należy do nich zaliczyć przede wszystkim **spółki kapitałowe** – spółki z o.o. i spółki akcyjne. W obu formach tych spółek występuje organ, w którym właściciele, bezpośrednio lub przez swoich przedstawicieli, kształtują bieżący i przyszły stan spółek – zgromadzenie. Zgromadzenie wspólników w spółkach z o.o. regulują przepisy art. 227–254 k.s.h., a walne zgromadzenie w spółkach akcyjnych – art. 393–429 k.s.h. W obu rodzajach spółek powoływany jest zarząd (odpowiednio: art. 201–211 k.s.h. i art. 368–380 k.s.h.). Walne zgromadzenie jest organem występującym w jednej z postaci spółek osobowych – **spółce komandytowo-akcyjnej** (art. 145–146 k.s.h.). Ponadto k.s.h. przewiduje, że do prowadzenia spraw i reprezentowania spółki zarząd można powołać w **spółce partnerskiej**. Katalog rodzajów podmiotów, w których funkcjonują wskazane tu organy, wyczerpuje **spółdzielnia**. Ustawa z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 21 z późn. zm.) przewiduje funkcjonowanie dwóch organów, o których mowa w komentowanym przepisie – walnego zgromadzenia (art. 36–42) oraz zarządu

²²² Wyjaśnienia UOKiK w sprawie procedury koncentracji, s. 42.

²²³ Tamże, s. 42.

²²⁴ Zob. komentarz do art. 13 Ustawy.

²²⁵ Wyjaśnienia UOKiK w sprawie procedury koncentracji, s. 17.

(art. 48–55). Zakres podmiotowy tego przepisu jest zatem stosunkowo rozległy, chociaż nie ma wątpliwości, że norma ta jest adresowana głównie do spółek kapitałowych, w nich bowiem przejawia się zdecydowana większość koncentracji – a dla potrzeb przepisów regulujących antymonopolową kontrolę koncentracji (zwłaszcza art. 13 ust. 2 pkt 2) zdefiniowano w „słowniczku” Ustawy pojęcie przejęcia kontroli i jej formy.

Przejęcie kontroli nad wyżej wskazanymi przedsiębiorcami może nastąpić w wyniku uzyskania **większości głosów** w trakcie obrad tych organów. Podejmowane podczas nich decyzje zapadają w większości sytuacji (zawsze, gdy są podejmowane przez zgromadzenia wspólników lub walne zgromadzenia, i niekiedy, gdy statuty lub umowy przewidują ten tryb podejmowania decyzji w określonych sprawach przez zarząd) w trybie uchwał, o przyjęciu których przesądzają wyniki głosowania. W większości podmiotów zorganizowanych w formie spółek lub spółdzielni liczba głosów odpowiada liczbie objętych udziałów lub akcji. Zasada ta podlega jednak licznym wyłączeniom. Przykładowo regulacje k.s.h. przewidują możliwość uprzywilejowania udziałów (art. 174 k.s.h.) lub akcji (art. 351 k.s.h.). Dla rozpatrywanej tu kwestii – możliwości przejęcia kontroli w wyniku dysponowania większością głosów – najważniejsze jest uprzywilejowanie co do głosu i przypisanie do niektórych akcji prawa weta²²⁶. W spółkach akcyjnych możliwe jest istnienie tzw. akcji niemych, uprawniających do dywidendy, jednak pozbawionych prawa głosu – art. 351 k.s.h. W spółdzielniach, co do zasady, każdy członek spółdzielni ma jeden głos, bez względu na liczbę posiadanych udziałów – art. 36 § 3 pr. spółdz.²²⁷ Z uwagi na to liczba głosów nie musi więc odpowiadać wielkości kapitału wniesionego do spółki lub zasobów spółdzielni. Przepisy k.s.h. i pr. spółdz., a także akty prawa wewnętrznego (umowy, statuty, regulaminy) określają, czy dla podjęcia danej uchwały wystarcza dysponowanie bezwzględną większością głosów, czy też niezbędne jest dysponowanie większością kwalifikowaną. Komentowany przepis nie precyzuje, o jaką, bezwzględną czy kwalifikowaną, większość chodzi. Taka regulacja, jeżeli w ogóle byłaby możliwa, i tak nie rozwiązywałaby problemu. Już sama istota przejęcia kontroli – możliwość wywierania decydującego wpływu – nie jest w Ustawie wystarczająco precyzyjnie zdefiniowana. Ponadto w niektórych sytuacjach kontrolę zapewnia możliwość blokowania uchwał. Trzeba też zważyć na fakt, że większość głosów może zapewnić umowa udziałowców lub akcjonariuszy lub dysponowanie prawami głosu z tytułu zastawu lub użyczenia (art. 340 k.s.h.).

²²⁶ Zob. Ł. Gasiński, glosa do wyroku SN z dnia 30 września 2004 r., IV CK 713/03, Glosa 2006, nr 1, s. 25; W.J. Katner, *Prawa mniejszości...*, s. 1. Uprzywilejowanie udziałów lub akcji, mogące mieć wpływ na uzyskanie kontroli nad spółką, może wykraczać poza unormowania kodeksowe (wynikać z umowy lub statutu) i polegać m.in. na wyrażaniu zgody na niektóre czynności spółki, na pierwszeństwie skierowania oferty do określonych odbiorców – zob. A. Kidyba (w:) Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, T. Sokołowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Część ogólna, Warszawa 2009, s. 261–263.

²²⁷ Ograniczenie to nie dotyczy spółdzielni, której członkami są wyłącznie osoby prawne.

Możliwość sprawowania kontroli nad określonym przedsiębiorcą istnieje także wtedy, gdy jeden z podmiotów wprowadzie nie posiada 50% (+1) akcji lub udziałów, lecz ma ich wystarczająco dużo, aby przegłosować każdą uchwałę. Warunkiem posiadania takiej kontroli jest rozproszenie pozostałych akcji (udziałów)²²⁸. W spółkach publicznych (notowanych na giełdach papierów wartościowych) stopień rozproszenia może być tak znaczny, że dysponent (właściciel, zastawnik) niewielkiego, np. 35-procentowego, pakietu akcji (udziałów) dysponuje „decydującym wpływem”. Badanie, czy dysponent takiego pakietu akcji sprawuje kontrolę nad określoną spółką, zależy więc od stopnia rozproszenia pozostałych części kapitału oraz frekwencji (zwłaszcza historii frekwencji) drobnych współwłaścicieli w zgromadzeniach.

Oznacza to, że w każdej indywidualnej sytuacji ocena, czy określony przedsiębiorca lub przedsiębiorcy dysponują większością głosów lub będą mieli możliwość jej użycia, zależy od analizy wielu przesłanek prawnych i faktycznych. Próg ten – liczbę głosów zapewniających większość – można jednak ustalić, a w konsekwencji określić, czy istnieje obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji.

5.5.2. Uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy – art. 4 pkt 4 lit. b

Uprawnienie do powoływania i odwoływania członków wskazanych w tym przepisie organów określonego przedsiębiorcy przysługuje co do zasady innym organom tego przedsiębiorcy. Kwestie te regulują przepisy k.s.h. i pr. spółdz. I tak, uprawnienie do powoływania lub odwoływania członków zarządu w spółce z o.o. przysługuje zgromadzeniu wspólników (art. 201 § 4 k.s.h.), w spółce akcyjnej – jej radzie nadzorczej (art. 368 § 4 k.s.h., z zastrzeżeniem, że członka zarządu odwołać lub zawiesić może walne zgromadzenie), w spółce partnerskiej – jej partnerzy (art. 97 § 1 k.s.h.), w spółdzielni zaś – odpowiednio do postanowień statutu, walne zgromadzenie lub rada nadzorcza (art. 49 § 2 pr. spółdz., z zastrzeżeniem, że członka zarządu może odwołać walne zgromadzenie, bez względu na to, który organ, stosownie do postanowień statutu, wybiera członków zarządu – art. 49 § 4 pr. spółdz.). Natomiast członków rady nadzorczej w spółkach lub spółdzielniach, w których organ taki jest powoływany²²⁹, powołują lub odwołują zgromadzenia wspólników, akcjonariuszy lub spółdzielców. I tak, w spółce z o.o. – zgromadzenie wspólników (art. 215 § 1 k.s.h.)²³⁰, w spółce akcyjnej i spółdzielni – walne zgromadzenia (odpowiednio: art. 385 § 1 k.s.h. i art. 45 § 1 pr. spółdz.²³¹).

²²⁸ Tak też: M. Będkowski-Kozioł (w.): T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2009, s. 156.

²²⁹ Przepisy k.s.h. nie przewidują powołania takiego organu w spółce partnerskiej.

²³⁰ Należy przyjąć, że przepis ten dotyczy również członków komisji rewizyjnych, organu, który w spółkach z o.o. jest powoływany zamiennie lub jednocześnie z radą nadzorczą (art. 213 § 1 k.s.h.).

²³¹ Przepis ten przewiduje, że uprawnieniem do powoływania rady nadzorczej, o ile przewiduje to statut spółdzielni, dysponować mogą zebrania przedstawicieli lub zebrania grup członkowskich.

Możliwość powoływania większości członków tych organów w spółkach kapitałowych i spółdzielniach, których członkami są wyłącznie osoby prawne, przysługuje zatem co do zasady przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom, którzy dysponują większością głosów w organach uprawnionych do tych czynności, przede wszystkim jednak dysponują większością głosów na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników. Jednakże przepisy k.s.h. dopuszczają, aby umowy lub statuty przewidywały inne sposoby powoływania członków zarządów (art. 201 § 4 i art. 368 § 4 k.s.h.) i rad nadzorczych (art. 215 § 2 i art. 385 § 2 k.s.h.). Oznacza to, że możliwa jest sytuacja, iż uprawnionym do powoływania większości członków tych organów będzie określony przedsiębiorca lub przedsiębiorcy niedysponujący większością głosów na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników. W każdej jednak z wyżej wymienionych sytuacji na przedsiębiorcy lub przedsiębiorcach, którzy mają zamiar przejęcia uprawnień do powoływania większości członków zarządów lub rad nadzorczych innego przedsiębiorcy, jeżeli spełniają inne kryteria określone w Ustawie, ciąży obowiązek zgłoszenia tego zamiaru Prezesowi Urzędu, bowiem zgodnie z dyspozycją komentowanego przepisu przejmą nad nim kontrolę.

**5.5.3. Obsadzanie większości członków zarządu przedsiębiorcy zależnego
przez członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy
– art. 4 pkt 4 lit. c**

Uprawnienie do obsadzania większości członków zarządu określonego przedsiębiorcy przez członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy może być uznawane za jedną z kwalifikowanych postaci przejęcia kontroli w formie wskazanej już w przepisie art. 4 pkt 4 lit. b – uprawnienia do powoływania większości członków wskazanych organów. Uzasadnione jest stanowisko, że komentowany przepis jest dublowaniem norm i – w konsekwencji – celowość jego utrzymywania w Ustawie może być kwestionowana²³².

Jak należy sądzić, przesłanką, którą kierował się polski ustawodawca, zamieszczając w Ustawie ten przepis, jest możliwość istnienia szczególnie silnego związku między samodzielnymi przedsiębiorcami, związku nazywanego unią personalną (*interlocking directorate*). Związek ten niekoniecznie musi wynikać z relacji kapitałowych między przedsiębiorcami. Jest to związek, który potencjalnie, zwłaszcza między konkurentami, może prowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji. Można więc zakładać, że u podstaw wprowadzenia tego przepisu były nie tylko istniejące w polskich przepisach wzorce²³³, lecz także odwołanie się do regulacji antymonopolowych w innych

²³² K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 142. Niektóre środowiska prawnicze, powołując się na przedmiotową słabość omawianej definicji, postulują nawet wykreślenie tego przepisu z Ustawy – zob. stanowisko Stowarzyszenia Prawa Konkurencji z dnia 6 października 2008 r., za: www.spk.com.pl.

²³³ Zwłaszcza art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h.

państwach²³⁴, w części których, tak jak np. w Stanach Zjednoczonych, *interlocking directorate* między konkurentami, gdy przedsiębiorcy przekraczają określone progi bagatelności, jest zakazane²³⁵.

Bez względu jednak na mogące powstać wątpliwości interpretacyjne – a zostały one w znakomitej większości ograniczone w wyniku zmiany Ustawy w 2005 r. (Dz. U. z 2005 r. poz. 244, poz. 2080 z późn. zm.), znoszącej warunek, że do takiego przejęcia kontroli dochodzi, gdy większość członków zarządu jednego przedsiębiorcy stanowi jednocześnie większość zarządu innego przedsiębiorcy (obecnie nie ma znaczenia, czy większość członków zarządu przedsiębiorcy zależnego stanowi też większość zarządu przedsiębiorcy dominującego) – w aktualnym stanie prawnym unia personalna, w kształcie określonym niniejszym przepisem, jest traktowana jako przejaw koncentracji i po spełnieniu innych ustawowych kryteriów musi być zgłoszona Prezesowi Urzędu. Jednakże w sytuacjach, gdy mimo wszystko powstają wątpliwości, który z podmiotów jest przedsiębiorcą dominującym (a przez ten fakt zobowiązanym do zgłoszenia zamiaru przejęcia kontroli), a który przedsiębiorcą zależnym, zasadne byłoby posługiwanie się kryteriami określonymi w art. 4 § 3–5 k.s.h. Przepisy te systematyzują kryteria – ustalają ich hierarchię – i w ten sposób mogą ułatwić określenie wzajemnych relacji – dominacji i zależności – przedsiębiorców związanych unią personalną. Systematyka ta powinna mieć zresztą zastosowanie w każdej innej sytuacji, gdy trudno o ustalenie, który z przedsiębiorców jest dominujący względem innego podmiotu. Gdy mimo przeprowadzenia takiej analizy w konkretnej sprawie rozstrzygnięcie wzajemnej relacji podmiotów jednak nie jest możliwe, należy przyjąć, że obie spółki są **spółkami wzajemnie dominującymi i zależnymi**²³⁶. Konsekwencją takiej kwalifikacji tych relacji powinno być, jak się wydaje, przypisanie obowiązku zgłoszenia zamiaru przejęcia kontroli obu tym przedsiębiorcom. Może jednak powstać kolejna niepewność – co do zgodności takiego zachowania tych podmiotów z dyspozycją przepisu art. 94 ust. 2 pkt 2 Ustawy. Jednak przypisanie obowiązku notyfikacji obu przedsiębiorcom jest uzasadnione celami prewencyjnej kontroli koncentracji.

5.5.4. Dysponowanie większością głosów w spółce osobowej zależnej lub na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej – art. 4 pkt 4 lit. d

Przedsiębiorca – zarówno osoba fizyczna, jak i, w niektórych rodzajach podmiotów, osoba prawna – może dysponować kontrolą nad inną spółką osobową. Może ją sprawować w szczególności poprzez dysponowanie większością głosów w kolegalnych

²³⁴ OECD *Glossary of Statistical Terms*, s. 406.

²³⁵ Artykuł 8 Clayton Act, 15 U.S.C. 19.

²³⁶ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa...*, s. 41; K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 142.

organach tych spółek, gdy k.s.h. przewiduje powoływanie zarządu (w spółce partnerskiej – art. 97 k.s.h.), rady nadzorczej (w spółce komandytowo-akcyjnej – art. 142 i 143 k.s.h.) lub walnego zgromadzenia (w spółce komandytowo-akcyjnej – art. 145 i 146 k.s.h.). Kodeks spółek handlowych przewiduje także, że nawet dla prowadzenia niektórych spraw nieprzekraczających zwykłych czynności spółki wymagana jest uprzednia uchwała wspólników (w spółce jawnej – art. 39 § 3 k.s.h., w spółce partnerskiej – art. 89 k.s.h., w spółce komandytowej – art. 103 k.s.h.). Uchwały tym bardziej wymagają sprawy mające zasadniczy wpływ na stosunki wewnętrzne i stosunki z osobami trzecimi spółek osobowych. Dysponowanie większością głosów może być pochodną zarówno wielkości wniesionego do spółki kapitału, jak i szczególnej roli jej założyciela (komplementariusza lub akcjonariusza w spółkach komandytowych lub komandytowo-akcyjnych), jak też umów, których przedmiotem jest przeniesienie uprawnień co do głosu, a także praw o charakterze rzeczowym lub obligacyjnym. Przejęcie kontroli polegające na przejęciu uprawnień do dysponowania większością głosów należy wiązać również z takimi czynnościami prawnymi lub faktycznymi, które polegają w szczególności na: przyjęciu do spółki nowego wspólnika (w tym nowego komplementariusza lub akcjonariusza), wystąpieniu ze spółki jednego z jej wspólników, zmianie pozycji dotychczasowego komandytariusza na komplementariusza.

Przejęcie kontroli nad spółdzielnią może dotyczyć jedynie spółdzielni, których członkami są wyłącznie osoby prawne. Tylko bowiem w takich spółdzielniach statuty mogą przewidywać inną niż w spółdzielniach osób fizycznych i spółdzielniach z udziałem osób fizycznych i prawnych zasadę ustalania liczby głosów przysługujących jej członkom. W tych ostatnich bowiem obowiązuje zasada, że każdy członek ma jeden głos, bez względu na liczbę udziałów (art. 36 § 3 pr. spółdz.).

5.5.5. Nabycie uprawnień do całości lub części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego) – art. 4 pkt 4 lit. e

Użyte w tym przepisie pojęcie mienia ma takie samo znaczenie jak w k.c. (art. 44 k.c. – mienie to własność i inne prawa majątkowe). Na gruncie k.c. mienie obejmuje jedynie aktywa określonego przedsiębiorcy²³⁷. Za takim rozumieniem tego terminu przemawia też orzecznictwo sądowe²³⁸.

²³⁷ Za wąskim rozumieniem tego terminu, oznaczającym, że w jego zakres wchodzi jedynie aktywa, a należy wykluczyć z niego pasywa, opowiadają się: K. Piasecki, *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna*, Kraków 2003, s. 132; E. Niezbecka, *Komentarz do art. 44 k.c.* (w:) Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, A. Kidyba, K. Kopczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, T. Sokołowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, *Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 323.

²³⁸ Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2008 r., VI Ca 1288/07.

O ile nabycie uprawnień do całości mienia innego przedsiębiorcy w każdym przypadku oznacza przejęcie nad nim kontroli (z wyłączeniem niektórych sytuacji, gdy uprawnienia te są jedynie uprawnieniami formalnymi – zob. niżej), o tyle już kwestia, jak znaczna część mienia przesądza o tym, że przedsiębiorca to mienie przejmujący przejmuje też kontrolę nad przedsiębiorcą zbywcy, może w praktyce rodzić wątpliwości. W tej kwestii pomocna może być treść przepisu art. 13 ust. 2 pkt 4. W przepisie tym zawarto istotne elementy definicji omawianej formy przejęcia kontroli. Wskazano więc, że chodzi po pierwsze o takie części mienia, które stanowią część lub całość przedsiębiorstwa, i po drugie o taką część mienia, która jest na tyle zorganizowana lub ma takie właściwości, że może samodzielnie generować (w terminologii Ustawy – realizować) obrót, co powinno oznaczać, że część ta może funkcjonować na rynku niezależnie od części nieprzejmowanej. Uwzględniając ogólną definicję przejęcia kontroli, zawartą w części wstępnej art. 4 pkt 4 Ustawy, można zatem stwierdzić, że w przypadku nabycia części mienia innego przedsiębiorcy dojdzie do przejęcia nad nim kontroli, jeżeli spełnione są łącznie dwie przesłanki: część ta jest na tyle zorganizowana lub ma takie właściwości, że samodzielnie może realizować obrót, a jednocześnie nabywający uprawnienia do tej części mienia uzyskuje możliwość wywierania decydującego wpływu na jej dalsze funkcjonowanie i rozwój.

Dla stosowania definiowanej formy przejęcia kontroli nie ma znaczenia forma czynności prawnej, w wyniku której przedsiębiorca uzyskuje prawo do całego lub części mienia innego przedsiębiorcy. W grę wchodzi więc zarówno czynności, w których jednocześnie następuje przeniesienie własności (np. sprzedaż, darowizna, dziedziczenie), jak i umowy o charakterze ograniczonych praw rzeczowych (np. użytkowanie) lub obligacyjnych (np. dzierżawa).

W doktrynie słusznie zwraca się uwagę, iż w praktyce występują sytuacje, że prawo do mienia lub jego części formalnie przysługuje innej osobie (np. bankowi lub instytucji leasingowej) niż przedsiębiorca, który faktycznie korzysta z tego mienia i sprawuje nad nią faktyczną kontrolę (jest „ekonomicznym właścicielem”). Odnosi się to zwłaszcza do umów kredytowych, w których zabezpieczeniem wierzytelności jest mienie przedsiębiorcy, lub korzystania z mienia w ramach umowy leasingowej (regulowanej przepisami art. 709¹–709¹⁸ k.c.). W takich sytuacjach nie jest spełniony podstawowy warunek przejęcia kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 Ustawy w postaci uzyskania możliwości decydującego na przedsiębiorcę wpływu, a bank czy leasingodawca, który nabywa uprawnienia do mienia przedsiębiorcy, nie powinien być uznany za przedsiębiorcę przejmującego kontrolę²³⁹.

