

PRAWO KONKURENCJI 25 LAT

**redakcja naukowa
Tadeusz Skoczny**

MONOGRAFIE

PRAWO KONKURENCJI 25 LAT

**Pierwszy Polski Kongres
Prawa Konkurencji**

**redakcja naukowa
Tadeusz Skoczny**

MONOGRAFIE



Wydawca
Agata Jędrasik

Redaktor prowadzący
Małgorzata Jarecka

Opracowanie redakcyjne
Mirosława Jasińska-Nowacka

Łamanie
Andrzej Gudowski

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.



SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by
Wolters Kluwer SA, 2016

ISBN: 978-83-264-9386-7

ISSN 1897-4392

Wydane przez:
Wolters Kluwer SA

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	9
---------------------	---

CZĘŚĆ I UROCZYSTA SESJA Z OKAZJI 25-LECIA PRAWA KONKURENCJI W WOLNEJ POLSCE

Wystąpienia.....	13
Adam Jasser	13
Ewa Kopacz	15
Małgorzata Gersdorf.....	18
List gratulacyjny Marka Safjana	21

CZĘŚĆ II SESJA WPROWADZAJĄCA

Tadeusz Skoczny	25
<i>Stanisław Sottysiński</i> O systemowej doniosłości prawa antymonopolowego. Refleksje w ćwierć wieku po utworzeniu UOKiK	29
<i>Maciej Szpunar</i> <i>Private enforcement</i> a prawo prywatne międzynarodowe	34
<i>Teresa Flemming-Kulesza</i> Kamienie milowe w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach z zakresu ochrony konkurencji.....	44
<i>Anna Fornalczyk</i> Jak ekonomizować prawo konkurencji?	51
<i>Grzegorz Lot</i> Energia elektryczna jako produkt. Konsument energii elektrycznej w obliczu wolnego rynku	61

CZĘŚĆ III „KONKURENCJA” I „INTERES PUBLICZNY” W PRAWIE KONKURENCJI

<i>Marek Szydło</i> Judycjalizacja unijnej i polskiej polityki konkurencji: w kierunku rewizji obecnego paradygmatu.....	79
--	----

*Jarosław Sroczyński*O potrzebie (i pułapkach) „bardziej interdyscyplinarnego podejścia”
do publicznego i prywatnego prawa konkurencji 100*Marcin Kolasiński*Istota konkurencji, jaka powinna podlegać ochronie w interesie publicznym,
w kontekście działalności podmiotów wykonujących zadania publiczne..... 113*Piotr Adamczewski*Stosowanie prawa konkurencji na rynkach regulowanych
– udział państwa w gospodarce a ochrona konkurencji 131*Agata Jurkowska-Gomułka*

Interes publiczny a prywatne egzekwowanie reguł konkurencji..... 148

*Dawid Miąsik*Interakcje między publicznoprawnym a prywatnoprawnym zwalczaniem
nieuczciwej konkurencji na przykładzie zakazu praktyk naruszających zbiorowe
interesy konsumentów 164

CZĘŚĆ IV

STOSOWANIE PRAWA OCHRONY KONKURENCJI

**Przeciwdziałanie ograniczeniom konkurencji a sprawiedliwość
proceduralna i prawa podstawowe w postępowaniach antymonopolowych 183***Małgorzata Król-Bogomilska*Zwalczanie karteli a prawo do rzetelnego procesu i prawo do prywatności
– sporne zagadnienia 185*Maciej Bernatt*Stosowanie reguł konkurencji UE przez polski, czeski i słowacki organ
ochrony konkurencji 220*Grzegorz Materna*Ograniczenie konkurencji jako czynnik limitujący zastosowanie
art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów
do porozumień ingerujących w przebieg przetargów 237*Joanna Noga-Bogomilska*Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa w sprawach praktyk ograniczających
konkurencję w polskim prawie antymonopolowym jako element
zasady sprawiedliwości proceduralnej – wybrane zagadnienia 253*Anna Młostoń-Olszewska*Uprawnienie organu antymonopolowego do żądania przekazania
przez przedsiębiorcę informacji. Różnice pomiędzy rozwiązaniem
unijnym a polskim 276*Dominik Wolski*Implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie
niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń
odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji
(2014/104/UE) 303