²³⁹ K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 145.

5.5.6. Umowa o zarządzanie lub przekazywanie zysku – art. 4 pkt 4 lit. f

Obie postaci umów mogących być podstawą przejęcia kontroli nad innym przedsiębiorcą przewiduje art. 7 k.s.h. Wprawdzie żaden z przepisów k.s.h. nie precyzuje ich rozumienia, jednak na potrzeby Ustawy ten rodzaj zależności przedsiębiorców powinno się interpretować szeroko. Przepisem tym należy obejmować zarówno umowy, których podstawą jest zależność kapitałowa (np. w strukturach holdingowych), jak i umowy, w których powierza się zarządzanie na zasadzie zlecenia lub umów podobnych. W każdym jednak przypadku indywidualnej ocenie podlegać powinno to, czy w ich wyniku możliwe będzie osiągnięcie możliwości wywierania decydującego wpływu (przejęcia kontroli) na podmiot zarządzany lub przekazujący zyski.

5.5.7. Przejęcie kontroli w inny sposób

Komentowany przepis zawiera niezamknięty wykaz czynności prawnych i faktycznych prowadzących do przejęcia kontroli. Oznacza to, że w praktyce mogą istnieć inne niż wymienione w nim formy przejmowania kontroli.

Do takich zaliczyć można m.in. silną zależność ekonomiczną wspieraną przez towarzyszące jej powiązania strukturalne. Sytuacja ta może mieć miejsce np. w przypadku, gdy z długoterminową umową dostaw lub z długoterminową umową o kredyt udzielany przez kluczowego dostawcę bądź ważnego odbiorcę związane jest uczestnictwo reprezentanta(-ów) dostawcy lub kredytodawcy w kształtowaniu polityki drugiej strony takich umów²⁴⁰. W takich przypadkach o tym, czy będzie miało miejsce lub faktycznie wystąpiło przejęcie kontroli, przesądzić może jedynie analiza stopnia wpływu na danego przedsiębiorcę, oceniająca, czy wpływ ten jest tak znaczący, że może być kwalifikowany jako decydujący. Nie można też wykluczyć przypadku, że przejęcie kontroli nastąpi w wyniku spadkobrania lub darowizny. Taka możliwość dotyczy przede wszystkim spółek osobowych. Zgodnie z dyspozycją art. 4 pkt 4 lit. c Ustawy, kontrola nabyta w ten sposób przez osobę fizyczną podlega zgłoszeniu Prezesowi jedynie w sytuacji, gdy dysponent takich praw kontroluje już co najmniej jednego innego przedsiębiorcę. Należy raz jeszcze podkreślić, że do przejęcia kontroli może dochodzić również w sytuacji, gdy nie jest ono wynikiem zamierzonego działania określonego przedsiębiorcy – może mieć miejsce jako efekt działań strony trzeciej, przy całkowicie biernej roli przejmującego kontrolę.

Jednakże umowy franczyzowe nie są zwykle przejawem przejęcia kontroli nad franczyzobiorcą. Franczyzobiorca najczęściej prowadzi działalność na własny rachunek

²⁴⁰ Decyzja Komisji w sprawie IV/M.794 *Coca-Cola v. Amalgamated Beverages GB*; decyzja Komisji w sprawie IV/M.625 *Nordic Capital v. Transpool*; decyzja Komisji w sprawie IV/M.697 *Lockheed Martin Corp. v. Loral Corp.*

i nie podlega kontroli (w znaczeniu komentowanego przepisu), nawet gdy znakomita część jego majątku jest własnością francyzodawcy²⁴¹. Jednakże, gdyby francyzodawca zagwarantował sobie możliwość „decydującego wpływu”, bowiem ponosi znaczącą część prawnych i finansowych ryzyk związanych z działalnością francyzobiorcy, to umowa taka oznaczałaby istnienie (przejęcie) kontroli.

6. Porozumienia – art. 4 pkt 5

6.1. Uwagi ogólne

6.1.1. Porozumienia a konkurencja

Rozumienie komentowanej kategorii – porozumień – powinno być wiązane z celami prawa ochrony konkurencji. Prawo konkurencji traktuje bowiem związki gospodarcze niezależnych przedsiębiorców w szczególny sposób. Są one zawsze oceniane przez pryzmat ich wpływu na konkurencję. Jedną z postaci praktyk podlegających zakazom i sankcjom określonym w Ustawie są właśnie porozumienia, pojmowane jako działania podejmowane przez wielu – przynajmniej dwóch – niezależnych przedsiębiorców mające na celu eliminowanie, ograniczanie lub zniekształcanie konkurencji lub mające skutek w takiej postaci (*multilateral practices*)²⁴². Ten szczególny rodzaj praktyk, polegających na zawieraniu szkodzących konkurencji umów, dokonywaniu uzgodnień prowadzących do ograniczenia lub wyeliminowania konkurencji albo podejmowaniu antykonkurencyjnych uchwał przez związki przedsiębiorców, określony jest w Ustawie zbiorczą nazwą „porozumienia”.

Zawarta w komentowanym przepisie definicja porozumień ogranicza się jedynie do form, w jakich mogą się przejawiać szkodzące konkurencji skoordynowane działania przedsiębiorców. Rozumienie omawianej kategorii należy więc wiązać z przedmiotem regulacji art. 6 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z treścią tego przepisu wszelkie porozumienia, których celem lub skutkiem jest eliminowanie, ograniczanie lub naruszanie konkurencji w inny sposób, są zakazane. W komentowanym przepisie nie chodzi więc o jakiekolwiek porozumienia, lecz o takie, które negatywnie wpływają lub wpływać mogą na konkurencję – i przez ten fakt są zakazane albo w określonych okolicznościach, zdefiniowanych w art. 7 lub 8 Ustawy, mimo negatywnych skutków (rzeczywistych lub tylko potencjalnych) dla konkurencji, wyłączone z zakresu tego zakazu. Z tego właśnie względu, tzn. ze względu na wielość sposobów, w jakie może być osiągnąta

²⁴¹ Decyzja Komisji w sprawie IV/M.940 *USB v. Minster Minit*; decyzja Komisji w sprawie IV/M. 4220 *Food Service Project v. Tele Pizza*.

²⁴² Drugim rodzajem praktyk zakazanych Ustawą są zachowania jednego przedsiębiorcy dysponującego wystarczającą siłą rynkową (mającego na rynku pozycję dominującą), aby zakłócać reguły konkurencji (*unilateral practices*); zob. komentarz do art. 4 pkt 10 oraz art. 9.

koordynacja, w tym ujednolicenie zachowań, prowadzące do antykonkurencyjnych skutków, definicja porozumienia ma zakres znacznie szerszy niż w prawie cywilnym. Dlatego należy się zgodzić z tezą wyrażoną przez S. Gronowskiego, że ustawowa definicja tego pojęcia powinna odwoływać się nie tylko do form porozumień, ale także do ich, z punktu widzenia wyżej wskazanych przepisów, istoty²⁴³. Porozumienia mogą być bowiem formą uzyskiwania lub wzmacniania siły rynkowej uczestniczących w nich przedsiębiorstw. Dotyczy to w szczególności porozumień zawieranych między konkurentami. Porozumienia takie umożliwiają uzyskanie znaczącej siły rynkowej, siły, którą nie dysponuje z osobna żaden z uczestników porozumienia. Uogólniając, potencjalnie negatywne skutki porozumień są tym bardziej prawdopodobne, im większą siłę rynkową uzyskują strony porozumień. Mogą wtedy skuteczniej uniemożliwiać lub utrudniać rozwój innych przedsiębiorców lub swoimi działaniami obniżać standard życia konsumentów. Chodzi głównie o utrzymywanie w znacząco długim czasie cen powyżej poziomu, jaki miałyby one w warunkach konkurencji, ograniczanie jakości lub różnorodności towarów, a także obniżenie tempa i skali innowacyjności. Do takich, korzystnych wyłącznie dla uczestników zakazanych porozumień, efektów mogą prowadzić również: ograniczanie wielkości inwestycji, produkcji lub sprzedaży, terytorialny, podmiotowy lub asortymentowy podział rynku, utrudnianie konkurentom dostępu do rynku lub ich z rynku eliminowanie, różnicowanie warunków umów i stosowanie w umowach uciążliwych warunków, stosowanie tzw. umów wiązanych czy uczestniczenie w zмовach przetargowych. Prawo konkurencji różnicuje reżim prawny i surowość sankcji nakładanych na uczestników zakazanych porozumień w zależności od przedmiotu tych porozumień, siły rynkowej stron w nich uczestniczących (bardziej liberalne normy są adresowane do przedsiębiorców małych, niemających znaczącej pozycji rynkowej), a także charakteru wzajemnych relacji między uczestnikami porozumień.

Co do zasady, mającej jednak istotne wyjątki, porozumienia wywierające lub mogące wywierać negatywny wpływ na konkurencję nie są zakazane *per se*. Podlegają ocenie przez pryzmat możliwości zastosowania kryterium bagatelności i reguły rozsądku (*rule of reason*), zawartych w art. 7 i 8 Ustawy.

W przepisie art. 7 ust. 1 zawarto regułę wyłączającą zakaz określony w art. 6 dla tzw. porozumień bagatelnych, niemających istotnego znaczenia dla rynku. W tym właśnie przepisie, podobnie jak w rozporządzeniach zawierających wyłączenia grupowe (z reguły posiadających przepisy określające progi udziałów w rynku, których przekroczenie powoduje, że określone wyłączenie nie ma zastosowania), wyraża się

²⁴³ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa...*, s. 79; zastrzeżenie powyższe autor ten wniósł, mimo że w u.p.p.m., która była przedmiotem jego komentarza, w tym przepisie, tzn. w definicji porozumienia, zawarto następującą frazę: „porozumienia – rozumie się przez to sprzeczne z niniejszą ustawą...”; frazy takiej ani jej ekwiwalentu nie zawiera komentowany przepis.

bardziej liberalne traktowanie przedsiębiorców o niewielkim potencjale ekonomicznym i nikłych możliwościach ograniczenia konkurencji na rynku właściwym.

Wyrażona w art. 8 reguła rozsądku polega na wważeniu społecznych i ekonomicznych korzyści i szkód określonego porozumienia. Reguła ta może mieć zastosowanie nie tylko wobec określonych indywidualnych porozumień, lecz także wobec całych kategorii porozumień (zastosowanie mają tu tzw. wyłączenia grupowe). Podstawą dla wyłączenia z zakresu zakazu zawartego w art. 6 grup porozumień, wyróżnionych ze względu na ich przedmiot, rozmiar przedsiębiorców lub branżę, są przepisy rozporządzeń wydanych przez Radę Ministrów zgodnie z art. 8 ust. 3 Ustawy.

Istnieją jednakże kategorie porozumień, które w żadnych okolicznościach nie mogą zostać usprawiedliwione, a odpowiedzialność za naruszenie zakazu wyrażonego w art. 6 wyłączona. Są to porozumienia najpoważniej ograniczające, a nawet eliminujące konkurencję – porozumienia o charakterze kartelowym. Przepis art. 7 ust. 3 wyklucza możliwość zastosowania wyłączenia takich porozumień z zakresu zakazu zawartego w art. 6 na podstawie kryterium bagatelności. Tak więc, bez względu na udział stron porozumienia w rynku (udział łączny w przypadku porozumień między konkurentami lub udział indywidualny w odniesieniu do przedsiębiorców, którzy nie są konkurentami), nie mogą być uznane za nienaruszające zakazu określonego w art. 6 Ustawy porozumienia polegające na: ustalaniu cen lub innych warunków zakupu lub sprzedaży, ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, zbytu, postępu technicznego lub inwestycji, podziale rynków zbytu lub zakupów, a także zмовach przetargowych. Nie jest też możliwe, aby uznać je za legalne w efekcie zastosowania reguły rozsądku (art. 8 ust. 1) – taka ocena, nawet gdyby była przeprowadzana, nie mogłaby prowadzić do ich legalizacji²⁴⁴. Są one więc zakazane *per se* (zob. komentarz do art. 6).

6.1.2. Porozumienia – cechy wspólne

W prawie konkurencji **istota porozumienia** zawiera się w zamiarze podjęcia lub efektywnym podjęciu szeroko rozumianej koordynacji rynkowych zachowań niezależnych przedsiębiorców – samodzielnych przynajmniej z ekonomicznego punktu widzenia²⁴⁵.

²⁴⁴ Tak też D. Miąsik (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2009, s. 460: „art. 8 ust. 1 Ustawy nie powinien być stosowany do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji”.

²⁴⁵ Co do zasady w prawie ochrony konkurencji wszyscy przedsiębiorcy należący do jednej grupy kapitałowej traktowani są jako jedno przedsiębiorstwo (doktryna jednego podmiotu gospodarczego – *single economic unit*). Wśród wielu orzeczeń w tej sprawie wskaźmy na wyrok TS z dnia 14 września 2010 r. w sprawie C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akros Chemicals Ltd v. Komisja Europejska*, EU:C:2010:512, gdzie Trybunał stwierdził: „działaniami spółki zależnej można obciążyć spółkę dominującą, w szczególności gdy spółka zależna nie jest autonomiczna w określaniu swojego zachowania rynkowego, lecz realizuje instrukcje spółki dominującej, bowiem wiążą je określone związki organizacyjne, ekonomiczne i prawne”. Od tej reguły istnieją jednak wyjątki. Oznacza to, że zarówno porozumienia zawarte wyłącznie między

Koordinacja może przybierać postać zobowiązania do podjęcia ustalonych działań lub powstrzymania się od określonych czynności. Może też polegać na wyeliminowaniu lub przynajmniej obniżeniu w istotnym stopniu niepewności zachowań przedsiębiorców jako rezultatu wymiany informacji między nimi²⁴⁶.

Porozumienie nie musi służyć interesom wszystkich jego stron, wystarczające jest osiągnięcie korzyści przez przynajmniej jedną z nich. Jednakże ta ostatnia sytuacja może się zdarzać, gdy na którąkolwiek ze stron porozumienia była wywierana presja. Dla osiągnięcia korzyści przez wszystkie strony (choćby korzyści te nie musiały rozkładać się proporcjonalnie) konieczne jest osiągnięcie konsensusu uczestników porozumienia co do ich przyszłego działania, co jest równoznaczne z rezygnacją z przynajmniej części ich autonomii. Oznacza to też, że uczestnicy porozumienia, uzgadniając lub realizując uzgodnione cele, świadomie lub nieświadomie, kierując się interesem własnym bądź działając pod presją, w swoich decyzjach rynkowych uwzględniają interesy innych przedsiębiorców²⁴⁷.

Na gruncie Ustawy nie ma znaczenia forma porozumienia – istotne jest to, czy jego celem lub efektem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji. Nawet więc w sytuacji, gdy porozumienie nie zostało wprost wyrażone – w formie pisemnej lub ustnej – lecz zawarte w sposób dorozumiany (konkludentny), nadal podlega regułom oceny określonym w Ustawie. Jednakże aby tak zawarte porozumienie (zawarte przez dorozumianą akceptację jednej ze stron) miało znaczenie przypisywane definiowanej kategorii, konieczne jest istnienie wcześniejszego zaproszenia jednego przedsiębiorcy skierowane do innego przedsiębiorcy, aby ten podjął się wspólnej realizacji określonego celu. Nie ma również znaczenia, czy to zaproszenie zostało wyrażone w sposób formalny, czy też było jedynie sugerowane lub dorozumiane²⁴⁸.

Dla kwalifikacji określonych zachowań przedsiębiorców jako wykonywanych w ramach porozumienia konieczne jest istnienie swobody (suwerenności) każdej z jego stron. Jednym z warunków traktowania takich zachowań jako porozumień jest bowiem **dobrowolność uczestniczenia** w nich²⁴⁹. Jednakże nie jest to warunek bezwzględny – uczestniczenie w porozumieniu będące wynikiem przymusu – presji wywieranej przez silniejszego partnera, zwłaszcza w sytuacji zależności ekonomicz-

przedsiębiorcami zależnymi od jednego przedsiębiorcy, jak i porozumienia między takimi przedsiębiorcami z udziałem stron trzecich w określonych okolicznościach podlegają ocenie, czy nie naruszają reguł konkurencji. Jeżeli bowiem spółki takie funkcjonują w danej grupie kapitałowej jako samodzielne podmioty, a tym bardziej gdy zachowują się na rynku jak konkurenci, mają wobec nich zastosowanie zakazy zawierania porozumień antykonkurencyjnych (zob. komentarz do art. 6, w szczególności pkt 2.4.2.1).

²⁴⁶ Obwieszczenie 2004/C 101/08, pkt 15.

²⁴⁷ Tamże.

²⁴⁸ Tamże.

²⁴⁹ Zob. wyrok SA z dnia 5 października 1999 r., VI ACa 1146/04, Dz. Urz. UOKiK z 2006 r. Nr 1, poz. 18.

nej – może również być traktowane jako przystąpienie do porozumienia, nawet gdy strona słabsza, formalnie akceptując warunki tego porozumienia, nie ma zamiaru ich dotrzymywania w praktyce²⁵⁰. Tak dalece bowiem, jak słabszy kontrahent ma wybór między różnymi podmiotami mogącymi mu zapewnić ten sam rodzaj świadczenia – dostawy lub zakupu towarów – ponosi on odpowiedzialność za uczestnictwo w porozumieniu prowadzące do osłabienia lub wyeliminowania konkurencji. Tak więc przedsiębiorca uczestniczący w zakazanym porozumieniu, działając pod presją podmiotu posiadającego kwalifikowaną pozycję dominującą, także działa bezprawnie. Jego sytuacja rynkowa może jednak być uwzględniana w procesie ustalania kary pieniężnej, jako okoliczność obniżająca jej wysokość. Rynkowy dominant wymuszający na słabszych partnerach zawarcie porozumienia powinien liczyć się z surowszą karą²⁵¹.

Jednakże uczestniczenie w zakazanym porozumieniu, w sytuacji gdy to uczestnictwo wynika z konieczności dostosowania się do wymogów obowiązujących krajowych regulacji prawnych, nie będzie traktowane jako naruszające zakaz określony w art. 6 Ustawy²⁵². Gdy jednak przepisy prawa umożliwiają dokonywanie wyborów, prowadzących do ograniczenia negatywnych dla konkurencji skutków, a więc swoboda kształtowania relacji wzajemnych między przedsiębiorcami wynikająca z przepisów prawa krajowego jest tylko częściowo ograniczona, to na gruncie prawa antymonopolowego nie ma podstaw do wyłączenia odpowiedzialności jego uczestnika za naruszanie tego zakazu²⁵³.

Wystarczającą przesłanką uznania, że określony przedsiębiorca uczestniczył w zakazanym prawem porozumieniu, jest wykazanie, że jego działanie było zamierzone, zgodne z jego intencjami (*committed intentionally*). Ale brak wyraźnych intencji, przykładowo wynikający z braku świadomości bezprawności działania, wcale nie wyłącza odpowiedzialności za naruszenie zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień²⁵⁴. Na sankcje za naruszenie zakazu przewidzianego w art. 6 określone w Ustawie naraża

²⁵⁰ Zob. FEDETAB, ECJ, 1980 ECR 2913, § 90–91.

²⁵¹ Zob. wyrok SAM z dnia 15 marca 1995 r., XVII Amr 66/94, Wokanda 1996, nr 3, s. 46; wyrok SA z dnia 5 października 2005 r., VI Aca 1146/04, Dz. Urz. UOKiK z 2006 r. Nr 1, poz. 18. Również w orzecznictwie europejskim uczestniczenie w zakazanym porozumieniu pod wpływem presji wywieranej przez przedsiębiorcę mającego pozycję dominującą nie ma wpływu na odpowiedzialność przedsiębiorców słabszych ekonomicznie, może być jedynie okolicznością łagodzącą rozmiar kary – zob. *Dansk Rorindustri A/S i inni*, ECJ, 2005 ECR I-05425, § 145, 150.

²⁵² Jednak pod warunkiem, że postanowienia tego porozumienia nie ograniczają konkurencji w stopniu wykraczającym poza zakres dopuszczony prawem. Tak: K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 154.

²⁵³ Tak E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa...*, s. 44.

²⁵⁴ „Działanie w dobrej wierze, w przekonaniu, że porozumienie nie narusza prawa [...] nie jest wystarczające dla wyłączenia bezprawności takiego działania” – wyrok SA w Warszawie z dnia 20 lipca 2011 r., VI ACa 141/11.

się również przedsiębiorca, którego uczestnictwo w porozumieniu jest wynikiem zaniedbania (*committed negligently*), niedopełnienia standardów oczekiwanych od profesjonalistów²⁵⁵.

Zgodnie z normą wyrażoną w art. 6, zakazane są porozumienia, których **celem lub skutkiem** jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji w inny sposób. Bezpośrednią konsekwencją tak sformułowanego zakazu jest to, że na gruncie Ustawy sankcjonowane są porozumienia godzące w mechanizm konkurencji niezależnie od tego, czy strony zamiar taki zrealizowały. Dostateczną przesłanką do stwierdzenia uczestniczenia w zakazanym porozumieniu jest więc istnienie intencji wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia konkurencji w inny sposób. Analogicznie, bez względu na intencje stron porozumienia, jest ono zakazane, jeżeli wywołuje skutek w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia konkurencji w inny sposób (zob. komentarz do art. 6, zwłaszcza pkt 2.2 – „Antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia”).

6.1.3. Porozumienia poziome i pionowe

W systemach prawa konkurencji stosuje się podział porozumień na porozumienia poziome, horyzontalne (*horizontal agreements*) i porozumienia pionowe, wertykalne (*vertical agreements*)²⁵⁶. Kryterium będącym podstawą tego rozróżnienia jest położenie stron porozumienia w łańcuchu produkcji i dystrybucji towarów. Jeżeli wszystkie strony porozumienia działają na tym samym szczeblu łańcucha, przykładowo wszyscy są producentami bądź sprzedawcami hurtowymi lub detalistami, co jednocześnie powoduje, że są lub mogą być względem siebie konkurentami²⁵⁷, to takie porozumienie jest kwalifikowane jako porozumienie poziome. Porozumienia zawierane między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach, np. między producentem a sprzedawcami hurtowymi, producentem a sprzedawcami detalicznymi, zamawiającym a przedsiębiorcą realizującym zamówienie (np.: organizatorem przetargu a jego uczestnikiem, przykładowo między zarządcą drogi a przedsiębiorcami świadczącymi usługi jej utrzymania lub świadczącymi usługi pomocy drogowej) są określane mia-

²⁵⁵ Tak w prawie wspólnotowym – zob. SPO, ECJ, 1996 ECR I-1611, § 53–57.

²⁵⁶ Zarówno w prawie polskim, jak i w wspólnotowym, podobnie zresztą jak w większości narodowych systemów prawnych, rozróżnienia tego nie stosuje się w przepisach ustawowych (traktatowych). Zarówno Ustawa, jak i Traktat zawierają normy adresowane jednocześnie do obu typów porozumień. Rozróżnienie to wprowadzają dopiero przepisy prawa „wtórnego” – rozporządzenia. W tym miejscu należy wskazać, że w prawie polskim do końca 2014 r. funkcjonowały dwa terminy odnoszące się do porozumień pionowych – „porozumienia wertykalne” i „porozumienia dystrybucyjne”. Nowelizacja z dnia 10 czerwca 2014 r. (Dz. U. poz. 945) doprowadziła do stosowania jednego tylko z tych terminów – przepis pkt 6 art. 4 „porozumienia dystrybucyjne” z dniem 18 stycznia 2015 r. został uchylony.

²⁵⁷ Konkurentami są przedsiębiorcy, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać w tym samym czasie towary na rynku właściwym – zob. komentarz do art. 4 pkt 11.

nem porozumień pionowych²⁵⁸. Co do zasady porozumienia poziome są w prawie antymonopolowym traktowane surowiej niż porozumienia pionowe.

Zarówno w Ustawie, jak i przepisach wspólnotowych koordynacja zachowań przedsiębiorców będących konkurentami jest generalnie zakazana. Jednym z nielicznych wyjątków od tej zasady jest traktowanie przedsiębiorców mających niewielki potencjał ekonomiczny, prowadzących działalność nieznacznych rozmiarów²⁵⁹. Ustawa i przepisy wykonawcze wydane na jej podstawie przewidują, że wobec porozumień poziomych, w których uczestniczą wyłącznie przedsiębiorcy mający niewielkie udziały w rynku, mają zastosowanie i indywidualne (art. 7 ust. 1 pkt 1), i grupowe wyłączenia²⁶⁰ z zakresu zakazu określonego w art. 6. Porozumienia poziome nieobjęte wyżej wskazanymi wyłączeniami podlegają indywidualnej ocenie przez pryzmat kryteriów określonych w art. 8 ust. 1. Jednak zastosowanie zawartej w tym przypisie reguły rozsądku jest tym trudniejsze, że to na przedsiębiorcach uczestniczących w porozumieniu spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności mogących być podstawą legalizacji określonego porozumienia.

Wyrazem bardziej liberalnego traktowania porozumień wertykalnych są wyższe progi „bagatelności” i szeroki zakres dopuszczonej prawem współpracy. Wynika to wprost z przepisów regulujących legalny zakres współpracy przedsiębiorców niebędących konkurentami – wyłączenia na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 2 oraz z wyłączenia grupowego, przewidzianego w rozporządzeniu wykonawczym do Ustawy²⁶¹. Porozumienia pionowe nieobjęte wyłączeniem indywidualnym lub grupowym podlegają, podobnie jak porozumienia poziome, indywidualnej ocenie (art. 8 ust. 1) – zob. komentarz do art. 7 i 8.

Jednakże niektóre porozumienia, bez względu na to, czy mają charakter porozumień poziomych, czy pionowych, nie podlegają żadnym wyłączeniom – są zakazane *per se*. Są to porozumienia zaliczane do najpoważniej ograniczających lub zniekształcających konkurencję (*hard-core restrictions*). Zwalczanie porozumień zawierających takie postanowienia staje się współcześnie priorytetem polityki ochrony konkurencji coraz

²⁵⁸ Takie też definicje „szczebla obrotu”, porozumień między konkurentami” znajdujemy w orzeczeniu SN z dnia 3 września 2009 r., III SK 9/09, OSNP 2011, nr 11–12, poz. 168.

²⁵⁹ Ustawa nie stosuje kategoryzacji przedsiębiorców przewidzianej w art. 104–106 u.s.d.g. (podziału na mikroprzedsiębiorców, przedsiębiorców małych i średnich); jedynym miernikiem wielkości przedsiębiorców jest ich udział w rynku.

²⁶⁰ Są to rozporządzenia przewidujące wyłączenia z zakresu zakazu porozumień ograniczających konkurencję: dla określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych (rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2011 r., Dz. U. Nr 288, poz. 1691) oraz dla niektórych porozumień, zawieranych pomiędzy przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową (rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 marca 2011 r., Dz. U. Nr 67, poz. 355).

²⁶¹ Mowa tu o rozporządzeniu w sprawie wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję: niektórych porozumień wertykalnych (rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r., tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1012).

większej liczby państw i organizmów ponadnarodowych (w tym UE). W niektórych legislacjach uczestnictwo w takich porozumieniach zagrożone jest sankcjami nakładanymi nie tylko na przedsiębiorstwa, ale także na przedstawicieli firm (osoby fizyczne) uczestniczących w zawieraniu tych porozumień – traktując takie uczestnictwo jako delikt (przestępstwo) zagrożony surowymi sankcjami, do kary więzienia włącznie²⁶².

W tym zakresie istotny przełom nastąpił również w polskim systemie prawa w wyniku zmian dokonanych w Ustawie nowelizacją z dnia 10 czerwca 2014 r. (Dz. U. poz. 945). Obecnie odpowiedzialność za naruszenie zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień (zarówno zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 Ustawy, jak i zakazu określonego w art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE) spoczywa nie tylko na przedsiębiorcy, lecz także na **osobie tym przedsiębiorcą zarządzającej** (rozumienie „osoby zarządzającej” – zob. komentarz do art. 4 pkt 3a). Wprawdzie osoba zarządzająca nie jest narażona na sankcje karne, lecz na sankcje administracyjne (zob. komentarz do art. 6a) i administracyjno-karne (zob. komentarz do art. 106a), jednak zmiana ta jest znaczącym krokiem zbliżającym przepisy ustawowe do norm obowiązujących w innych krajach europejskich i samej Unii Europejskiej. Penalizacja osób fizycznych odpowiedzialnych za naruszenia prawa konkurencji ma dwa cele: prewencyjny – obniżenie skłonności do zawierania zakazanych porozumień oraz zwiększenie skuteczności programu łagodzenia kar (*leniency*) (zob. komentarz do art. 113a–113k).

Należy odnotować, że w ostatnich latach niektóre narodowe organy ochrony konkurencji krajów europejskich sankcje karne stosują nie tylko wobec osób fizycznych reprezentujących przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu kartelowym, lecz także wobec ich **doradców i konsultantów**²⁶³. O ile stosowanie norm prawa karnego

²⁶² Sankcje karne wobec osób fizycznych reprezentujących przedsiębiorstwa uczestniczące w kartelu przewidyuje nieprzerwanie ustawodawstwo amerykańskie od czasu uchwalenia Sherman Act (1890 r.). Przegląd współczesnych narodowych systemów prawa konkurencji, w których dla zwalczania karteli stosuje się normy prawa karnego (w): *Antitrust Law Developments (sixth)*, American Bar Association 2006, s. 801 i n.; zob. też raport: *Cartel sanctions against individuals*, OECD 2005, za: www.oecd.org/data/61/46/34306028; por. także: *The Cartels and Leniency Review*, Law Business Research Ltd, London 2013; na ten temat również: A. Stawicki, V. Rudomino, B. Babic (red.), *Competition Law In Central and Eastern Europe*, 2014; w Polsce, w okresie przed nowelizacją Ustawy z 2014 r., jedynie uczestnictwo w zakazanym porozumieniu określonym w art. 6 ust. 1 pkt 7 (zmowa przetargowa) stanowiło przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3.

²⁶³ Precedensowy w tym względzie jest wyrok angielskiego Southwark Crown Court, z oskarżenia OFT (w sprawie *Marine Hose* – T 2008/02/20), skazujący właściciela firmy doradczej, będącej koordynatorem uczestników porozumienia, na 3 lata więzienia. Jednakże Komisja już wcześniej, w decyzjach *Italian Flat Glass* (IV/29.988, Dz. Urz. WE L 326 z 13.11.1981, s. 32) i *Polypropylene* (IV/31.149, Dz. Urz. WE L 230 z 18.08.1986, s. 1) wskazywała na wpływ konsultantów na działania członków karteli, jednak nie kwalifikowała tych doradców jako uczestników porozumień. Dopiero w orzeczeniu *Organic Peroxides* (COMP/E-2/37.857, Dz. Urz. UE L 110 z 30.04.2005, s. 44) po raz pierwszy zastosowała sankcje karno-administracyjne wobec firmy konsultingowej (AC-Treuhand) i nałożyła na nią karę, w symbolicznym wprawdzie wymiarze – 1000 euro, jednak wyraźnie wskazała, że na wymiar tej kary wpływ ma przede wszystkim fakt, że jest to decyzja precedensowa, inicjująca

nie jest powszechne, nie przewiduje go też polski system prawa konkurencji, o tyle współcześnie coraz powszechniejsze jest zaostrzenie kar nakładanych w trybie administracyjnym lub cywilnym. Jednocześnie wzrasta liczba ujawnianych i surowo penalizowanych porozumień. Wynika to z upowszechniania się, sprawdzonych pierwotnie w Stanach Zjednoczonych, przepisów łagodzenia kar lub całkowitego z nich zwolnienia wobec tych uczestników karteli, którzy z własnej inicjatywy ujawnią istnienie kartelu i dostarczą organowi dowody jego istnienia, mogące być podstawą wydania decyzji stwierdzającej naruszenie prawa i nakładającej kary na ich pozostałych uczestników (programów *leniency* – zob. komentarz do art. 113a i dalszych).

Do postanowień najpoważniej naruszających zasady wolnej konkurencji (*hard-core restrictions*) zalicza się przede wszystkim wszelkie ustalenia, które bezpośrednio lub pośrednio mają na celu lub efektywnie prowadzą do:

- wyłączenia, ograniczenia lub zniekształcenia konkurencji cenowej – ustalenia poziomu cen lub innych warunków sprzedaży lub zakupu towarów, jak również kierunków ich zmian;
- ograniczania rozmiarów lub tempa rozwoju produkcji lub postępu technicznego oraz podziału rynków (źródeł zaopatrzenia lub sprzedaży), zarówno w ich warstwie produktowej, podmiotowej, jak i terytorialnej;
- uzgodnienia ofert składanych w przetargach²⁶⁴.

Katalog postanowień zaliczanych do mających charakter *hard-core* jest w niektórych systemach prawa konkurencji szerszy. Przykładem niech będzie regulacja unijna, gdzie, poza wyżej wymienionymi, do postanowień mających taki charakter zalicza się restrykcje w imporcie lub eksporcie towarów oraz inne rodzaje zachowań wymierzonych w konkurentów²⁶⁵. Wyrażają się w nich bowiem cele narodowych lub wspólnotowych polityk konkurencji.

Porozumienia zawierające jedno lub więcej z wyżej wskazanych postanowień określa się najczęściej terminem **kartel**. Należy jednak poczynić zastrzeżenie, że termin ten nie jest jednolicie stosowany. Nie ma przykładowo zgodności co do tego, czy kategoria ta odnosi się wyłącznie do zawierających najpoważniejsze ograniczenia konkurencji porozumień poziomych, czy odnosi się również do porozumień pionowych takiej natury. Podobnie nie można jednoznacznie stwierdzić, czy termin ten jest zastrzeżony

jej bardzo zdecydowane stanowisko wobec firm doradzających członkom karteli. Decyzja Komisji również w tej części została utrzymana przez CFI (2008 ECR II-0001). W 2008 r. holenderski organ antymonopolowy po raz pierwszy zastosował *leniency* wobec firmy konsultingowej, doradzającej członkom kartelu. Szerzej W. van Meert, G. Christian, *Dutch Competition Authority Opens a New Front in its Innovative Cartel Enforcement Efforts*, Blumberg European Law Journal, vol. 2, s. 11.

²⁶⁴ Taki standard postanowień zaliczanych do *hard-core* wyznaczył Sherman Act.

²⁶⁵ Zob. obwieszczenie 2006/C 298/11, § 1.

dla porozumień mających za przedmiot wspólną ingerencję we wskazane wyżej parametry konkurencji (ceny, alokację, przetargi), czy też obejmuje wszystkie inne rodzaje postanowień ograniczających lub zniekształcających konkurencję.

Ani Ustawa, ani przepisy wykonawcze wydane na jej podstawie nie posługują się żadnym z wyżej wskazanych terminów określających porozumienia najgłębiej zniekształcające, a niekiedy wyłączające mechanizmy konkurencji (kartel, porozumienie kartelowe). W odniesieniu do większości przepisów materialnych brak tej terminologii nie jest ich wadą. Tę kategorię porozumień wystarczająco jednoznacznie wyodrębnia bowiem przepis art. 7 ust. 3 Ustawy, przewidujący, że wyłączeń z zakresu zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 nie stosuje się wobec porozumień polegających na: ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów, ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji, podziale rynków zbytu lub zakupu oraz uzgadnianiu ofert przetargowych, w szczególności zakresu prac i cen, nawet wtedy gdy spełniałyby one przesłankę bagatelności (zob. komentarz do art. 7 ust. 3). Jednocześnie dla tej kategorii postanowień nie stosuje się tzw. wyłączeń grupowych, przewidzianych w rozporządzeniach wydanych na podstawie Ustawy. Są one bowiem, ogólnie, zaliczone do tzw. czarnych klauzul i, enumeratywnie wskazane, są wyłączone z zakresu działania tych przepisów. Jednakże terminów „kartel” lub „porozumienie kartelowe” (albo ich odpowiedników) brakuje w przepisach określających zasady polskiego programu *leniency* – art. 113a–113k Ustawy. A przynajmniej brakuje odwołania się do przepisu art. 7 ust. 3, a w ten sposób wyraźnego określenia zakresu przedmiotowego tego programu do najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Obecny kształt tych przepisów jest świadomym wyborem polskiego prawodawcy, będącym emanacją celów polityki konkurencji w Polsce. Jest to jednak najszerzej zakreślony program *leniency*. Ma bowiem zastosowanie w stosunku do wszystkich porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Tak szerokie zastosowanie może jednak podważać skuteczność tego programu (szerzej zob. komentarz do art. 113a–113k)²⁶⁶.

²⁶⁶ Ze względu na konieczność odróżnienia porozumień najpoważniej ograniczających konkurencję od porozumień, poprzez które konkurencja ulega ograniczeniu w mniejszym stopniu, zwłaszcza porozumień, wobec których zastosowanie mają wyłączenia z zakresu zakazu przewidziane w art. 7–8 Ustawy, warto rozważyć wprowadzenie do „słowniczka” Ustawy terminu będącego ekwiwalentem pojęcia kartelu w legislacjach europejskich lub wręcz zastosować znaczenie, jakie ma ono w prawie wspólnotowym (a w ślad za tym wprowadzić odpowiednie zmiany art. 113a i dalszych przepisów Ustawy) i przyjąć, że kartel oznacza porozumienie między dwoma lub więcej konkurentami w celu koordynowania ich konkurencyjnych zachowań na rynku lub wpływania na określone parametry konkurencji poprzez takie praktyki, jak: ustalanie cen lub innych warunków sprzedaży lub zakupu towarów, alokację rozmiarów produkcji lub sprzedaży, podział rynku, w tym uzgadnianie ofert składanych w przetargach, restrykcje w handlu międzynarodowym lub inne antykonkurencyjne działania wymierzone w konkurentów (obwieszczenie 2006/C 298/11, § 1).

Zawarcia porozumienia kartelowego (rozumianego jako porozumienie horyzontalne zawierające postanowienia najgroźniejsze dla konkurencji – *hard-core cartel*), a przynajmniej usiłowania zawarcia takiego porozumienia, nie można wykluczyć w żadnych warunkach rynkowych. Jednak w świetle doświadczeń organów ochrony konkurencji istnienie takich porozumień jest bardziej prawdopodobne na rynkach mających określoną strukturę i właściwości. Wynika to ze specyfiki karteli – warunkiem skuteczności takiego porozumienia jest możliwość wzajemnego kontrolowania zachowań, a także ewentualnego „dyscyplinowania” konkurentów, którzy wbrew ustaleniom, w tajemnicy przed innymi, podejmują odmienne od ustalonych działania. Warunkami sprzyjającymi zawarciu porozumienia o charakterze kartelowym są m.in.:

- oligopolistyczna struktura rynku;
- brak znaczących barier wejścia na rynek;
- brak znaczącego(-ych) odbiorcy(-ów), mogącego(-ych) doprowadzić do rywalizacji o istotne zamówienie;
- transparentność rynku i homogeniczność produktów, co jest szczególnie częste, gdy są nimi surowce i półprodukty;
- podobieństwo struktury kosztów;
- niska elastyczność popytu;
- stabilność rynku (w tym jego dojrzałość);
- podobieństwo w stopniu wykorzystania posiadanych mocy wytwórczych, co jest szczególnie ważne w warunkach kryzysu;
- korzystanie z tych samych źródeł zaopatrzenia lub kanałów dystrybucji i promocji²⁶⁷;
- istnienie krajowych lub międzynarodowych izb branżowych albo organizacji o podobnym charakterze²⁶⁸.

Jednakże zaistnienie wszystkich, a tym bardziej niektórych, z tych cech charakterystycznych rynku nie może być samodzielną przesłanką, wystarczającym dowodem na istnienie kartelu. W postępowaniach administracyjnych lub sądowych, których przedmiotem jest ustalenie, czy porozumienie takie zawarto, istnienie wyżej wskazanych warunków rynku może być jedynie traktowane jako okoliczność wspierająca dowody bezpośrednie lub pośrednie.

Analogiczną moc dowodową mają, wynikające z charakterystyki rynku, **okoliczności utrudniające** zawarcie porozumienia kartelowego, takie jak:

- istnienie wcześniej intensywnej konkurencji, przejawiające się dużą zmiennością udziałów w rynku;

²⁶⁷ Europe Economics, *Study on Assessment Criteria for Distinguishing between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control*, raport dla Komisji, May 2001, <http://www.cea.fi/hkkk/material/europe.pdf>.

²⁶⁸ *Glossary of industrial organisation economics and competition law*, OECD 2005.

- znaczące zróżnicowanie produktów i powodowana intensywnym postępem technicznym krótką ich żywotność (skrócenie cyklu „życia” produktów, szybka ich zastępowalność produktami nowymi);
- problemy z utrzymaniem ciągłości dostaw kluczowych komponentów itd.²⁶⁹

Przedsiębiorcy powołujący się na takie okoliczności, a także na nieistnienie niektórych z wymienionych wyżej warunków sprzyjających istnieniu karteli, mogą tymi argumentami jedynie wspierać twierdzenia obalające zebrane w sprawie dowody bezpośrednie i pośrednie.

6.2. Formy porozumień

6.2.1. Umowy oraz niektóre postanowienia umów – art. 4 pkt 5 lit. a

W świetle niniejszego przepisu antykonkurencyjne porozumienie może przybrać formę umowy między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami a ich związkami. Definiowana tu kategoria obejmuje również niektóre postanowienia umów.