Ekonomizacja prawa antymonopolowego w zakresie praktyk antykonkurencyjnych i koncentracji	329
<i>Zbigniew Jurczyk</i>	
Kartele a ekonomizacja.....	331
<i>Bożena Borkowska</i>	
Tworzenie konkurencji w branżach z monopolem naturalnym.....	361
<i>Konrad Kohutek</i>	
Antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia w kontekście wertykalnego ustalania cen odsprzedaży.....	380
<i>Bartosz Turno</i>	
Definiowanie rynku właściwego w sprawach antymonopolowych z uwzględnieniem podejścia ekonomicznego – problemy, metodologia oraz propozycje rozwiązań alternatywnych.....	405
<i>Paweł Ważniewski, Wojciech Dorabalski</i>	
Ekonomika ekonomizacji ochrony konkurencji z perspektywy UOKiK – priorytety w stosowaniu narzędzi ekonomicznych.....	421
Negocjacyjne stosowanie prawa ochrony konkurencji.....	441
<i>Tadeusz Skoczny</i>	
Negocjacyjne stosowanie prawa ochrony konkurencji – rzeczywistość, istota, problemy.....	443
<i>Małgorzata Modzelewska de Raad</i>	
Decyzja zobowiązaniowa jako forma udziału przedsiębiorcy w rozstrzygnięciu organu antymonopolowego: korzyści i pułapki	475
<i>Anna Piszcz</i>	
Dobrowolne poddanie się karze pieniężnej a dyrektywa odszkodowawcza 2014/104/UE	491
<i>Małgorzata Kozak</i>	
Programy <i>compliance</i> jako narzędzie skutecznego wdrażania prawa konkurencji – metoda kija i marchewki?.....	510
<i>Antoni Bolecki</i>	
Ile miejsca na negocjacyjne stosowanie prawa w procedurze <i>leniency</i> ?	527

CZĘŚĆ V

PRAWO ZWALCZANIA NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

Wielość dróg prawnych zwalczania czynów nieuczciwej konkurencji	547
<i>Marian Kępiński</i>	
Relacja klauzuli ogólnej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1) do szczególnych deliktów nieuczciwej konkurencji.....	549
<i>Ryszard Skubisz</i>	
Cele i zakres zastosowania ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dylematy trudnego sąsiedztwa z ustawą o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.....	563

Paweł Podrecki

Czyny nieuczciwej konkurencji jako podstawa dochodzenia roszczeń
w postępowaniach grupowych..... 580

Rafał Sikorski

Przedawnienie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia
prawa konkurencji w świetle postanowień dyrektywy 2014/104/UE..... 592

Monika Namysłowska

Nieuczciwe praktyki handlowe między przedsiębiorcami w prawie
Unii Europejskiej..... 604

Anna Zientara

Penalizacja prowadzenia działalności w formie systemu konsorcyjnego
a zasada *ne bis in idem* 617

Problemy stosowania zakazów czynów nieuczciwej konkurencji 633

Jarosław Dudzik

Legitymacja czynna na podstawie przepisów ustawy o zwalczaniu
nieuczciwej konkurencji – aktualne problemy 635

Łukasz Żelechowski

Ochrona oznaczeń odróżniających w prawie zwalczania nieuczciwej
konkurencji. Dylematy wokół charakteru cywilnoprawnego
reżimu ochrony 649

Edyta Całka

Zakres zastosowania przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej
konkurencji dotyczących ochrony geograficznych oznaczeń
pochodzenia produktów rolnych i środków spożywczych 669

Jakub Kępiński

Instytucja sprzedaży premiowanej z punktu widzenia prawa zwalczania
nieuczciwej konkurencji. Polska regulacja w świetle orzecznictwa TSUE..... 678

Anna Tischner

Zakaz nieuczciwego naśladownictwa w art. 13 u.z.n.k. w kontekście
rozbudowanej ochrony postaci produktu w prawie własności
intelektualnej z uwzględnieniem prawa UE..... 695

Beata Giesen

Pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru
do sprzedaży – praktyka uzasadniona wolnością gospodarczą
czy czyn nieuczciwej konkurencji? Kontrowersje wokół wykładni
art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. 713

Wykaz skrótów

Akty prawne

k.c.	- ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.)
k.k.	- ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
k.p.a.	- ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 267 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.)
n.p.r.u.	- ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o rejestracji i ochronie nazw i oznaczeń produktów rolnych i środków spożywczych oraz o produktach tradycyjnych (Dz. U. z 2005 r. Nr 10, poz. 68 z późn. zm.)
pr. wod.	- ustawa z dnia 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 469 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 2013 r. poz. 907 z późn. zm.)
TFUE	- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 306 z 17.12.2007, s. 1, wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 0001–0390)
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.o.p.z.	- ustawa z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1417)
u.p.n.p.r.	- ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206 z późn. zm.)
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.u.s.	- ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 121)