Bezsporne jest, że na gruncie Ustawy terminowi „umowa” można przypisać znaczenie, jakie ma on w prawie cywilnym. Tak rozumie się najczęściej omawianą kategorię w polskim piśmiennictwie²⁷⁰. W grę wchodziłyby więc wszelkiego rodzaju umowy określone w k.c., w tym umowy nienazwane, dopuszczalne w ramach swobody umów, normowanej przepisem art. 353¹ k.c. Ale spotykana jest też szersza wykładnia tej kategorii. Część europejskich komentatorów²⁷¹, a także organów antymonopolowych, które w swoich wytycznych lub innych dokumentach sformułowały własną interpretację pojęcia umowy, wychodzi poza cywilnoprawne jego rozumienie²⁷². Wynika to, jak się wydaje, z ich doświadczeń w ściganiu międzynarodowych karteli ograniczających lub eliminujących konkurencję przy użyciu wielu mechanizmów i na wielu polach ich działalności, mających różnorodne formy i trwających przez dłuższy czas. W tak skomplikowanych sprawach przypisanie temu terminowi znaczenia, jakie ma on w prawie kontraktowym, może nie być wystarczające. Wskazuje się, że w odróżnieniu od umów cywilnych, gdzie podstawowym warunkiem ważności umowy jest istnienie prawnie wiążących oświadczeń woli, w prawie konkurencji dla kwalifikacji

²⁶⁹ Tamże.

²⁷⁰ Tak T. Skoczny, W. Szpringer, *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję*, Warszawa 1995, s. 28; E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa...*, s. 44; K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 166.

²⁷¹ L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, *European Competition Law. A Practitioner's Guide*, The Hague 2005, s. 82.

²⁷² OFT 401, tezy 2.7–2.14; Komisja w dokumencie prezentowanym na Global Forum on Competition 2006 – *Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*, tezy 8 i 10.

określonego działania jako umowy istnienie takich wiążących strony oświadczeń woli nie jest wymagane. W konsekwencji stronom tak szeroko rozumianej umowy mogą nie przysługiwać roszczenia, jakie byłyby związane z określoną umową cywilnoprawną. Wskazuje się, iż nie znaczy to, że strony takich umów nie dysponują żadnymi środkami prowadzącymi do naprawienia ich „szkody”. Nie mając podstawy prawnej, a w konsekwencji nie mogąc dochodzić swych roszczeń przed sądem, strony mogą jedynie, i według doświadczeń organów antymonopolowych zwykle tak czynią, podejmować środki polegające na działaniach odwetowych.

Dla potrzeb stosowania Ustawy **przez umowę należy, naszym zdaniem, rozumieć zgodne wyrażenie intencji (woli) skoordynowanego działania przynajmniej dwóch przedsiębiorców, mające na celu wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji w inny sposób lub wywierające skutek w takiej postaci.** Należy zwrócić uwagę na trzy istotne elementy definicji umowy. Po pierwsze, strony umowy muszą być zgodne co do celów, jakie zamierzają osiągnąć, i przynajmniej elementarnych środków, za pomocą których będą dążyć do ich realizacji. Oznacza to, że podstawową przesłanką kwalifikacji określonych działań przedsiębiorców jako umowy jest istnienie konsensusu stron co do stopnia, w jakim interesy własne pogodzą z interesami pozostałych stron umowy. Konsensus ten może być osiągany zarówno poprzez kompromis zadowalający wszystkie strony, jak i poprzez dyktat jednej ze stron umowy²⁷³ (zob. wyżej – porozumienia – cechy wspólne, zwłaszcza uwagi odnoszące się do dobrowolności). Po drugie, ta zgodna intencja musi zostać wyrażona w dowolnej formie. W grę wchodzi zarówno umowa zawarta na piśmie, ustnie, jak i w sposób dorozumiany (konkludentny)²⁷⁴. I wreszcie na gruncie Ustawy istotne są te umowy, bez względu na ich nazwę i kwalifikację z punktu widzenia prawa cywilnego lub zakres, które zawierają postanowienia mogące mieć negatywny wpływ na konkurencję. Taki charakter może mieć cała umowa lub jej poszczególne postanowienia.

²⁷³ Akceptacja warunków koordynacji, nawet gdy są one niekorzystne dla określonej strony, jest traktowana jako jej uczestniczenie w tej umowie – zob. L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, *European...*, s. 84.

²⁷⁴ Przykładowo: przez milczącą akceptację. W licznych orzeczeniach zarówno SOKiK, jak i sądy europejskie wskazywały, że uczestnictwo w spotkaniach przedsiębiorców, których przedmiotem były ustalenia mające na celu ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji bez wyraźnego publicznego zdystansowania się uczestnika tego spotkania od poczynionych uzgodnień oznacza, że akceptował te ustalenia (a przynajmniej, że pozostali jego uczestnicy mogli zakładać, że popiera te ustalenia i będzie postępował zgodnie z przyjętymi zasadami) i orzekały, że taki przedsiębiorca był stroną zakazanego porozumienia. Tak np.: SOKiK i Sąd Apelacyjny w sprawie „poznańskie taksówki” – wyrok z dnia 9 stycznia 2008 r., XVII Ama 21/07, niepubl., i wyrok z dnia 20 maja 2009 r., VI ACA 1374/08, niepubl. Tak też SOKiK w wyrokach z dnia 18 marca 2013 r., XVII Ama 40/10 i XVII Ama 41/10 – w rozpatrywanej sprawie przedsiębiorcy nie zajęli formalnego stanowiska (nie zdystansowali się) wobec przedstawionego im cennika, jednak ceny tam wskazane stosowali. Zob. też: ETS w orzeczeniu *Danish Roindustri A/S i inni*, 2005 ECR I-05425, § 142–144; CFI w sprawie *Daimler Chrysler AG*, 2005 ECR II-03319; CFI w sprawie *Tokai Carbon i inni*, 2005 ECR II-00010.

Przedmiotem umowy może być zarówno ustalenie podjęcia określonych działań, jak i uzgodnienie powstrzymywania się w przyszłości od konkretnych działań. Jak wskazuje orzecznictwo sądów europejskich, umowa może być zawarta bezpośrednio przez określonych przedsiębiorców, jak i przy pomocy osób trzecich, np. wspólnego dostawcy lub wspólnego licencjodawcy²⁷⁵. Ponadto umowa może oznaczać nie tylko określony, jednorazowy akt wyrażający wspólne intencje, lecz także sekwencje takich aktów lub nawet, w przypadku umów kartelowych trwających przez dłuższy okres i zawierających wiele klauzul ograniczających lub eliminujących konkurencję oraz zawiązanych przy zastosowaniu kombinacji różnych form – np. umowy w połączeniu z uzgodnieniami niebędącymi umową – także sposób wprowadzenia w życie dokonanych ustaleń (*course of conduct*)²⁷⁶.

Już same **negocjacje** mogą być traktowane jako umowa. Jest tak, gdy w toku negocjacji strony zgodnie wyrażą swe intencje w najważniejszej z punktu widzenia prawa konkurencji kwestii – skoordynowanego postępowania w określonych sprawach związanych z przyszłymi ich zachowaniami na rynku (lub w innych sferach ich działalności, mających wpływ na ich przyszłą aktywność na rynku)²⁷⁷. Nie jest przy tym konieczne, aby negocjacje były na tyle zaawansowane, że wyczerpująco ustalono przyszłe wspólne zachowania – nawet negocjacje będące na początkowym etapie, w trakcie których uzgodniono niektóre tylko elementy przyszłej umowy, w prawie konkurencji mają znaczenie umowy, zwłaszcza gdy w toku tych negocjacji dokonano wymiany informacji, które w innych okolicznościach byłyby chronione²⁷⁸. Istotne jest to, że strony zamierzają, mają intencję, postępować zgodnie z ustalonym planem, ograniczając w ten sposób ich indywidualną swobodę określania zachowań na rynku²⁷⁹.

6.2.2. Uzgodnienia w jakiejkolwiek formie – art. 4 pkt 5 lit. b

Już z samej treści komentowanego przepisu wynika, że termin „uzgodnienia w innych formach” (*concerted practices*) oznacza koordynację zachowań przedsiębiorców, któ-

²⁷⁵ *Polypromylene – Rhone-Poulenc*, CFI, 1991 ECR II-867, § 120 i 211.

²⁷⁶ *Roundtable...*, dokument Komisji przywołany wyżej, tezy 10 i 13.

²⁷⁷ Do traktowania negocjacji jako umowy konieczne jest zgodne wyrażenie zamiaru doprowadzenia do zawarcia umowy – jednostronna oferta zawarcia umowy, tak długo, jak nie ma w tej sprawie konsensusu lub nie dokonano wymiany „wrażliwych” informacji, nie jest umową w rozumieniu Ustawy; zob. L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, *European...*, s. 82 i przywołane tam orzeczenia sądów, zwłaszcza: *Jaeger/Opel Norge*, EFTA Court of Justice 1998, E-3/97, § 36.

²⁷⁸ *Roundtable...*, dokument Komisji przywołany wyżej, teza 8.

²⁷⁹ W sprawie *Polypromylene – Hercules*, 1991 ECR I-1711, § 256, CFI stwierdził: „wymogiem minimalnym dla kwalifikacji zachowań stron jako umowy jest wyrażenie wspólnej intencji działania na rynku w określony sposób”; w innym orzeczeniu (*PVC II*, 1999 ECR II-931) ten sam sąd orzekł: „dobrze ugruntowane orzecznictwo wskazuje, że aby zachowania przedsiębiorców były rozumiane jako umowa, w znaczeniu art. 81.1 TWE, wystarczające jest, aby wyrazili oni wspólną intencję zachowywania się na rynku w określony sposób”. Podobnie CFI w *Dresdner Bank AG* i inni, 2006 ECR II-03567.

ra ma swe źródło w innych niż umowa i decyzja (uchwała) związku przedsiębiorców czynnościach prawnych lub faktycznych. Jak już wyżej wskazano, niekiedy rozróżnienie form zawarcia porozumienia może być w praktyce trudne. Płynna jest zwłaszcza granica między niektórymi umowami (szczególnie gdy nie mają one formy pisemnej, tak jak np. w przypadku *gentlemen agreement*) a uzgodnieniami w innych formach. W tej kwestii przyjmuje się, że istnienie umowy wymaga większego stopnia konsensusu stron²⁸⁰. Uzgodnienie w innych formach może mieć miejsce w sytuacji braku umowy, może też być uzupełniającą umowę formą koordynacji. Z drugiej jednak strony w doktrynie niekiedy podkreśla się, że rozróżnienie między umowami a uzgodnionymi działaniami „ma wymiar jedynie doktrynalny, gdyż z praktycznego punktu widzenia obie te formy współpracy przedsiębiorców stanowią porozumienia”²⁸¹.

Istota tej formy porozumienia zawiera się w **świadomym zastąpieniu rywalizacji współpracą między przedsiębiorcami, obniżeniem ryzyka działalności gospodarczej płynącym ze zmniejszenia niepewności co do zachowania konkurentów i realizacją wspólnych interesów**²⁸². „Istotą takich porozumień jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku wspólnego działania, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji. Dla przyjęcia, że doszło do takiego porozumienia nie jest wystarczające stwierdzenie podobnych zachowań, dowodem jego istnienia jest analiza przejawów zachowań rynkowych i wykazanie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych”²⁸³.

Tak więc ocena, czy dokonano uzgodnień, wymaga całościowej analizy zachowań przedsiębiorców – zwłaszcza zbieżności czasu i kierunku określonych działań – na tle właściwości rynku, w tym jego struktury. Analiza taka powinna przede wszystkim wykluczyć możliwość, iż zbieżność zachowań jest skutkiem racjonalnych, indywidualnych, a więc nieskoordynowanych reakcji każdego z tych przedsiębiorców na obiektywnie zachodzące na rynku zmiany²⁸⁴. Tym więc, co odróżnia uzgodnienie od obiektywnej,

²⁸⁰ L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, *European...*, s. 80.

²⁸¹ A. Jurkowska (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2009, s. 175. Tak też: A. Maziarz, *Pojęcie uzgodnionej praktyki w świetle art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, Palestra 2013, nr 1–2.

²⁸² Tamże, s. 175.

²⁸³ Wyrok SA w Warszawie z dnia 5 października 2005 r., VI Aca 1146/04, Dz. Urz. UOKiK z 2006 r. Nr 1, poz. 18. W innym orzeczeniu SA w Warszawie: „dla istnienia porozumienia nie jest konieczne, by przybrało ono formę pisemną. Wystarczą jedynie działania przedsiębiorców, a takimi są obie spółki w niniejszej sprawie, które wskazują na cel porozumienia” – wyrok z dnia 10 maja 2013 r., VI Aca 1362/12, LEX nr 1372488.

²⁸⁴ W cytowanym wyżej orzeczeniu SA w Warszawie z dnia 5 października 2005 r., VI Aca 1146/04, sąd ten, podtrzymując stanowisko Prezesa UOKiK (zmieniając wyrok SOKiK), uznał istnienie porozumienia,

zgodnej z regułami prawa i regułami racjonalności zbieżności zachowań – **zachowań paralelnych** – jest nieadekwatność działań przedsiębiorców do istniejących warunków rynkowych²⁸⁵. Testem charakteru zbieżności zachowań przedsiębiorców jest w praktyce odpowiedź na pytanie, czy zbieżność tę można obiektywnie wytłumaczyć w jakikolwiek inny sposób niż uzgodnieniem. Twierdząca odpowiedź na tak postawione pytanie wyklucza możliwość postawienia zarzutu uczestniczenia w zмовie²⁸⁶. Jeżeli jednak zdaniem przedsiębiorców istnieją inne logiczne i uzasadnione ekonomicznie wyjaśnienia ich zbieżnych zachowań, to według orzecznictwa europejskiego, akceptowanego też przez polskie sądy, ciężar dowodu, że ta zbieżność nie jest efektem uzgodnienia, spoczywa na przedsiębiorcach²⁸⁷. Jednak twierdzenia, że paralelizm zachowań nie jest konsekwencją uzgodnień, ale obiektywnych racjonalnych reakcji na zmiany rynkowe, mogą być obalone, gdy istnieją dowody wcześniejszych kontaktów przedsiębiorców lub wymiany znaczących informacji między nimi²⁸⁸. Takimi dowodami mogą być m.in.: dokumenty określające plany działań, dowody na wymianę „wrażliwych” informacji, programy spotkań i narad lub inne dokumenty potwierdzające częste kontakty przedsiębiorców (osobiste, pisemne, telefoniczne, e-mailowe itd.).

Koordinacja przyjmująca postać uzgodnień jest prawdopodobna, zwłaszcza gdy istnieją instytucjonalne ramy współpracy, takie jak:

- funkcjonowanie systemu wymiany informacji handlowych,
- istnienie wzajemnych systemów dystrybucji, w szczególności gdy przedsiębiorcy wzajemnie sprzedają własne produkty pod markami konkurentów,
- istnienie wspólnego przedsiębiorcy (*joint venture*) lub unii personalnej (*interlocking directorate*)²⁸⁹.

mimo braku dowodów bezpośrednich, ale stwierdzając liczne kontakty przedsiębiorców. W wyroku tym czytamy m.in.: „nie ma [...] wystarczająco uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że zachowanie powodów stanowiło dopuszczalne, racjonalne dostosowanie się przedsiębiorców do zmian warunków rynkowych, ukształtowanych zmianami cen przez konkurentów (zachowanie paralelne)”.

²⁸⁵ „Porozumieniem jest także faktyczne stosowanie się do reguł określonych przez inne podmioty. Postępujące w ten sposób podmioty działają w sposób uzgodniony, niewynikający z rynkowej konieczności” – SOKiK w wyroku z dnia 10 maja 2005 r., XVII Ama 13/05, niepubl. We wskazanym wyżej wyroku SA w Warszawie z dnia 5 października 2005 r., VI ACA 1146/04, sąd ten stwierdził: „nie zostało wykazane, że doszło do zawarcia sformalizowanej umowy, ale wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji”. Tę ocenę sądu apelacyjnego pottrzymał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, OSNP 2008, nr 1–2, poz. 25. Zob. też: E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa...*, s. 45; L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, *European...*, s. 88; *Roundtable...*, dokument Komisji przywołany wyżej, teza 12.

²⁸⁶ „Należy stwierdzić, że zachowania równoległe nie mogą być traktowane jako przekonywujące dowody istnienia koordynacji, chyba że koordynacja stanowi jedyne wyjaśnienie takich zachowań” – orzekł ETS w orzeczeniu *Alhstrom i inni*, 1993 ECR I-1307.

²⁸⁷ Tak: SPI w połączonych sprawach *Limburgse Vinyl i inni*, 1999 ECR II-931; ETS w sprawie *Huls AG*, ECR 2000, s. I-4287; tak też SN w wyroku z dnia 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, OSNP 2008, nr 1–2, poz. 25.

²⁸⁸ Zob. wyrok SPI w sprawie *Rhone-Poulenc*, 1991 ECR II-867; ETS w sprawie *Woodpulp II*, 1993 ECR I-1307. Tak też SN w wyroku z dnia 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, OSNP 2008, nr 1–2, poz. 25.

²⁸⁹ *Roundtable...*, dokument Komisji przywołany wyżej, tezy 13 i 14.

Wiarygodną przesłanką istnienia takich antykonkurencyjnych uzgodnień mogą być publiczne zapowiedzi zmian istotnych parametrów konkurencji, takich zwłaszcza jak ceny²⁹⁰. Brytyjski OFT wskazuje, że w ustaleniu, czy na rynku zaistniało uzgodnienie zachowań, organ ten bada:

- czy strony podjęły współpracę w jakiejkolwiek dziedzinie;
- czy zachowania rynkowe przedsiębiorców mogą być rezultatem bezpośrednich lub pośrednich kontaktów między nimi;
- czy zbieżność zachowań będąca efektem kontaktów przedsiębiorców doprowadziła do zmiany warunków konkurencji na warunki odbiegające od charakterystycznych dla tego rynku;
- strukturę rynku i charakterystykę produktów;
- w przypadku niewielkiej liczby uczestników rynku (przedsiębiorców) podobieństwa struktury kosztów i potencjału produkcyjnego²⁹¹,

czyli, uogólniając, bada podstawowe przesłanki sprzyjające zawiązywaniu karteli (zob. wyżej – uwagi odnoszące się do karteli).

6.2.3. Uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców – art. 4 pkt 5 lit. c

Właściwością tej formy porozumień jest to, że koordynacja zachowań przedsiębiorców jest następstwem działań strony trzeciej – związku przedsiębiorców. Jest to więc jedyna forma porozumień, gdy uczestnictwo w zakazanej prawem współpracy nie musi wynikać z aktywności uczestnika porozumienia. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy uczestnictwo w określonym związku przedsiębiorców jest warunkiem wykonywania zawodu (np. obligatoryjność członkostwa w izbach lekarskich, lekarsko-weterynaryjnych wynika wprost z przepisów prawa), a uchwała została podjęta bez wiedzy lub nawet wbrew woli niektórych przedsiębiorców.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 2 Ustawy, związkiem przedsiębiorców są izby, zrzeszenia i inne organizacje skupiające przedsiębiorców (zob. komentarz do tego przepisu). W zależności od regulacji wewnętrznych danego związku i kompetencji jego organów ich uchwały mogą bezwzględnie wiązać wszystkich członków danego związku lub mogą pozostawiać im wybór co do sposobu zachowania. Jednak do traktowania uchwał jako porozumienia nie jest konieczne nadanie im wiążącego charakteru wobec wszystkich zrzeszonych przedsiębiorców²⁹². Takim przykładem porozumień są uchwały w przedmiocie tzw. kodeksów etycznych – standardów dobrego wykonywania zawodów. W licznych orzeczeniach UOKiK stwierdzano w takich

²⁹⁰ L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, *European...*, s. 89.

²⁹¹ OFT 401, teza 2.13.

²⁹² Tak słusznie E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa...*, s. 45.

aktach wewnętrznych związków przedsiębiorców stosowanie antykonkurencyjnych postanowień, i to bez względu na stopień związania uchwałami członków danego związku. Przykładowo w decyzji z dnia 18 września 2006 r., DOK-106/06, istnienie takiego porozumienia stwierdzono i zakazano w brzmieniu jednego z postanowień uchwały Izby Architektów, który zakazywał członkom tej Izby uczestnictwa w przetargach na prace projektowe jeżeli jedynym – a przynajmniej podstawowym – kryterium oceny prac nie jest cena²⁹³. W innej decyzji praktyka związania cenami została stwierdzona w Kodeksie Etyki Zawodowej Notariusza, przyjętym uchwałą Krajowej Rady Notarialnej²⁹⁴.

Wśród innych aktów organów statutowych związków przedsiębiorców mogących stanowić przejaw zakazanego porozumienia można wskazać decyzje zarządu związku, formalnie niewiążące jego członków, jednak przez fakt publikacji upowszechniające zachowania stanowiące ograniczenie konkurencji. Porozumienia w takiej postaci stwierdzano w decyzjach Prezesa wobec kilku izb lekarsko-weterynaryjnych, których organy opracowały i upowszechniły wzorcowe cenniki usług²⁹⁵.

7. Towary – art. 4 pkt 7

Szerokie, odpowiadające różnorodności przedmiotów obrotu gospodarczego, rozumienie pojęcia towarów ma na celu objęcie przepisami Ustawy wszelkich obszarów działalności gospodarczej, na których funkcjonować może i powinna konkurencja. Zakresem tego pojęcia objęto więc rzeczy, czyli przedmioty materialne²⁹⁶, zarówno ruchome, jak i nieruchome²⁹⁷, ale także usługi, w tym roboty budowlane²⁹⁸, zarówno usługi pro-

²⁹³ Zob. też wyrok SOKiK z dnia 18 września 2007 r., XVII Ama 125/06, Dz. Urz. UOKiK z 2008 r. Nr 1, poz. 7, oddalający odwołanie Izby.

²⁹⁴ Decyzja z dnia 20 maja 2002 r., DOK-32/2002; decyzja ta stała się ostatecznie prawomocna. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, rozpoznając odwołanie Izby, pierwotnie ją zmienił (umorzył postępowanie) w wyroku z dnia 14 maja 2003 r., XVII Ama 50/04, niepubl., natomiast w wyniku orzeczenia SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 28/04, OSNP 2005, nr 3, poz. 47, uchylającego ten wyrok, po ponownym rozpoznaniu sprawy w wyroku z dnia 22 grudnia 2006 r. uznał działania Izby za praktykę i oddalił odwołanie. Od tego wyroku Izba ponownie się odwołała, jednakże Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 16 listopada 2006 r., VI ACa 554/06, Dz. Urz. UOKiK z 2007 r. Nr 2, poz. 24, odwołanie to oddalił.

²⁹⁵ Przykładowo: decyzja z dnia 6 kwietnia 2005 r., RPZ-10/2005; zob. też wyrok SOKiK z dnia 9 listopada 2006 r., XVII Ama 68/05, Dz. Urz. UOKiK z 2007 r. Nr 2, poz. 20, oddalający odwołanie Izby.

²⁹⁶ Artykuł 45 k.c. stanowi, że rzeczami w rozumieniu tego kodeksu są tylko przedmioty materialne.

²⁹⁷ Według art. 46 i 46¹ k.c., nieruchomościami są części powierzchni ziemskiej stanowiące odrębny przedmiot własności (grunty), jak i budynki trwale z gruntem związane lub części takich budynków, jeżeli na mocy odrębnych przepisów stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności; nieruchomościami rolnymi (gruntami rolnymi) są nieruchomości, które są lub mogą być wykorzystywane do prowadzenia działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie produkcji roślinnej i zwierzęcej.

²⁹⁸ W świetle Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU), Dz. U. poz. 1676) roboty budowlane zalicza się do usług.

dukcyjne, konsumpcyjne, jak i ogólnospołeczne²⁹⁹. Towarami są też wszelkie postaci energii oraz zbywalne prawa majątkowe, w tym papiery wartościowe.

Na gruncie Ustawy pojęcie towaru należy wiązać z profesjonalnym obrotem towarowym – sprzedażą, zakupem, świadczeniem lub pozyskiwaniem wyżej wskazanych dóbr lub usług. Właściwe określenie przedmiotu obrotu i szerokości, na którym obrót ten jest dokonywany³⁰⁰ (rodzaju działalności), ma kluczowe znaczenie dla poprawnego zdefiniowania produktowego rynku właściwego (zob. komentarz do art. 4 pkt 9).

Towarami są wyłącznie dobra i usługi, którymi obrót w Polsce jest legalny – nie jest zakazany przepisami prawa³⁰¹.

8. Ceny – art. 4 pkt 8

Jednym z najważniejszych przejawów konkurencji jest rywalizacja cenami. Cenami konkurują przedsiębiorcy – dostawcy towarów, ale też odbiorcy, w tym konsumenci. Właśnie sprzeczność interesów tych dwóch stron obrotu – podażowej i popytowej – jest najsilniejszym bodźcem dla rozwoju gospodarczego, a ewentualne ograniczenia rywalizacji cenami – najgroźniejszymi barierami tego rozwoju. Dlatego też prawo konkurencji najsurowiej sankcjonuje wszelkie nieuczciwe działania przedsiębiorców ingerujące w swobodę ustalania cen. W większości krajowych i międzynarodowych (np. wspólnotowych) systemów prawa konkurencji znajduje to nawet wyraz w hierarchii przepisów materialnych statuujących zakazy ograniczania konkurencji³⁰². Podobny porządek takich przepisów – zakazy nieuczciwego, zmanipulowanego kształtowa-

²⁹⁹ PKWiU dzieli usługi na usługi produkcyjne (czynności wykonywane na rzecz jednostek gospodarczych prowadzących działalność o charakterze produkcyjnym, nietworzące bezpośrednio nowych dóbr materialnych), usługi konsumpcyjne (czynności przeznaczone do celów konsumpcji indywidualnej, zbiorowej i ogólnospołecznej) oraz usługi ogólnospołeczne (czynności zaspokajające potrzeby porządkowo-organizacyjne gospodarki i społeczeństwa jako całości) – pkt 7.6.1. Zasad Metodycznych PKWiU; obecnie PKWiU nie dokonuje podziału usług na materialne i niematerialne.

³⁰⁰ W procesach dostarczenia określonego towaru na określony obszar występują najczęściej trzy szczeble obrotu: zbytu, obrotu hurtowego i obrotu detalicznego.

³⁰¹ W doktrynie pojęcie nielegalności w myśl zasady *res extra commercium* rozciąga się także na towary „wyłączone ze względów moralnych” – zob. E. Modzelewska-Wąchal (w.): T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 139. Wprawdzie można rozumieć motywy tak szerokiej definicji nielegalności, jednak ze względu na możliwy subiektywizm w kwalifikacji, co jest moralne, a co moralne nie jest, należy ograniczyć to pojęcie (nielegalności i wyłączenia z zakresu ustawowej definicji towaru) do rzeczy, energii i usług, których obrót jest zakazany ze względu na *res extra commercium humani iuris*.

³⁰² Należy odnotować również fakt, że w wielu publikacjach, a także dokumentach organów antymonopolowych kategoria ceny ma też znaczenie szersze – znaczenie uniwersalnej, symbolicznej postaci (przejawu) konkurencji. Taką ilustrację bardzo szerokiego rozumienia „ceny” – jako symbolu konkurencji we wszelkich jej aspektach – znajdujemy m.in. w wydanych wspólnie przez angielskie OFT i CC we wrześniu 2010 r. *Merger Assessment Guidelines* (CC2/OFT 1254), gdzie w „słowniczku” tego dokumentu kategorię ceny wyjaśniono następująco: „pojęcie ceny jest używane jako skrót dla wszelkich przejawów konkurencji, chyba że zaznaczono inaczej”.

nia cen otwierają katalogi przykładowych postaci zakazanych porozumień i przejawów nadużycia pozycji dominującej – znajdujemy też w Ustawie.

W obrocie gospodarczym występuje wiele instrumentów finansowych służących rozliczeniom transakcji. Najczęściej stosowanym jest cena. Wśród instrumentów o podobnych charakterze (cenopodobnych) występują marże, narzuty, upusty, opłaty stałe (np. opłaty abonamentowe w rozliczeniach za dostawy energii elektrycznej, gazu, wody lub usługi telekomunikacyjne) lub opłaty zmienne (np. za usługi dystrybucji energii elektrycznej, gazu, ciepła ze źródeł scentralizowanych) albo opłaty przyłączeniowe pobierane przez przedsiębiorstwa energetyczne lub wodno-kanalizacyjne, prowizje, składki (np. w ubezpieczeniach) itd. W wielu dziedzinach usług, np. finansowych, funkcjonują specyficzne, niekiedy rozbudowane katalogi instrumentów cenopodobnych. Komentowany przepis, kategoria ceny, obejmuje wszystkie takie instrumenty. Wskazuje na to zawarte w niniejszej definicji sformułowanie „jak również opłaty o charakterze cen”.

Legalna **definicja ceny** jest zawarta w przepisie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915 z późn. zm.). Przez cenę należy więc rozumieć „wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę”. W obrocie konsumenckim nie mniejsze znaczenie ma „**cena jednostkowa**”, którą ustawa ta definiuje jako „cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach” (art. 3 ust. 1 pkt 2). Przepisy cytowanej ustawy stwierdzają ponadto, że w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym (art. 3 ust. 2). Nieobowiązująca już dziś ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 385), która straciła moc z dniem wejścia w życie wyżej wskazanej ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, formułowała jedną z fundamentalnych zasad gospodarki wolnorynkowej – zasadę swobodnego stanowienia cen przez uczestników obrotu gospodarczego. Jej przepis art. 2 ust. 1 stwierdzał, że ceny towarów i usług uzgadniają strony zawierające umowę. Ograniczenie swobody uzgadniania cen – stanowienie cen urzędowych – mogło być wprowadzone jedynie w trybie określonym tą ustawą. W świetle przepisu art. 9 ustawy o cenach ceny urzędowe i marże handlowe urzędowe miały charakter cen i marż handlowych maksymalnych, chyba że organ administracji publicznej w przepisach wydanych na podstawie tej ustawy ustalił inaczej.

Wobec uchylenia ustawy o cenach oraz braku stosownych regulacji w obowiązującej ustawie o informowaniu o cenach towarów i usług kwestie charakteru cen urzędowych (taryfowych) regulują kodeks cywilny oraz niektóre ustawy i wydane na ich podsta-

wie „branżowe” przepisy wykonawcze. I tak kodeks cywilny w art. 537–540 określa charakter cen regulowanych przez organy administracji, wyróżniając ceny: sztywne, maksymalne, minimalne i wynikowe³⁰³.

Ceny regulowane – ustalone w taryfach przez określony organ władzy publicznej – obowiązują wobec coraz węższej grupy towarów. Cenami regulowanymi są przykładowo:

- ceny i opłaty za wodę i ścieki – kształtowane zgodnie z ustawą z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 139 z późn. zm.) – art. 20–27 tej ustawy;
- ceny za usługi komunalne o charakterze użyteczności publicznej, w tym usługi przewozowe transportu zbiorowego, usługi odbioru odpadów komunalnych itd., w jednostkach samorządu terytorialnego – zgodnie z ustawą z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 573) – art. 4 ust. 2 u.g.k.;
- ceny energii elektrycznej dla konsumentów oraz jej dystrybucji dla wszystkich odbiorców, a także ceny gazu (i jego dystrybucji) dla wszystkich odbiorców³⁰⁴ – na podstawie ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1059 z późn. zm.) – art. 45–49 pr. energ. i rozporządzeń wydanych na jego podstawie;
- niektóre z cen usług świadczonych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej (gdy ceny w taryfach są nadmiernie wygórowane lub nadmiernie zaniżone podlegają szczególnej procedurze zatwierdzania przez Prezesa UKE) – na podstawie ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1489) – art. 46 i 48 tej ustawy;
- niektóre taryfy lotnicze i opłaty lotnicze (szczególny tryb uzgadniania i niekiedy kształtowania taryf przez Prezesa ULC) – na podstawie ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 605 z późn. zm.) – art. 198 tej ustawy;
- leki, wybrane środki spożywcze i materiały zdrowotne refundowane ze środków Narodowego Funduszu Zdrowia – na podstawie ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 345 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 581 z późn. zm.).

³⁰³ Przez cenę wynikową należy rozumieć cenę ustaloną przez przedsiębiorcę, jednak na podstawie formuły, jaką ustalił organ administracji. Zgodnie z treścią przepisu art. 540 § 1 k.c. cena wynikowa, w zależności od jej charakteru, może być traktowana jako cena sztywna lub cena maksymalna.

³⁰⁴ Regulując ceny gazu dla odbiorców innych niż konsumenci, Polska nie wypełnia zobowiązań wynikających z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2009/73 – tak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 10 września 2015 r. w sprawie C-36/14, *Komisja Europejska v. Rzeczpospolita Polska*, EU:C:2015:570.

Ceny regulowane (urzędowe) nie podlegają ocenie przez pryzmat przepisów Ustawy. Istnieją jednak nieliczne wyjątki od tej zasady. Jednym z tych odstępstw jest sytuacja, gdy rada gminy, stosownie do art. 24 ust. 5 i 8 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i odbiorze ścieków, mimo przedłożenia przez przedsiębiorstwo wodociągowe taryf do zatwierdzenia nie podejmie uchwały tę taryfę zatwierdzającej – wówczas stosowane przez te przedsiębiorstwa ceny i taryfy traktowane są jako kształtowane na rynku i podlegają ocenie Prezesa Urzędu³⁰⁵. Podobnie jest w przypadku, gdy Prezes URE, działając na podstawie art. 49 pr. energ., zwolni przedsiębiorstwo energetyczne z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia. W takiej sytuacji ceny stosowane przez przedsiębiorstwa energetyczne, jako ceny rynkowe, mogą być oceniane przez pryzmat kryteriów przewidzianych w przepisach Ustawy.

Do kategorii cen Ustawa zalicza też **opłaty o charakterze cen**. Dla możliwości zastosowania wobec nich przepisów Ustawy konieczne jest, aby nie miały one charakteru daniny publicznej³⁰⁶, a upodobniały się do cen, czyli ekwiwalentu dostarczonego towaru lub świadczonej usługi. Do opłat o charakterze cen można zaliczyć m.in.:

- opłaty abonamentowe (wyróżnione odrębnie składniki faktur za niektóre media: energię elektryczną, gaz, wodę itd.), odpowiadające kosztom obsługi odbiorców;
- opłaty za parkowanie w strefach ograniczonego parkowania niektórych aglomeracji;
- składkę ubezpieczeniową.

W świetle orzecznictwa opłata za korzystanie z radia i telewizji (abonament radiowo-telewizyjny) nie ma charakteru ceny³⁰⁷.

Do instrumentów wykorzystywanych w rozliczeniach transakcji, mających charakter cen, należą **pro wizje**. Prowizja jest wynagrodzeniem za świadczenie usług pośred-

³⁰⁵ Zob. przykładowo decyzję Prezesa z dnia 1 marca 2007 r., RPZ-15/07, *Aquanet*.

³⁰⁶ Daniny publiczne według E. Modzelewskiej-Wąchal charakteryzują łącznie następujące cechy: (-) są świadczeniem pieniężnym, (-) mają charakter przymusowy, (-) mają charakter bezzwrotny, (-) ich pobieranie wynika z przepisów prawa, (-) są świadczeniem na rzecz szeroko rozumianego sektora publicznego – zob. E. Modzelewska-Wąchal (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 145.

³⁰⁷ W świetle orzeczeń abonament radiowo-telewizyjny nie stanowi wynagrodzenia za korzystanie z jakichkolwiek usług. Takie stanowisko wyraził WSA w Warszawie w wyroku z dnia 30 sierpnia 2007 r., III SA/Wa 2437/06, LEX nr 376821, w którym stwierdził, iż „dla obowiązku ponoszenia opłat abonamentowych nie ma znaczenia, czy podmiot je ponoszący zamierza korzystać, czy też korzysta, bądź nie z programów nadawanych, czy też korzysta z innych niż publiczne mediów”; podobnie w wyroku z dnia 4 sierpnia 2009 r., III SA/Wa 866/09, w którym wskazał, iż: „opłata abonamentowa jest przymusowym i bezzwrotnym świadczeniem o charakterze publicznoprawnym. Stanowi pozabudżetowy dochód celowy o charakterze publicznym i przeznaczony jest na finansowanie misji publicznej radia i telewizji. Dla obowiązku ponoszenia tej opłaty bez znaczenia pozostaje to, czy podmiot ją uiszczający korzysta lub zamierza korzystać z odbioru nadawanych programów. Nie jest więc dobrowolnym uczestnikiem takiej transakcji. Wobec powyższego, nie można przyjąć, aby abonament był zapłatą za zwolnioną z VAT usługę telewizyjną”.

nictwa w zawieraniu umów (np. komisju, agencji obrotu nieruchomościami, agencji pośrednictwa pracy) lub za określone operacje lub usługi (np. bankowe, ubezpieczeniowe, biur maklerskich). Często jest ustalana jako odsetek wartości produktu lub usługi (transakcji) i pobierana bądź jednorazowo (zbiorczo), bądź przy każdej operacji.

Szczególnymi, powszechnie stosowanymi, są prowizje bankowe. Ich stosowanie reguluje z art. 110 pr. bank.: „bank może pobierać przewidziane w umowie prowizje i opłaty z tytułu wykonywanych czynności bankowych oraz opłaty za wykonywanie innych czynności, w tym także opłaty za przygotowanie, sporządzenie i przekazanie informacji stanowiących tajemnicę bankową uprawnionym przez ustawę osobom, organom i instytucjom”. Wysokość opłat i prowizji bankowych wpływa na całkowity koszt usług bankowych, a w przypadku kredytów – na rzeczywistą roczną stopę oprocentowania (RRSO).

Innym, cenopodobnym instrumentem są **marże**. Wcześniej funkcjonująca ustawa o cenach definiowała pojęcie **marży handlowej**. Wprawdzie legalnego terminu marży handlowej aktualnie w obrocie prawnym nie ma, jednak można przywołać tę wcześniej obowiązującą definicję: „marżę stanowi różnica między ceną płaconą przez kupującego a ceną uprzednio zapłaconą przez przedsiębiorcę, wynikającą z kosztów i zysku przedsiębiorcy; marża handlowa może być wyrażona kwotowo lub w procentach” (art. 3 ust. 1 pkt 6 dawnej ustawy o cenach). Wprawdzie w obrocie gospodarczym marże rzadko służą za samodzielne narzędzie rozliczenia transakcji, przez co kwestionowana jest celowość zachowywania tej kategorii w definicji ceny³⁰⁸, jednak niektóre zakazane praktyki rynkowe są realizowane przez nielegalne kształtowanie marż – i z tego powodu powinny być przedmiotem zainteresowania prawa antymonopolowego (ale też i organów). Do takich praktyk należą m.in. porozumienia horyzontalne wyłączające konkurencję nie tylko cenami (finalnymi, np. detalicznymi), ale również marżami, poprzez ustanowienie ich jednolitego poziomu³⁰⁹ lub zakaz ich obniżania poniżej ustalonego poziomu minimalnego³¹⁰. Równie szkodliwe dla konkurencji są porozumienia wertykalne, w których dla uzyskania efektu RPM – *resale price maintenance* – utrzymywania jednolitych cen (detalicznych) – określa się minimalny lub maksymalny poziom marż³¹¹.

³⁰⁸ E. Modzelewska-Wąchal (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 147.

³⁰⁹ ECJ z dnia 29 października 1980 r., *FEDETAB*, 1980 ECR 3125, 3264–3267; ECJ z dnia 10 grudnia 1985 r., *SSI*, 1985 ECR 3831, 3870–3872; decyzja Komisji z dnia 28 września 1981 r. w sprawie *Italian Flat Glass I* (Dz. Urz. WE L 326 z 13.11.1981, s. 32); decyzja Komisji z dnia 8 lutego 1980 r. w sprawie *Steel Stockholders* (Dz. Urz. WE L 62 z 7.03.1980, s. 28).

³¹⁰ Decyzja Komisji z dnia 15 maja 1974 r. w sprawie *IFTRA Glass* (Dz. Urz. UE L 160 z 17.06.1974, s. 1); decyzja Komisji z dnia 15 lipca 1975 r. w sprawie *IFTRA Aluminium* (Dz. Urz. WE L 228 z 29.08.1975, s. 3).

³¹¹ Decyzja Komisji z dnia 2 grudnia 1977 r. w sprawie *Central Bateau* (Dz. Urz. WE L 20 z 2.01.1978, s. 18).

Inną praktyką, może jedynie nazwą związaną z omawianą kategorią marży, jest *margin squeeze* (ograniczanie, „ściskanie” marży albo zarobku). Jest to dobrze opisana w piśmiennictwie praktyka nadużycia pozycji dominującej (zob. komentarz do art. 9), polegająca na tym, że pionowo zintegrowany przedsiębiorca, mający silną pozycję (dominującą) na rynku wyższego szczebla (np. rynku dystrybucji, czyli transportu, energii elektrycznej, gdzie dyktuje wysokie ceny) kształtuje swoje ceny na rynku niższego szczebla (np. obrotu energią elektryczną) na tak niskim poziomie, że ewentualny konkurent, teoretycznie mogący zaoferować niższe ceny detaliczne, bowiem ma niższe koszty zakupu towaru oferowanego na tym niższym szczeblu rynku (np. ma dostęp do źródeł energii o niskich kosztach), nie jest w stanie zaoferować odbiorcy konkurencyjnej ceny detalicznej, gdyż po uwzględnieniu kosztów dystrybucji (transportu) jego cena musi być wyższa od ceny przedsiębiorcy dominującego na rynku wyższego szczebla (dystrybucji energii)³¹².

Kategoria ceny odgrywa w prawie antymonopolowym bardzo znaczącą rolę. Kategoria ta jest w Ustawie poprawnie zdefiniowana. Nie przeszkadza to jednak sformułowaniu wniosku *de lege ferenda*, mianowicie potrzeby dodania do deskryptorów kategorii ceny pojęć rabatu i upustu, jako terminów cenopochodnych, pozwalających opisać praktyki rynkowe, które w określonych warunkach mogą zakłócać konkurencję.