- | | |
|--------------|--|
| 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.) |
| w.r.u.s.t.u. | - ustawa z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 880 z późn. zm.) |

Publikatory urzędowe i czasopisma

- | | |
|-------------|---|
| Biul. SN | - Biuletyn Informacyjny Sądu Najwyższego |
| EPS | - Europejski Przegląd Sądowy |
| KPP | - Kwartalnik Prawa Prywatnego |
| KPPubl. | - Kwartalnik Prawa Publicznego |
| M. Praw. | - Monitor Prawniczy |
| OSG | - Orzecznictwo Sądów Gospodarczych |
| OSNC | - Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna |
| OSNAPiUS | - Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych |
| OSNCP | - Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych |
| OSNC-ZD | - Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna – Zbiór Dodatkowy |
| OSNP | - Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych |
| OSP | - Orzecznictwo Sądów Polskich |
| OTK | - Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego |
| OTK ZU | - Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy |
| OTK-A | - Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; zbiór urzędowy, Seria A |
| PiP | - Państwo i Prawo |
| PPH | - Przegląd Prawa Handlowego |
| Prok. i Pr. | - Prokuratura i Prawo |
| PS | - Przegląd Sądowy |
| Prz. Sejm. | - Przegląd Sejmowy |
| PUG | - Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego |
| RPEiS | - Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny |
| St. Iur. | - Studia Iuridica |
| ZNUJ | - Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego |
| ZNUJ PWiOWI | - Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelktualnej |

Inne

- | | |
|-------|--|
| ETS | - Europejski Trybunał Sprawiedliwości |
| SA | - sąd apelacyjny |
| SN | - Sąd Najwyższy |
| SOKiK | - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów |
| TK | - Trybunał Konstytucyjny |
| TSUE | - Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej |



CZĘŚĆ I

Uroczysta sesja z okazji 25-lecia prawa konkurencji w wolnej Polsce

Adam Jasser¹

Panie Profesorze, Szanowni Państwo,

bardzo się cieszę, że Pierwszy Polski Kongres Prawa Konkurencji odbywa się pod naszym dachem. Fakt ten wynika z naszej konsekwencji w prowadzeniu polityki urzędu otwartego, nastawionego na dialog zarówno ze środowiskiem akademickim, jak i tymi, którzy prawo konkurencji stosują w praktyce. Wychodzimy z założenia, że siła instytucji płynie w znacznej mierze ze zdolności do uważnego wsłuchiwania się w opinie płynące ze środowiska i adaptowania do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej. Dzięki temu możemy usprawniać nasze działanie i skuteczniej chronić konkurencję, z korzyścią dla gospodarki i konsumentów.

Tempo zmian w otaczającym nas świecie jest prawdziwym wyzwaniem dla wszystkich uczestników życia gospodarczego, także dla przedstawicieli akademii i regulatorów. Widzimy wszyscy, że w ostatnich latach w gospodarce, w relacjach pomiędzy przedsiębiorstwami i konsumentami, jeszcze bardziej zaostrzyły się różnice pomiędzy uczciwą konkurencją i traktowaniem konsumentów zgodnie z zasadami uczciwości kupieckiej a tym, co należałoby nazwać za prof. Królem – „miękkim oszustwem”. Szczególnie widoczne jest to w działaniach marketingowych na rynku usług finansowych. To wszystko jest w tej chwili przedmiotem analizy i bardzo intensywnej pracy instytucji publicznych oraz dyskusji z organizacjami przedsiębiorców i środowiskiem naukowym. Jeśli chcemy być skuteczni, musimy uczestniczyć w Waszej debacie i uważnie Was słuchać, wyciągając wnioski.

25 lat urzędu to dobry moment, by spojrzeć wstecz i powiedzieć sobie, że w transformacji naszego państwa wyszliśmy już z okresu, który nazwałbym czasem romantycznym. Romantyzm pierwszych lat przemian polegał na tym, że tworzyliśmy instytucje, budowaliśmy wzorce i nieraz byliśmy pionierami w naszych rozwiązaniach. Z drugiej strony jednak często wydawało nam się, że jak już stworzymy instytucje, stworzymy prawo, to będzie to system gwarantujący skuteczne działanie w niezmienionej formie przez kolejne dziesięciolecia. A tak nie jest. Dziś już wiemy, że skuteczność nie jest możliwa bez ciągłego ulepszania prawa i instytucji na podstawie rzetelnej analizy dotychczasowych

¹ Adam Jasser – prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (od 20 marca 2014 r.).

efektów. Dotyczy to także fundamentalnej dla społecznej gospodarki rynkowej ochrony konkurencji i konsumentów.