9. Rynek właściwy – art. 4 pkt 9

9.1. Uwagi ogólne

Prawo konkurencji posługuje się szczególnym pojęciem rynku – terminem „rynek właściwy”³¹³ bądź też „rynek relewantny” (*relevant market*). Rynek właściwy jest wyznaczany w każdej sprawie antymonopolowej³¹⁴. Bez oznaczenia rynku właściwego,

³¹² Ten rodzaj praktyki został stwierdzony na rynku telekomunikacyjnym – decyzja Prezesa z dnia 20 grudnia 2007 r., DOK-98/07, i bogate orzecznictwo w tej sprawie: wyrok SOKiK z dnia 11 listopada 2011 r., XVII AmA 62/08, niepubl.; wyrok SA w Warszawie z dnia 20 czerwca 2012 r., VI ACa 1203/11, niepubl.; postanowienie SN z dnia 9 sierpnia 2012 r., III SK 4/12, LEX nr 1215059; wyrok SA w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2013 r., VI ACa 142/13, niepubl., oraz wyrok SN z dnia 15 maja 2014 r., III SK 54/13, OSNP 2015, nr 11, poz. 156.

³¹³ Terminem tym posłużono się również w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn.: Dz. U. 2016 r. poz. 1489), gdzie pojęcie to zdefiniowano poprzez odwołanie się wprost do przepisów Ustawy.

³¹⁴ W doktrynie wskazuje się niekiedy, że w postępowaniach dotyczących porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot), mających hard-core’owy charakter, wobec których nie istnieje możliwość wyłączenia zakazu ze względu na przesłankę bagatelności, można by zrezygnować z ustalania rynku właściwego. Zob. C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa...*, s. 192; K. Kohutek (w): K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2008, s. 253. Jednakże, w naszej opinii, i w takiej sytuacji należy przeprowadzić procedurę definiowania rynku – wymaga tego chociażby treść przepisu art. 6 ust. 1, wskazującego, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest eliminowanie, ograniczanie lub naruszanie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym (zob. komentarz do art. 6).

niekiedy rynków właściwych³¹⁵, postępowanie z zakresu ochrony konkurencji nie może być prowadzone³¹⁶. Określenie rynku właściwego umożliwia identyfikację rzeczywistego przedmiotu i faktycznego terytorialnego zasięgu konkurencji lub współpracy między stronami bezpośrednio zaangażowanymi w postępowanie antymonopolowe³¹⁷. Rynek właściwy jest „płaszczyzną współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru na określonym geograficznie rynku”³¹⁸. **Celem wyznaczania rynku właściwego jest identyfikacja w ściśle określony, usystematyzowany sposób przedmiotowego i terytorialnego zakresu konkurencji. Określenie rynku właściwego stanowi punkt wyjścia do kolejnej, odrębnej procedury – określenia charakteru konkurencji**, czyli wzajemnego oddziaływania podmiotów uczestniczących w konkretnym rynku. A więc już po określeniu rynku właściwego przeprowadzana jest identyfikacja pozostałych przedsiębiorców, przynajmniej tych, którzy odgrywają najistotniejszą na danym rynku rolę, oraz wyznaczenie ich pozycji rynkowej – określenie struktury rynku³¹⁹. Poprawne zdefiniowanie granic rynku właściwego jest zadaniem organu prowadzącego postępowanie³²⁰. Określenie rynku właściwego następuje w trakcie postępowania administracyjnego prowadzonego z udziałem stron, wspomaganego najczęściej odpowiednimi badaniami. Z tych też względów zdefiniowanie rynku właściwego, nawet gdy nastąpi już na wczesnym etapie postępowania (zawiera je postanowienie o wszczęciu postępowania), często jest korygowane i ostatecznie formułowane w wydawanej decyzji³²¹.

Określenie rynku właściwego i poprawne zmierzenie siły konkurencyjnej przedsiębiorcy(-ów) jest warunkiem *sine qua non* poprawności stosowania przepisów określających zakazy stosowania antykonkurencyjnych praktyk (porozumień i nad-

³¹⁵ Niekiedy istnieje konieczność wyznaczenia rynku właściwego, na którym określony przedsiębiorca posiada pozycję dominanta, i rynku powiązanego, na który przenosi on swą siłę (a także jej nadużywa) – zob. wyrok SN z dnia 19 lutego 2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413.

³¹⁶ Tezę tę formułował Sąd Antymonopolowy już w pierwszym okresie orzekania w sprawach antymonopolowych – zob. wyrok SAM z dnia 26 kwietnia 1995 r., XVII Amr 74/94, Wokanda 1996, nr 5, s. 55, gdzie sąd ten stwierdził, że określenie rynku właściwego jest warunkiem niezbędnym zastosowania przepisów ustawy antymonopolowej. W sprawie *European Night Services*, CFI, 15 września 1998, ECR II-3141, § 93, sąd pierwszej instancji uchylił decyzję Komisji, stwierdzając, że nie był w stanie ocenić, czy zarzucane przedsiębiorstwu praktyki istotnie ograniczyły konkurencję, skoro Komisja nie poczyniła wystarczająco przekonujących ustaleń co do rynku właściwego.

³¹⁷ „Rynek właściwy jako instytucja prawa ochrony konkurencji odnosi się bowiem do obiektywnie zachodzących w gospodarce procesów, które dopiero wtórnie podlegają kwalifikacji prawnej w ramach postępowania antymonopolowego (i weryfikacji w toku postępowania sądowego)” – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 kwietnia 2013 r., III SK 28/12, OSNP 2014, nr 4, poz. 63.

³¹⁸ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa...*, s. 116.

³¹⁹ Pojęcia pozycji rynkowej i struktury rynku są szerzej omówione w komentarzu do art. 4 pkt 10 – „pozycja dominująca”.

³²⁰ Wyrok SN z dnia 17 marca 2010 r., III SK 40/09, OSNP 2011, nr 19–20, poz. 266.

³²¹ Tak SN w wyroku z dnia 7 maja 2004 r., III SK 32/04, LEX nr 440864 – w wyroku tym SN odrzucił też stanowisko SOKiK, że określenie rynku właściwego nie w sentencji, ale dopiero w uzasadnieniu decyzji było wadą stanowiącą wystarczającą przesłankę uznania jej nieważności.

używania pozycji dominującej) oraz przepisów precyzujących warunki udzielania zgód na zgłoszone Prezesowi koncentracje.

Orzecznictwo sądowe, wsparte dorobkiem nauk ekonomicznych, wypracowało w miarę jednolicie stosowaną metodologię określania rynku właściwego. Została ona również opisana przez niektóre organy antymonopolowe w formie wytycznych i wyjaśnień (*notices, guidelines*)³²². Zawarte tam standardy metodologiczne, w tym zwłaszcza organów Unii Europejskiej, stosowane są również w praktyce polskich organów ochrony konkurencji. W licznych decyzjach Prezesa UOKiK oraz orzeczeniach polskich sądów ustalenia rynku właściwego wspierane są orzecznictwem sądów europejskich bądź Komisji lub też bezpośrednimi odwołaniami do obwieszczenia 1997/C 372/03 Komisji w tym przedmiocie. Jednak orzeczenia te lub zalecenia metodyczne mogą jedynie wspomagać, być wskazówką dla indywidualnie przeprowadzonego procesu badania rynku. Generalną regułą powinno być bowiem **definiowanie rynku właściwego w każdej sprawie odrębnie**³²³. Nawet wcześniejsze ustalenia określające rynek właściwy w porównywalnych, np. krajowych, warunkach mogą być jedynie punktem wyjścia analizy, weryfikowanej aktualnymi warunkami rynku³²⁴. Dotyczy to w szczególności rynków cechujących się znaczną dynamiką zmian – intensywnymi postępami technologii prowadzącymi do zmian produktów i usług oraz częstymi zmianami preferencji konsumentów. Analiza powinna bowiem uwzględniać zachodzące na rynkach zmiany, zwłaszcza w sytuacji, gdy sprawa dotyczy rynków zaliczanych do tzw. nowej gospodarki³²⁵ – związanych

³²² Pierwszym takim dokumentem był wydany przez amerykański DOJ (Department of Justice) w 1968 r. *Merger Guidelines*. Formułował on pierwsze wytyczne definiowania rynku – wyróżniono w nim wymiar produktowy (*line of commerce*) oraz wymiar geograficzny rynku (*section of the country*). Kolejna wersja tego dokumentu, wydana w 1984 r., formułowała precyzyjne zasady definiowania obu elementów rynku właściwego. Tam też pierwszy raz wskazano, że do określenia granic substytucji DOJ będzie stosował test „hipotetycznego monopolisty”. W 1992 r. DOJ wydał, wspólnie z FTC (Federalną Komisją Handlu) *Horizontal Merger Guidelines*, znowelizowany w 1997 r., zawierający również obszerny opis metodologii ustalania rynku dla potrzeb postępowań, których przedmiotem jest ocena koncentracji horyzontalnych (między konkurentami). Swoje obwieszczenie w sprawie definiowania rynku właściwego Komisja opublikowała w 1997 r. (obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz. Urz. WE C 372 z 9.12.1997, s. 5). W 2000 r. podobny dokument opublikował brytyjski OFT (Office of Fair Trading). I ten dokument ma obecnie nowszą wersję – wydaną w 2004 r. (OFT 403).

³²³ Tak też: T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork (w.): T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 152; K. Kohutek (w.): K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2014, s. 190.

³²⁴ Jednakże „nie oznacza to, że w każdej sprawie antymonopolowej konieczne będzie przeprowadzanie skomplikowanych analiz ekonomicznych lub badań konsumenckich jako warunku *sine qua non* prawidłowego wyznaczenia rynku właściwego” – wyrok SN z dnia 13 lipca 2012 r., III SK 44/11, OSNP 2013, nr 13, poz. 167. Niekiedy, stwierdzając powtarzalność warunków rynku, wystarczy odwołanie się do tych warunków i powtórzenie definicji rynku właściwego. Jednakże w odniesieniu do spraw, w których nie ukształtowała się jeszcze odpowiednia praktyka w zakresie wyznaczania rynków właściwych, analizy takie są nieuchronne – zob. wyrok SN z dnia 14 września 2006 r., III SK 13/06, OSNP 2007, nr 17–18, poz. 265.

³²⁵ Zob. A. Wojtyna, *Czy tradycyjna ekonomia pozwala zrozumieć nową gospodarkę*, Materiały konferencyjne VII Kongresu Ekonomistów Polskich, Bellona 2002, s. 3–21; zob. także C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce...*, w szczególności: M. Stefaniuk, M. Swora, *Richarda Allena Posnera ekono-*

przykładowo z produktami nowych technologii komunikacji, usług finansowych itd. Inną przyczyną konieczności przeprowadzania indywidualnego (związanego z daną sprawą) procesu definiowania rynku jest fakt, że warunki konkurencji panujące na określonym rynku mogą być ustalane pod wpływem działania innych czynników niż te, które kształtowały rynek właściwy definiowany wcześniej w innych sprawach. Wysoce prawdopodobne jest bowiem np. to, że wzorce zachowań, nawyki konsumentów lub dostawców, reakcje na określone czynniki rynkowe są inne niż na tych samych rynkach wcześniej definiowanych. Podobnie mogą się różnić stopnie koncentracji rynków – należy przynajmniej wziąć pod uwagę, że test hipotetycznego monopolisty (zob. niżej) daje inne wyniki na rynkach o niskim stopniu koncentracji i inne – potencjalnie zafałszowane – na rynkach silnie zdominowanych przez jednego przedsiębiorcę.

W praktyce, nie tylko polskich organów antymonopolowych, i w doktrynie współistnieją dwa poglądy co do generalnego postulatu, jak określać granice rynku właściwego (zaznaczmy, że nie chodzi tu o stosowaną w tym zakresie metodykę, lecz o zamierzone efekty całej procedury). Jeden z nich postuluje konieczność „wąskiego” określania rynku właściwego³²⁶, zgodnie zaś z drugim rynku właściwego nie należy określać ani za wąsko, ani za szeroko, lecz „prawidłowo”³²⁷. Już nazwa drugiego z tych nurtów nakazywałaby przyznanie racji jego zwolennikom. Jednakże, w naszej opinii, obecnie rozbieżność poglądów ma już jedynie historyczny wymiar. Współcześnie ugruntowuje się przekonanie, będące rezultatem upowszechnienia standardów metodologii określania rynku właściwego, że **prawidłowo zastosowana metoda musi prowadzić do prawidłowych ustaleń**, bez względu na to, czy zamierzeniem organu jest „wąskie”, czy „prawidłowe” ustalenie granic rynku właściwego. A i w orzecznictwie, i w doktrynie panuje zgodność co do sposobu – zakresu informacji i metod ich analizy – definiowania rynku. Wydaje się również, że dwoistość poglądów w kwestii charakteru określenia rynku właściwego miała i tak jedynie teoretyczny wymiar. Przekonywający niech będzie argument, że postulat wąskiego określania rynku funkcjonował w polskim orzecznictwie przez ponad dekadę³²⁸, a niewiele jest wyroków poddawanych ocenie właśnie jedynie ze względu fakt, że sąd zbyt wąsko określił granice rynku właściwego. W praktyce organów antymonopolowych zdarza się błędne określenie rynku właściwego, ale wynika to raczej z błędów popełnionych w tej procedurze (np. z posługiwania się niekompletnymi lub nieprawdziwymi informacjami, z błędu w metodzie,

miczna analiza prawa i poglądy na nowa gospodarke (w:) C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, s. 39–56, oraz P. Behrens, *Teoretyczne i praktyczne problemy stosowania instrumentów ekonomicznych w prawie kartelowym* (w:) C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007 s. 57–75.

³²⁶ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa...*, s. 51.

³²⁷ T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 151 i 152; tam też szeroki przegląd orzecznictwa i piśmiennictwa w tym zakresie.

³²⁸ Uznaje się, że pogląd o zasadności wąskiego określania rynku po raz pierwszy sformułował SAM w wyroku z dnia 4 października 1993 r., XVII Amr 29/93, Wokanda 1994, nr 3, s. 54.

np. nieuwzględnienia czynnika czasu itd.) niż z przyjętych założeń. Trzeba ponadto mieć na względzie fakt, że „jak wskazuje praktyka organów antymonopolowych na całym świecie, definicja rynku właściwego, zarówno w wymiarze produktowym, jak i geograficznym, ma ze swej natury charakter przybliżony, ponieważ często niemożliwe jest dokładne odzwierciedlenie wszystkich sił wpływających na zachowanie określonych przedsiębiorców, z uwzględnieniem stopnia takiego wpływu”³²⁹.

Ustawowa definicja rynku właściwego wyszczególnia tylko dwie składowe: właściwy rynek produktowy i właściwy rynek geograficzny. I w orzecznictwie, i w doktrynie znajdujemy niekiedy dużo bardziej rozbudowane rozumienie tego terminu – obejmujące więcej składowych³³⁰. Nie powinno budzić wątpliwości, że każdy z tych innych (dodatkowych) wyróżników rynku właściwego ma znaczenie dla poprawnego opisanie określonego rynku i dla wzbogacenia opisu dziejącej się na nim konkurencji (lub przewidywanego charakteru konkurencji w przypadku, gdy rynek właściwy określany jest na potrzeby oceny zgłoszonych koncentracji). I chociaż za słuszne należy uznać dążenie do opisanie dodatkowych cech rynku, takich jak np. struktura podmiotowa (szczebel obrotu) czy wymiar czasowy³³¹, to jednak cechy te nie tyle są „innymi wymiarami rynku właściwego”, ile mieszczą się w ustawowych składowych definicji tego pojęcia. Definiowany termin to „rynek”, rynek zaś, z ekonomicznego punktu widzenia, to wymiana, obrót, zetknięcie się podmiotów oferujących określony produkt lub usługę (podaż) z podmiotami chcącymi zaspokoić swoje potrzeby tymi produktami lub usługami (popyt). W istocie tego pojęcia zawiera się więc określenie stron wymiany. Stąd **nieodłącznym elementem poprawnie określonego rynku właściwego jest oznaczenie szczebla obrotu towarowego** – ścisłe określenie stron typowych transakcji. I nawet gdy niekiedy dla określenia produktowego rynku właściwego używa się skrótu myślowego, odwołującego się jedynie do przedmiotu transakcji (z pominięciem szczebla obrotu)³³², to taki skrót jest niedopuszczalny w orzeczeniu organu antymonopolowego. Podobnie **nieodłączną cechą rynku** w licznych przypadkach, chociaż nie powszechnie, **jest czas**. Niektóre rynki zmieniają się bowiem w trakcie doby (np. natężenie ruchu i komunikacji miejskiej), w interwałach mierzonych dniami tygodnia (np. imprezy sportowe lub usługi kultury – koncerty, wystawy, przedstawienia teatralne itd.), porami roku. Prawidłowo zidentyfikowany rynek właściwy w takich przypadkach musi zawierać wskazanie czasu, jakiego dotyczy.

³²⁹ Wyjaśnienia UOKiK dotyczące oceny zgłaszanych koncentracji, s. 8.

³³⁰ Zob. przykładowo wyrok SAM z dnia 26 kwietnia 1995 r., XVII Amr 74/94, Wokanda 1996, nr 5, s. 55, w którym sąd ten wyróżnia pięć elementów: podmiot, fazę obrotu towarowego, funkcję strony rynku (sprzedawca lub kupujący), czas i terytorium.

³³¹ Taki zestaw dodatkowych składowych rynku właściwego jest najczęściej akceptowany (bo wspierany orzecznictwem) w doktrynie. Por.: T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, 2014, s. 154–155; K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2014, s. 188.

³³² A tak jest w wypadku niektórych poświęconych tej tematyce opracowań (nierzadko również w niniejszym komentarzu).

Komentowany przepis zawiera krótkie definicje obu członów rynku właściwego, nie nazywając ich. I tak właściwy rynek produktowy określany jest w ustawie jako „rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za **substytuty**”. Właściwy rynek geograficzny jest natomiast definiowany jako terytorium, na którym towary zaliczone do właściwego rynku produktowego są oferowane na obszarze „na którym ze względu na rodzaj i właściwości oferowanych towarów, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, **panują zbliżone warunki konkurencji**”.

O ile ustawowa definicja właściwego rynku produktowego jest wystarczająco precyzyjna i umożliwia jednoznaczne określenie tego rynku, o tyle już ustawowa definicja rynku właściwego geograficznie może w praktyce stwarzać istotne problemy. Ta ostatnia definicja mówi o obszarze, na którym oferowane są produkty wchodzące w zakres określonego rynku produktowego, na którym ze względu na enumeratywnie wskazane okoliczności panują zbliżone warunki konkurencji. Teoretycznie więc rynkiem geograficznie właściwym może być każdy rynek lokalny lub krajowy czy też kontynentalny lub globalny, mający łącznie takie cechy: oferowane na nim towary są zaliczane do tego samego rynku produktowego, na rynku tym panują zbliżone warunki konkurencji, ponieważ takie same są bariery dostępu do niego, takie same są preferencje konsumentów itd. Każdy rynek. Jednak który? Żeby zilustrować problem, wskażmy np. rynek dystrybucji energii elektrycznej. Właściwym rynkiem produktowym jest w takich sprawach usługa dystrybucji tej energii³³³. W polskich warunkach rynek ten ma wymiar lokalny, zwykle regionalny. Wszystkie te regionalne rynki są z pewnością obecnie na tyle podobne, że na podstawie kryteriów wskazanych w Ustawie nie sposób stwierdzić, czy chodzi np. o rynek północno-zachodniej Polski (w przybliżeniu obszar działania jednego z większych dystrybutorów energii elektrycznej), czy też o obszar województwa śląskiego (obszar działania innego dystrybutora). Do zdefiniowania rynku geograficznie właściwego konieczne jest więc posiłkowe wykorzystanie istotnej wskazówki metodologicznej, zawartej w stosownej definicji obwieszczenia 1997/C 372/03 Komisji, określającego zasady definiowania rynku – definicja wspólnotowa wiąże rynek geograficzny z obszarem, na którym przedsiębiorcy objęci postępowaniem prowadzą działalność w zakresie sprzedaży lub zakupów towarów i który to obszar jednocześnie cechują wystarczająco jednorodne warunki konkurencji odróżniające go od obszarów sąsiednich³³⁴. Definicja ta wskazuje, że punktem wyjścia procesu

³³³ Usługa dystrybucji energii elektrycznej jest w orzecznictwie Prezesa Urzędu i SOKiK definiowana, zgodnie z jej rozumieniem w art. 3 pkt 5 pr. energ., jako transport energii elektrycznej sieciami dystrybucyjnymi w celu jej dostarczania odbiorcom.

³³⁴ „Właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym przedsiębiorcy będący stronami postępowania są zaangażowani w dostawę lub zakupy produktów lub usług, na którym warunki konkurencji są wystar-

definiowania geograficznego rynku właściwego jest obszar, na którym przedsiębiorcy objęci postępowaniem faktycznie prowadzą działalność gospodarczą.

Postępowanie mające na celu określenie rynku właściwego ma charakter sekwencyjny³³⁵ – rozpoczyna je zdefiniowanie właściwego rynku produktowego, a kończy wyznaczenie terytorialnych granic tego rynku – właściwego rynku geograficznego.

Określeniu najbliższych substytutów towaru i terytorium, będących przedmiotem postępowania, mogą służyć tzw. metody tradycyjne (bazujące na ocenie jakościowych cech substytucji, opartych na socjologicznych badaniach preferencji konsumenckich), jak i metoda określana mianem **testu hipotetycznego monopolisty**. Ta ostatnia metoda, chociaż w praktyce trudna, a niekiedy, chociażby ze względu na rozmiar, stopień złożoności bądź pracochłonność ewentualnych badań (np. w sytuacji, gdy sprawa dotyczy wielu rynków krajowych, a tym bardziej rynku globalnego) wręcz nieprzydatna, jest współcześnie wskazywana jako standard badania granic substytucji. Określa ona zasady postępowania – wskazuje rodzaje i sekwencje koniecznych działań oraz charakter i zakres informacji niezbędnych do trafnego określenia granic substytucji. Wprawdzie jej zastosowanie wymaga wielu pracochłonnych badań rynkowych, co ogranicza jej zastosowanie, jednak wskazuje właściwą metodę badania substytucji.

Idea testu hipotetycznego monopolisty (dalej: testu) sprowadza się do badania reakcji konsumentów lub reakcji konkurencyjnych dostawców na nieznaczący, jednak odczuwalny i trwały wzrost cen ponad poziom, jaki miałyby one w warunkach konkurencji (*SSNIP – small but significant, nontransitory increase of prices*). W pierwszym przypadku, gdy badana jest reakcja konsumentów, chodzi o ustalenie, na które produkty lub obszary przesunie się część dotychczasowego zapotrzebowania konsumentów w sytuacji takiego wzrostu cen. Inaczej mówiąc, ustalane są granice substytucji popytu. Ewentualne badanie reakcji przedsiębiorców – aktualnych i potencjalnych dostawców (badanie substytucji podażowej) to ustalenie, którzy z nich, w odpowiedzi na wzrost atrakcyjności dostaw – dzięki wzrostowi cen – podejmą działania prowadzące do zwiększenia wielkości dostaw lub umieszczenia na nim swojej oferty. W warunkach umiarkowanej inflacji test najczęściej operuje 5–10-procentowym wzrostem cen.

Rynek właściwy obejmuje wszystkie towary i obszary, na których hipotetyczny monopolista może **skutecznie i opłacalnie** utrzymywać odczuwalnie podwyższone ceny. Jeżeli hipotetyczny monopolista w odniesieniu do towarów pierwotnie uznanych za

czająco jednorodne i który może być odróżniony od obszarów sąsiednich, ze względu na to, że warunki konkurencji są w tych obszarach wystarczające różne” – obwieszczenie 1997/C 372/03, § 8.

³³⁵ Należy odnotować pojawiające się w piśmiennictwie próby sformułowania metodologii symultanicznego określania obu składowych rynku właściwego – por. N. Haldrup, P. Mollgaard, C. Nielsen, *Sequential Versus Simultaneous Market Delineation*, Working Papers 2005, no. 2, University of East Anglia.

wchodzące w skład właściwego rynku produktowego nie może efektywnie utrzymywać cen ponad dotychczasowy poziom, bowiem część konsumentów może wybrać inne towary, będące ich substytutami, oznacza to, że produktowy rynek właściwy został wstępnie określony zbyt wąsko – towary, na które przesunął się popyt, wchodzą w zakres właściwego rynku produktowego. Analogiczny wniosek, jednak w odniesieniu do wstępnie określonego geograficznego rynku właściwego, należy wyciągnąć w sytuacji, gdy część konsumentów w reakcji na wyższe ceny może przenieść swoje zakupy na sąsiednie rynki. Jeżeli natomiast na zdefiniowanych wstępnie rynkach właściwych – bądź produktowym, bądź geograficznym – przedsiębiorca ten może skutecznie i opłacalnie utrzymywać wyższe ceny, to należy przyjąć domniemanie, że rynki te zostały pierwotnie określone nazbyt szeroko, i powtórzyć test, ograniczając zakres produktów lub terytoriów. Jak z powyższego wynika, aby za pomocą testu określić najbliższe substytuty towarów i terytoriów zaliczanych do jednego rynku właściwego, trzeba przeprowadzić sekwencję działań, których początkiem jest analiza substytucji towarów i obszarów wskazanych w zawiadomieniu o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję lub w zgłoszeniu zamiaru koncentracji, przy czym, jeżeli informacje tam zawarte wskazują na kilka odrębnych towarów lub obszarów, powyższa analiza powinna być przeprowadzona oddzielnie dla każdego z nich.

Należy jednak sformułować kilka istotnych zastrzeżeń, warunkujących poprawność wyników testu. Przede wszystkim, im pozycja badanego przedsiębiorcy jest bliższa pozycji monopolistycznej, np. odpowiada silnej dominacji rynkowej, umożliwiającej temu przedsiębiorcy jednostronne (bądź w zмовie z innymi przedsiębiorcami) stanowienie cen, test może błędnie wskazać granice substytucji. Nie jest bowiem wykluczone, że ceny aktualnie stosowane są już wyższe od tych, jakie byłyby stosowane w warunkach rozwiniętej konkurencji. Każde więc dalsze ich podnoszenie mogłoby prowadzić do bardzo istotnych przesunięć popytu, co prowadziłoby do błędnego wniosku, że rynek właściwy stanowi wiele substytucyjnych produktów lub obszarów. Taki błąd w stosowaniu testu nosi w doktrynie nazwę „błędu celofanowego” (*cellophane fallacy*) i został zidentyfikowany w Stanach Zjednoczonych w głośnej sprawie *Du Pont*³³⁶. Podobnie błędne wyniki wskaże test, jeżeli punktem wyjścia analizy będą towary (obszary) dotknięte praktyką nieuczciwie niskich cen (*predatory prices*). W takiej sytuacji analiza, nawet gdyby zastosować hipotetyczny wzrost cen przekraczający standardowy poziom 5–10%, może wskazać, że dany produkt (obszar) nie ma substytutów. Należy również zwrócić uwagę na fakt, że test może być stosowany pod warunkiem, iż ceny innych przedsiębiorców-uczestników tego rynku są względnie stabilne, a przynajmniej, że nie podlegają wahaniom sezonowym (jeżeli zaś ceny okresowo się zmieniają, poprawne zastosowanie testu jest warunkowane uwzględnieniem skali tych zmian). Ponadto przeprowadzanie testu może być obciążone poważnym błędem w sytuacji, gdy ceny badanych towarów podlegają regulacji administracyjnej.

³³⁶ *US v. El Du Pont Nemours & Co* [1956] 351 US 377.

Wprowadzie metodyka ustalania rynku właściwego ma uniwersalny charakter, jednak rozkład akcentów tej procedury różni się w zależności od tego, czy rynek ten jest określany na potrzeby postępowań w sprawach o stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, czy też dla postępowań w sprawach koncentracji. Chodzi zwłaszcza o aspekt czasowy takiej analizy. O ile dla potrzeb postępowań o stosowanie antykonkurencyjnych praktyk analiza koncentruje się na przeszłych i aktualnych cechach rynku, o tyle w postępowaniach z zakresu koncentracji istnieje konieczność projekcji przyszłych jego warunków.

9.2. Właściwy rynek produktowy

Ustawowa definicja właściwego rynku produktowego stanowi, że zawiera on towary uznawane przez ich nabywców za substytuty³³⁷. Towarami w rozumieniu Ustawy są rzeczy, ale również energia, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7). Definicja ta jest bardzo pojemna – obejmuje praktycznie wszystkie dobra i usługi mogące być przedmiotem obrotu towarowego. Tę właśnie cechę towarów należy szczególnie podkreślić – na gruncie Ustawy pojęcie towaru jest związane z obrotem towarowym – ofertą sprzedaży, zakupu, świadczenia lub pozyskiwania określonych dóbr lub usług.

W celu określenia, które towary należą do jednego rynku produktowego (są względem siebie substytutami), stosuje się testy substytucji popytowej. W metodyce określania rynku właściwego przez **substytucję popytową** rozumie się reakcje konsumentów (odbiorców) określonego towaru na zmiany cen ofert dotychczasowych dostawców. Wyznacza ona wzajemną zastępowalność towarów i rynków (terytoriów). Skala tej substytucji najsilniej determinuje zachowania producentów i usługodawców – im szerszy jest zakres towarów i obszarów zaspokajających określone potrzeby konsumentów, tym bardziej przedsiębiorcy są ograniczeni w decyzjach dotyczących cen i innych warunków sprzedaży.

Podstawową metodą określania granic substytucji produktów jest opisany wcześniej „**test hipotetycznego monopolisty**”. Pracochłonność tej metody można znakomicie zredukować, zastępując badania masowe (w każdym razie na odpowiednio dużej „próbie badawczej”), przeprowadzane wśród konsumentów, właściwym doбором węższej grupy profesjonalistów, np. sprzedawców hurtowych albo specjalistów zatrudnianych przez duże sieci handlowe. Stosowanym w praktyce zamiennikiem testu hipotetycznego monopolisty jest oznaczanie wskaźnika cenowej elastyczności popytu danego towaru lub wskaźnika mieszanej (krzyżowej) cenowej elastyczności popytu, mierzący

³³⁷ „Rynek właściwy to zatem rynek towarów, które mają służyć zaspokojeniu tych samych potrzeb nabywców” – wyrok SN z dnia 14 września 2006 r., III SK 13/06, OSNP 2007, nr 17–18, poz. 265.

skalę zmiany wielkości popytu określonego towaru pod wpływem zmian cen innego dobra lub usługi³³⁸.

W sytuacjach gdy przeprowadzenie wskazanych wyżej testów substytucji popytowej nie jest możliwe lub wyniki testu nie dostarczają jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o granice substytucji, konieczna jest analiza jakościowych przesłanek substytucji, wskazanych w komentowanym przepisie.

Ustawowa definicja właściwego rynku produktowego wskazuje podstawowe kryteria określania zakresu substytucji. Zaliczają się do nich: przeznaczenie, cena i właściwości, w tym jakość. Co do zasady substytucyjne względem siebie towary powinny wykazywać bardzo bliską zbieżność wszystkich tak wyróżnionych cech – wszystkie te kryteria powinny być spełnione łącznie. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, że mimo różnic w zakresie jednej z cech (np. właściwości) silne podobieństwo w zakresie innej z cech (np. przeznaczenia) spowoduje, że takie towary będą traktowane jako należące do jednego rynku produktowego³³⁹.

Słownikowa definicja terminu „**przeznaczenie**” wskazuje, że należy przezeń rozumieć praktyczny cel, któremu dana rzecz służy³⁴⁰. Towary mogą być zatem względem siebie substytutami, jeżeli spełniają te same funkcje użytkowe, służą zaspokojeniu tych samych potrzeb. Odmienne zastosowania i przeznaczenie towarów, nawet gdy mają zbliżone właściwości i porównywalną cenę, powinno prowadzić do wniosku, że towary te należą do różnych rynków właściwych. Wśród orzeczeń organów antymonopolowych, w których zawarto takie rozróżnienie, stwierdzono m.in., że:

- farmaceutyki stosowane w leczeniu ludzi i zwierząt należą do odrębnych rynków³⁴¹;
- związki chemiczne sprzedawane jako surowce w odróżnieniu od tych samych związków sprzedawanych jako produkt finalny to odrębne rynki³⁴²;
- nie należą do tego samego rynku części samochodowe sprzedawane wytwórcom samochodów i przeznaczone dla zakładów naprawczych³⁴³;
- rozjazdy szynowe stosowane w liniach kolejowych i tramwajowych należą do odrębnych rynków³⁴⁴;

³³⁸ Istotę, słabości i zalety tych metod analizy substytucji omówiono w: B. Majewska-Jurczyk, *Dominacja w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Wrocław 1998, s. 32–38.

³³⁹ Tak przykładowo w orzeczeniu *Continental Can*, ECJ z dnia 21 lutego 1973 r. Sąd uznał, że do jednego rynku produktowego należą opakowania szklane (butelki) i metalowe (puszki) służące jako opakowania napojów. W raporcie z badań rynkowych brytyjskiej Monopoly and Mergers Commission wskazano, że do jednego rynku produktowego należą zapalki i zapalniczki jednorazowe (za: OFT 403, teza 3.5).

³⁴⁰ *Słownik języka polskiego PWN*, red. E. Sobol, Warszawa 2005.

³⁴¹ CFI z dnia 27 lutego 1992 r., *Vichy*, 1992 ECR II-415, § 63.

³⁴² ECJ z dnia 6 marca 1974 r., *Commercial Solvents*, 1974 ECR 223, § 249–250; podobnie inne produkty; decyzja Komisji z dnia 21 grudnia 1994 r., w sprawie *Philips/Osram* (Dz. Urz. WE L 378 z 31.12.1994, s. 37), § 7–8.

³⁴³ ECJ z dnia 5 października 1988 r., *Renault*, ECR 6039, § 15–16.

³⁴⁴ Decyzja Prezesa z dnia 8 października 2009 r., DKK–67/09.

- stosowane w przemyśle worki papierowe i worki wykonane z innych materiałów, ze względu na różnorodne technologie pakowania, stanowią odrębne rynki³⁴⁵.

Z drugiej jednak strony produkty mające różne właściwości, lecz cechujące się jednokowym zastosowaniem mogą być zaliczone do jednego rynku produktowego. Przykładem niech będą słone przekąski (*snacs*), produkowane z wielu różnych surowców (ziaren zbóż, orzechów, suszonych warzyw lub owoców), jednak nabywane i spożywane w podobnych dla wszystkich rodzajów okolicznościach³⁴⁶.

Ceny są kolejnym istotnym kryterium rozpoznawania, które z towarów są względem siebie substytucyjne. Jeżeli mające zbliżone przeznaczenie towary są na tym samym obszarze sprzedawane w znacząco różnych cenach, co jest najczęściej związane z odmiennymi ich właściwościami, zwłaszcza jakością, to w dotychczasowym orzecznictwie sądów nie były uznawane za substytuty. Stanowiły odrębne rynki produktowe.

Dotyczy to także sytuacji **różnicowania cen** tego samego towaru dla różnych grup odbiorców zlokalizowanych na tym samym rynku geograficznym. Chodzi przykładowo o praktykę różnego kształtowania cen dla różnych grup odbiorców, ze względu na istnienie szczególnej kategorii nabywców – takich, którzy są bardzo silnie przywiązani do określonego produktu lub marki, kupujących ten produkt lub usługę w znacznym stopniu niezależnie od zmian jego ceny³⁴⁷. Do tej kategorii nabywców zaliczani są również odbiorcy funkcjonujący na względnie izolowanych rynkach – takich np. jak autostrady czy luksusowe hotele. Mimo iż w otoczeniu funkcjonują rynki mające cechy rynków konkurencyjnych, na których ceny są niższe, niekiedy nawet znacząco niższe, to ci odbiorcy nabywają droższe produkty i usługi³⁴⁸. I tak użytkownicy autostrad, mając świadomość, że na najbliższych drogach równoległych ceny benzyn lub posiłków w restauracjach są niższe, dokonują zakupów w stacjach benzynowych i punktach

³⁴⁵ Decyzja Prezesa z dnia 9 grudnia 2010 r., DKK-131/10.

³⁴⁶ Decyzja Prezesa z dnia 26 października 2006 r., DOK-124/06.

³⁴⁷ Por. decyzja Komisji z dnia 20 maja 1998 r. w sprawie IV/M.1016 *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand* (Dz. Urz. WE L 50 z 26.02.1999, s. 27), § 21–54, gdzie Komisja, definiując rynek, stwierdziła, że właśnie ze względu na oczekiwania wielkich korporacji odrębnym rynkiem są usługi księgowe i audytorskie dla tych właśnie przedsiębiorców i odrębnym dla małych oraz średnich firm. W znanym orzeczeniu *United Brands* ECJ stwierdził, że starzy i schorowani ludzie stanowią odrębną od ludzi młodych grupę konsumentów bananów, fakt ten jednak nie usprawiedliwia ich dyskryminacji cenowej. W świetle obowiązującego obwieszczenia 97/C 372/03 takie rozróżnianie grup konsumentów, biorące pod uwagę wiek konsumentów (bo przecież nie ma przekonujących przesłanek twierdzenia, że skala popytu na określone owoce zależy od wieku konsumentów), nie byłoby możliwe.

³⁴⁸ Powszechne doświadczenia wspierane są badaniami wybranych rynków detalicznych w 14 krajach UE przeprowadzonymi przez Consumers International w 2005 r.: *Consumers and Competition, A consumer welfare analysis of three retail markets in 14 EU member states*, s. 29. W orzecznictwie francuskiego organu ochrony konkurencji Conseil de la Concurrence oceniono jako zgodne z prawem pobieranie wyższych cen usług na tych rynkach – decyzje: z dnia 25 listopada 2005 r., 05-D-64 (autostrady – paliwa i usługi), oraz z dnia 1 grudnia 2002 r., 02-D-12 (luksusowe hotele – usługi).

usług zlokalizowanych na autostradzie. Podobnie goście wielogwiazdkowych hoteli godzą się na zakup niektórych usług (np. fryzjerskich i kosmetycznych) czy towarów o charakterze prezentów po cenie wyższej niż w bliskim otoczeniu. Przyczyn różnicowania cen, a w ten sposób formowania różnych grup odbiorców w praktyce może być więcej. Jedną z nich są wysokie koszty zmiany dostawcy – tak może być w sytuacji, gdy odbiorcą jest producent określonego produktu, który ze względu na reżimy technologiczne lub wymaganą jakość musiałby ponieść znaczące koszty adaptacji urządzeń i technologii dostosowujących je do cech tańszych podzespołów lub surowców. Inną przyczyną różnicowania cen mogą być okresowe zmiany stopnia nasilenia popytu – sezonowość. I tak np. konsumenci usług transportowych mogą być zmuszani do zakupu tych usług w znacząco wyższych cenach w okresie szczytu przewozów niż ceny pobierane w czasie, gdy zapotrzebowanie na te usługi jest mniejsze. W takiej sytuacji usługi transportowe świadczone w tak znacząco różnych warunkach należą do odmiennych rynków produktowych³⁴⁹.

W konsekwencji każdy z wyróżnionych poziomem cen produkt lub każda usługa stanowią odrębny rynek produktowy, a rynek właściwy powinien być definiowany jako sprzedaż określonego towaru na właściwym rynku geograficznym określonej grupie odbiorców (w określonym czasie). Doktryna wskazuje na spełnienie dwóch przesłanek koniecznych do zakwalifikowania specyficznych grup odbiorców do odrębnych rynków produktowych:

- 1) konsumenci ci powinni stanowić grupę dającą się wyraźnie zidentyfikować;
- 2) konsumenci z rynków o niższych cenach nie podejmują działań mogących łagodzić stopień zróżnicowania cen (*consumers arbitrage*)³⁵⁰.

Grupy odbiorców ponoszących wyższe od innych konsumentów koszty dostępu do określonego dobra lub usługi zwane są w doktrynie **zniewolonymi konsumentami** (*captive consumer, captive groups*)³⁵¹. Wszelkie analizy sporządzane na potrzeby postępowań antymonopolowych, których przedmiotem są warunki sprzedaży tym grupom

³⁴⁹ Powszechne jest zjawisko tzw. *event prices* – w okresie trwania większej imprezy sportowej (np. igrzyska, mistrzostwa), kulturalnej (np. festiwalu) lub gospodarczej (np. targów) następuje znaczący wzrost cen usług towarzyszących – hoteli, taksówek, restauracji. Z punktu widzenia kwestii definicji rynku przyjmować należy, że usługi świadczone w tych okresach należą do innych rynków niż te same usługi w pozostałych okresach.

³⁵⁰ OFT 403, tezy 3.8. i 3.9; w obwieszczeniu Komisji drugi z warunków określono szerzej – takich działań prowadzących do wyrównywania cen nie podejmuje się również strona trzecia, zob. obwieszczenie 97/C 372/03, pkt 43; podobnie w: CC2/OFT 1254, tezy 5.2.28–5.2.31.

³⁵¹ Tak m.in. D. Geradin, N. Petit, *Price discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles*, Oxford 2006; zob. także M. Sendrowicz, S. Gronowski, *Wyznaczanie rynku w prawie antymonopolowym w świetle orzecznictwa*, PS 1997, nr 7–8, s. 65. Należy wskazać, że w piśmiennictwie terminowi *captive consumers* nadaje się również szersze znaczenie, wiążąc to zniewolenie z wszelkimi sytuacjami, w których panuje dyktat jednego dostawcy, w szczególności w sektorach, w których istnieje monopol sieciowy.

konsumentów, powinny za punkt odniesienia przyjmować warunki na porównywalnych, mało wrażliwych na zmiany cen rynkach właściwych³⁵².

Różnice cen towarów lub usług o takim samym przeznaczeniu, wynikające bądź z różnic kategorii odbiorców, bądź (najczęściej) jakości (a więc i właściwości), wskazują na przynależność tych towarów do różnych rynków produktowych. W orzecznictwie polskim wskażmy dla przykładu:

- rynek kin wielosalowych i kin „tradycyjnych”³⁵³,
- nowoczesne kanały dystrybucji, w tym wielkopowierzchniowe sklepy sprzedające artykuły konsumpcyjne codziennego użytku i sklepy „tradycyjne”³⁵⁴.

Termin „**właściwości towarów**” – trzeci z wyróżników służących określaniu stopnia substytucji towarów – ma rozległe znaczenie. Z pewnością jednak chodzi o dominujące cechy towarów. Ale w zależności od rodzaju definiowanego produktu lub usługi jedne cechy przybierają znaczenie istotne, inne zaś mają wartość drugorzędną. Dla niektórych towarów podstawową właściwością będzie więc skład fizykochemiczny, dla innych – parametry techniczne bądź konstrukcja, jeszcze innych – cechy organoleptyczne lub właściwości terapeutyczne. Dla wcale niemałej gamy towarów istotna będzie zawartość informacji, sposób przekazu lub transmisji bądź rozległość usług towarzyszących. W wielu dziedzinach „właściwości” są związane ze szczyblem lub specyfiką obrotu. Powszechnie stosowanym wyróżnikiem właściwości produktów i usług jest ich jakość. Należy podkreślić, że dla określenia granic substytucji ważne są **obiektywne, oceniane przez większość odbiorców właściwości towarów**.

W związku z szybkim postępem technicznym oraz rozwojem handlu międzynarodowego mające ściśle określone zastosowanie (przeznaczenie) towary są współcześnie konsumentom dostępne w szerokiej gamie produktów mających różne właściwości. Komputery, aparaty fotograficzne i inne towary dostępne w wielu wariantach właściwości użytkowych tworzą **łańcuchy substytucji** (*chains of substitution*). Nie znaczy to jednak, że wszystkie należą do jednego produktowego rynku właściwego. Zakres faktycznej ich substytucji wyznaczają preferencje konsumentów. Określając jej grani-

³⁵² Z zastrzeżeniem, że owo różnicowanie cen nie przybiera postaci dyskryminacji – nie stanowi praktyki zakazanego porozumienia przedsiębiorców lub nadużywania dominującej pozycji rynkowej – zob. komentarze do art. 6 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 9 ust. 2 pkt 3. Paris Court of Appeal w wyroku z dnia 9 grudnia 2003 r. uchylił decyzję Conseil de la Concurrence w sprawie domniemanej zмовy czterech największych operatorów stacji paliw na francuskich autostradach, stwierdzając, że wyższy poziom cen nie jest sam w sobie wystarczającym dowodem istnienia zakazanego porozumienia, a przedstawione fakty dotyczące wymiany informacji o cenach nie są wystarczającą przesłanką zakazu, skoro nie wykazano wpływu takiej wymiany informacji na poziom cen, za: M. Levy, N. Assadi, *France: Cartel Regulation under French Law*, Mondaq 10.11.2008, mondaq.com/article.asp?articleid=67790.

³⁵³ Decyzja Prezesa z dnia 29 grudnia 2006 r., RPZ-38/06.

³⁵⁴ Decyzja Prezesa z dnia 24 września 2008 r., DKK-76/08.

ce, produkty tworzące takie łańcuchy należy uszeregować, posługując się skalą o rosnącym stopniu złożoności właściwości użytkowych (co ma zwykle odzwierciedlenie w odpowiednio rosnącym poziomie cen). Jeżeli łańcuch tworzy np. sześć towarów, oznaczonych w zakresie od A do F, a towarem wstępnie uznanym za należący do rynku właściwego jest produkt D, to bez wątplenia bliższymi jego substytutami są produkty segmentów C i E niż produkty bardziej na tej skali odległe. Jednak rozstrzygnięcie, czy towary C, D i E należą do jednego rynku produktowego, może zapaść dopiero na podstawie wyników testu hipotetycznego monopolisty³⁵⁵.

Orzecznictwo sądów, zarówno polskich, jak i europejskich, w zakresie definiowania rynku produktowego w oparciu przede wszystkim o właściwości towarów (zawsze jednak, jak już wielokrotnie wskazywano, w korelacji z pozostałymi wyróżnikami zakresu substytucji) jest bardzo obszerne. Przykładowo można wskazać następujące stwierdzenia:

- farmaceutyki dystrybuowane różnymi kanałami (np. zaopatrzenie szpitali, sprzedawane w aptekach, sprzedawane w pozostałych punktach sprzedaży detalicznej) stanowią różne rynki produktowe³⁵⁶;
- ogólnoinformacyjne dzienniki lokalne oraz prasa o takim charakterze, jednak mająca ogólnokrajowy zasięg, stanowią rynki odrębne³⁵⁷;
- codzienna prasa sportowa jest rynkiem produktowym odrębnym od rynku dzienników ogólnotematycznych, nawet tych, które mają obszerne działy poświęcone sportowi³⁵⁸;
- kina studyjne nie należą do tego samego rynku, który tworzą kina wielosalowe, tzw. multipleksy³⁵⁹;
- naturalny cukier i jego chemiczne substytuty nie należą do tego samego rynku³⁶⁰;
- komputery³⁶¹, samoloty³⁶², opony³⁶³ różnych rozmiarów i właściwości są oddzielnymi rynkami produktowymi;
- lotnicze połączenia rejsowe i loty czarterowe to różne rynki produktowe³⁶⁴,

³⁵⁵ OFT 403, teza 3.11.

³⁵⁶ Decyzja Prezesa z dnia 2 października 2007 r., RPZ-47/2007.

³⁵⁷ Decyzje Prezesa z dnia 11 lutego 2004 r., RPZ-2/2004, oraz z dnia 11 lutego 2004 r., RWR-7/2004.

³⁵⁸ Wyrok SA w Warszawie z dnia 24 lipca 2008 r., VI ACa 12/08, Dz. Urz. UOKiK Nr 4, poz. 41.

³⁵⁹ Decyzje Prezesa z dnia 29 grudnia 2006 r., RPZ-38/2006, oraz z dnia 19 czerwca 2008 r., DKK-49/2008.

³⁶⁰ Decyzja Komisji z dnia 2 lutego 1973 r. w sprawie *Sugar* (Dz. Urz. WE L 140 z 26.05.1973, s. 17); decyzja Komisji z dnia 18 lipca 1988 r. w sprawie *British Sugar* (Dz. Urz. WE L 284 z 19.10.1988, s. 41); decyzja Komisji z dnia 14 maja 1997 r. w sprawie *Irish Sugar* (Dz. Urz. WE L 258 z 22.08.1997, s. 1).

³⁶¹ IBM, XIV Report on Competition Policy, § 415.

³⁶² Decyzja Komisji z dnia 2 października 1991 r. w sprawie *Aerospatiale Alenia/DeHavilland* (Dz. Urz. WE L 334 z 5.12.1991, s. 42); decyzja Komisji z dnia 30 lipca 1997 r. w sprawie *Boeing/McDonnell Douglas* (Dz. Urz. WE L 336 z 8.12.1997, s. 16).

³⁶³ ECJ z dnia 9 października 1983 r., *Michelin*, 1983 ECR 3461, § 38 i n.

³⁶⁴ ECJ z dnia 11 kwietnia 1989 r., *Ahmed Saeed*, 1989 ECR 803, § 39–41; CFI z dnia 15 września 1998 r., *European Night Services*, 1998 ECR II-3141, § 90.

- blaszane pokrycia dachów („blachodachówka”) są odrębnym od innych materiałów pokrywających rynkiem produktowym³⁶⁵;
- usługi pomocy drogowej na autostradach (ze względu na koniczność szybkiej reakcji) są rynkiem odrębnym od innych systemów pomocy drogowej³⁶⁶;
- banany należą do odrębnego od innych owoców świeżych rynku produktowego (dostępne cały rok, nie mają pestek, są miękkie, co powoduje, że są szczególnym składnikiem diety niektórych grup konsumentów)³⁶⁷;
- kartonowe opakowania aseptyczne są odrębnym rynkiem od kartonowych opakowań nieaseptycznych³⁶⁸.

Różnice właściwości towarów decydujące o kwalifikowaniu ich do różnych rynków produktowych, mimo podobieństwa pozostałych wyróżników substytucji (przeznaczenia i cen), mogą wynikać z faktu, że dotyczą towarów podlegających administracyjnym regulacjom. Takimi przykładami stąd wynikających odmiennych kwalifikacji są stwierdzenia, że:

- energia elektryczna dla gospodarstw domowych (sprzedawana odbiorcom grupy taryfowej G) jest rynkiem odrębnym od rynku energii sprzedawanej innym odbiorcom (różnica polega nie tyle na innych poziomach cen, ile na sposobie ich ustalania – pierwsze podlegają regulacji – zatwierdzaniu przez Prezesa URE)³⁶⁹;
- leki wprowadzane do obrotu OTC, aptecznego i na zaopatrzenie szpitali, ze względu na szczegółowe regulacje prawne, należą do innych rynków³⁷⁰.

W orzecznictwie, ale też w doktrynie rozważana jest sytuacja, gdy między określonymi towarami zachodzi „asymetria substytucji” – „substytucyjność tylko w jedną stronę”³⁷¹. Takie zjawisko nie tylko teoretycznie jest możliwe. Jest bowiem możliwa sytuacja, że jeden produkt jest chętnie zastępowany przez inny, natomiast ten drugi jest niekoniecznie chętnie zastępowany przez produkt pierwszy³⁷².

³⁶⁵ Decyzja Prezesa z dnia 12 listopada 2008 r., RWR-42/2008.

³⁶⁶ Wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r., XVII Ama 40/03, Wokanda 2005, nr 4, s. 53.

³⁶⁷ Wyrok SPI z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie *United Brands*, 1978 ECR I-207, § 65.

³⁶⁸ Wyrok SPI z dnia 6 października 1994 r. w sprawie *Tetra Pack*, 1994 ECR II-755.

³⁶⁹ Decyzja Prezesa z dnia 13 stycznia 2011 r., DKK-1/01.

³⁷⁰ Decyzja Prezesa z dnia 2 października 2007 r., RPZ-47/07.

³⁷¹ Zob. K. Kohutek (w): K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2014, s. 197.

³⁷² Przykładem takiej jednostronnej substytucji są klasyczne wyroby tytoniowe i tzw. e-papierosy. Produkty te różnią nie tylko właściwości (w znaczeniu budowy i surowców), ale i zjawisko, iż po e-papierosy sięgają palacze i eks-palacze „klasycznych” papierosów (zwykle motywowani chęcią zaniechania lub przynajmniej ograniczenia palenia), natomiast konsumenci e-papierosów, w zdecydowanej większości, nie postrzegają papierosów napełnionych tytoniem jako alternatywy dla e-papierosów, zob. decyzję angielskiego CMA z dnia 14 lipca 2014 r., ME/6457/14, gdzie wprowadzie nie stosuje się terminu „jednostronna” substytucja, lecz ocenia jej siłę (stopień) – „choć istnieje pewien stopień substytucji między produktami tytoniowymi a e-papierosami, to jednak obecnie nie są one bliskimi substytutami [...] i najprawdopodobniej należą do odrębnych rynków” (MCA zostawił tę kwestię otwartą, zgodę bowiem na koncentrację wydał na podstawie pozytywnych wyników testu SLC – głównie niskich udziałów stron w rynkach właściwych).

9.3. Właściwy rynek geograficzny

Ustawowa definicja właściwego rynku geograficznego (zwanego też terytorialnym) przesądza, że jest nim obszar, na którym panują zbliżone warunki konkurencji. Wskazuje też podstawy uznawania terytoriów za na tyle podobne, że mogą być zaliczane do jednego rynku. Są nimi: rodzaj i właściwości towarów zaliczonych do właściwego rynku produktowego, istniejące bariery dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen (w rzeczy samej podobieństwa cen) i koszty transportu.

Już użyte w definicji ustawowej sformułowanie „zbliżone warunki konkurencji” wskazuje, że dla zaliczenia różnych terytoriów do jednego rynku geograficznego nie jest wymagane, aby warunki konkurencji były na tych obszarach idealnie jednorodne – wystarczy, że ich charakterystyki są znacząco bliskie, podobne w podstawowych parametrach.

O terytorialnej rozległości rynku decydują w pierwszym rzędzie **właściwości produktów i preferencje konsumentów**. Przykładem niech będą towary dostarczane za pomocą technicznych sieci dystrybucyjnych. Rynek geograficzny jest w takich sytuacjach tak rozległy, jak daleko rozwinięte są sieci jednego dostawcy. Wprawdzie w wielu takich dziedzinach postęp techniczny doprowadza do uniezależnienia się konsumentów od jednego operatora sieci (przykładowo, rozwój telefonii mobilnej w coraz większym stopniu zmniejsza zależność od operatorów telefonii przewodowej), a w innych zmiany zasad dystrybucji wymuszone przez system prawny – regulację administracyjną – potencjalnie lub faktycznie rozszerzają obszary, na jakich konsumenci mogą dokonywać wyboru dostawcy (np. zasada TPA³⁷³ w wytwarzaniu i obrocie energią), jednak dla wielu towarów zakres geograficzny rynku nadal wyznacza rozległość sieci danego jej operatora. Tak jest np. w zakresie zaopatrzenia w wodę i odbioru ścieków, obrotu ciepłem ze źródeł scentralizowanych, dostaw programów telewizyjnych sieciami kablowymi. Obecnie w Polsce również w zakresie obrotu energią elektryczną i gazem, przynajmniej w relacjach z konsumentami.

Dla wielu towarów o geograficznym zasięgu rynku właściwego przesądzają także lokalne lub narodowe zwyczaje, preferowanie określonych marek lub język. W tej grupie produktów jest np. prasa, w tym prasa lokalna lub rynek usług pogrzebowych.

W orzecznictwie antymonopolowym wśród czynników determinujących rozmiar rynku geograficznego szczególne znaczenie przypisuje się, w ślad za kryterium sformułowanym w komentowanym przepisie, **kosztom transportu i barierom dostępu do rynku**.

³⁷³ Skrót TPA (*Third Party Access*) używa się do oznaczenia zasady otwartego dostępu stron trzecich do sieci.

Pierwszy z tych czynników – koszty transportu – w większości przypadków ogranicza zasięg rynkowej aktywności konsumentów i producentów. Najczęściej bowiem kosztowne jest zarówno podążanie odbiorców za ofertami tańszych niż miejscowi dostawców towarów, jak i, co najbardziej typowe, przemieszczanie towarów, by móc je udostępnić wszystkim potencjalnym odbiorcom, przy czym chodzi nie tyle o bezwzględny poziom tych kosztów, ile o ich relatywną – w stosunku do wartości towaru – wysokość. To właśnie udział kosztów transportu w cenie jest kluczową zmienną. Jeżeli przykładowo koszty transportu jakiegoś towaru z obszaru A na rynek B wynoszą 2% jego ceny, to czynnik ten daje jedynie 2-procentową przewagę lokalnemu dostawcy nad jego odległym rywalem. Bez względu na to, czy odległy oferent potrafi obniżyć koszty innego rodzaju (aby zredukować przewagę miejscowego dostawcy), obaj przedsiębiorcy działają na jednym rynku. Jednak w miarę wzrostu udziału kosztu transportu w cenie towaru zasięg geograficzny rynku zostaje ograniczony.

Innym z czynników mogących ograniczać swobodny przepływ towarów, a w ten sposób ograniczać zakres terytorialny rynku, są bariery dostępu. Istnienie barier dostępu do rynku oznacza uprzywilejowanie przedsiębiorców już na danym rynku działających, gwarantuje im niewynikającą z ich efektywności przewagę nad ewentualnymi konkurentami. Bariery te mogą przybierać różnoraki charakter: od administracyjno-prawnych lub ekonomicznych do utrwalonych zwyczajów, a nawet języka. Inną kategorię barier stanowią ograniczające dostęp do rynku praktyki przedsiębiorców na tym rynku zdomowionych (szerzej na temat barier dostępu do rynku w komentarzu do art. 4 pkt 10 – pozycja dominująca).

Przekonującym wskaźnikiem zakresu rynku geograficznego są **rzeczywiste przepływy towarów**. Jeżeli w danym rynku znaczący udział mają towary przywożone z dalszych odległości, oznacza to, iż koszty transportu nie odgrywają istotnej roli oraz że nie ma istotnych barier dostępu do rynku. Obszary, z których przywożone są towary na dany rynek, podobnie jak obszary, na które są one wywożone, np. eksportowane (jednak w znaczących ilościach), są zaliczane do tego samego rynku właściwego.

Granice terytorialne rynku są też niekiedy wyznaczane czasem, jaki przeznaczają konsumenci na dotarcie do oferenta potrzebnego mu towaru. Takie oznaczenie rynku jest stosowane przykładowo w odniesieniu do punktów handlowych i usługowych³⁷⁴ lub portów lotniczych³⁷⁵.

³⁷⁴ Przykładowo decyzja Prezesa z dnia 21 stycznia 2014 r., DKK-4/2014 (*Auchan/Real*), gdzie określono, że zasięg terytorialny nowoczesnego sklepu wyznacza czas dotarcia wynoszący, w zależności od powierzchni i asortymentu, 10–30 minut do nawet 1 godziny; zob. też: decyzja Prezesa z dnia 29 kwietnia 2014 r., DKK-54/2014 (*Żabka/Spółem*). Zob. też: *Koncentracja i konkurencja w handlu artykułami spożywczymi i artykułami powszechnego użytku w Polsce, ze szczególnym uwzględnieniem sieci handlowych*, UOKiK 2004.

³⁷⁵ W komunikacie Komisji z dnia 4 kwietnia 2014 r., 2014/C 99/03 (Wytyczne dotyczące pomocy państwa na rzecz portów lotniczych i przedsiębiorstw lotniczych, pkt 25/15) zdefiniowano „obszar ciężenia portu

Początkiem procedury definiowania właściwego rynku geograficznego jest ustalenie obszaru faktycznego działania przedsiębiorcy (przedsiębiorców) w zakresie towaru uznanego za produktowy rynek właściwy. Jako że celem całej procedury jest **ustalenie obszaru mającego zbliżone warunki konkurencji**, odróżniającego go pod tym względem od innych obszarów, kolejne tej procedury działania różnią się w zależności od tego, czy to wstępne ustalenie (obszar faktycznego działania badanego przedsiębiorcy) wskazuje na raczej lokalny rozmiar rynku, czy uzasadnione jest domniemanie, że rynek ma szerszy terytorialnie zasięg. W pierwszym przypadku, zwłaszcza gdy sprawa dotyczy rynków *ex definitione* lokalnych, w większości przypadków wystarczające jest zgromadzenie dowodów, że konkurenci bądź przedsiębiorcy aktywni w tej samej dziedzinie na innych rynkach również ograniczają swą działalność do podobnie wąsko zakreślonego obszaru. W każdej innej sytuacji ustalenie rzeczywistego obszaru działania konkretnego przedsiębiorcy ma jedynie pomocniczy charakter³⁷⁶. Z zastrzeżeniem odnoszącym się do ograniczeń stosowania w praktyce, **rynek właściwy terytorialnie powinien być określony za pomocą testu hipotetycznego monopolisty**, w drodze kolejnych przybliżeń. W większości jednak przypadków bądź ze względu na niemożność przeprowadzenia lub niepewność wyników tego typu badań konieczne są dalsze analizy. Podstawowe z nich koncentrują się na ocenie mechanizmów cenowych i ewentualnego różnicowania cen tego i sąsiednich obszarów, preferencji odbiorców, kosztów dostępu do rynków sąsiednich, w tym kosztów transportu i ewentualnych kosztów pokonania barier administracyjnych i ekonomicznych. Dopiero tak wszechstronne analizy pozwalają ustalić, czy rynek ma lokalny, w tym regionalny, czy krajowy, kontynentalny lub globalny charakter.

Największy zakres, określony granicami miast lub gmin, niekiedy osiedli lub parafii, a nawet jednej trasy przewozu osób, mają rynki produktów lub usług kierowanych wyraźnie do lokalnych odbiorców. Przykładowo:

- usługi odbioru i składowania nieczystości komunalnych³⁷⁷,
- zbiorowe zaopatrzenie w wodę i odbiór ścieków³⁷⁸,
- usługi lokalnej telewizji kablowej³⁷⁹,

lotniczego”, rozumianego jako „geograficzną granicę rynku”, na około 100 km lub 1 godzinę podróży samochodem.

³⁷⁶ Inaczej K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, 2014, s. 201, twierdzący, że „za rynek właściwy geograficznie uznawać więc należy podstawowy obszar zbytu towarów danego przedsiębiorcy”.

³⁷⁷ Obszar gminy, rzadziej również gmin przyległych; decyzja Prezesa z dnia 31 grudnia 2007 r., RPZ-54/2007.

³⁷⁸ Teren obejmujący obszar, na którym funkcjonuje sieć danego operatora – wyroki: SA w Warszawie z dnia 14 grudnia 2007 r., VI ACa 984/07, niepubl.; SA w Warszawie z dnia 12 grudnia 2007 r., VI ACa 977/07, niepubl.; SA w Warszawie z dnia 28 listopada 2007 r., VI ACa 939/07, LEX nr 1645983.

³⁷⁹ Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 czerwca 2007 r., VI ACa 42/07, LEX nr 1641011, gdzie stwierdzono, że „uzasadnione jest zawężenie rynku terytorialnego i wyodrębnienie na terenie Konina kilku rynków, w tym obszarów obejmujących zasoby poszczególnych spółdzielni mieszkaniowych”.