Zwróćmy uwagę, że państwa, które osiągnęły największy sukces gospodarczy, nauczyły się dbać o ciągłość i jakość instytucji przy jednoczesnym zarządzaniu zmianą. Gdy przyjrzymy się im uważnie, zauważymy, że ich instytucje cały czas dokonują samooceny i ewoluują. Są wsłuchane w otaczającą rzeczywistość, korzystają z dorobku naukowego i orzecznictwa, zapraszają do dialogu zarówno przedsiębiorców, jak i konsumentów. Jako kierownictwo urzędu taki postawiliśmy cel przed UOKiK – udoskonalać nasze działanie, wyciągając wnioski z ewaluacji dotychczasowej praktyki, sygnałów rynkowych i korzystając z dorobku akademickiego. Zmiany, o których mówię, odbywają się na płaszczyźnie organizacyjnej urzędu, jego polityki orzeczniczej i edukacyjnej, ale także znajdują odzwierciedlenie w naszych propozycjach zmian prawnych. Wsparcie organizacji kongresu wynika wprost z naszej misji – chcemy korzystać z wiedzy i doświadczeń wszystkich tych, którym ochrona konkurencji leży na sercu. Nie oznacza to oczywiście, że będziemy automatycznie adaptować wszystkie tezy czy sugerowane w trakcie dyskusji kierunki zmian, ale naszym obowiązkiem jest wsłuchiwanie się w te głosy, analizowanie i wyciąganie wniosków pozwalających na usprawnienie naszej pracy, a co za tym idzie bardziej efektywną ochronę rynku.

Ewa Kopacz¹

Szanowni Państwo!

To dla mnie wielką przyjemnością otworzyć Pierwszy Polski Kongres Prawa Konkurencji. Szczególnie że przypada on w 25. rocznicę powstania w Polsce Urzędu Antymonopolowego. Dziękuję kierownictwu Urzędu i organizatorom dzisiejszego kongresu za zaproszenie.

Jest mi szczególnie miło widzieć Panią Profesor Annę Fornalczyk, pierwszą szefową i twórczynię Urzędu. To w znacznej mierze jej determinacja, odwaga i przywództwo sprawiły, że Urząd Antymonopolowy, a później Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, odegrał tak kluczową rolę w tworzeniu społecznej gospodarki rynkowej nastawionej przede wszystkim na dobrobyt konsumentów. Dzisiaj Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest instytucją publiczną dobrze postrzeganą zarówno przez obywateli konsumentów, jak i przedsiębiorców. Potwierdzają to badania społeczne prowadzone wśród przedsiębiorców i konsumentów, w których to właśnie UOKiK został oceniony jako instytucja potrzebna, wiarygodna i rzetelna.

Na przykładzie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów widać z perspektywy 25 lat, jak ważne było na początku polskiej transformacji stworzenie sieci instytucji, bez których nowoczesna demokracja oparta na wolnym rynku oraz poszanowaniu praw obywatelskich i konsumenckich nie mogłaby prawidłowo funkcjonować.

25 lat temu mogło się wydawać, że wystarczy, tylko i wyłącznie, uwolnić gospodarkę z gorsetu centralnego planowania, a wolny rynek i konkurencja same doprowadzą do powszechnego dobrobytu. Nieliczni, w tym profesor Fornalczyk, jej współpracownicy i wiele obecnych tu na sali osób, wiedziało, że to nie wystarczy. Że państwo musi aktywnie tworzyć przestrzeń dla rynku i przedsiębiorczości poprzez demonopolizację i aktywną, opartą na twardym prawie politykę ochrony uczciwej konkurencji. To dzięki Państwu powstała w Polsce pierwsza ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, a zasady uczciwej konkurencji stały się elementem ładu gospodarczego i prawnego.

W moim przekonaniu, istnienie tego ładu od samego początku transformacji jest jednym z zasadniczych powodów, dla których polska gospodarka okazała się dynamiczna i coraz bardziej konkurencyjna na globalnym rynku.

Dla twórców Urzędu od początku było jasne, że to konsumenci, czyli obywatele, mają być beneficjentami konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami i że ingerencje urzędu powinny uwzględniać nie tylko abstrakcyjne korzyści

¹ Ewa Kopacz – Prezes Rady Ministrów RP (22.09.2014–16.11.2015)

gospodarcze, ale także albo przede wszystkim dobro konsumentów. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów przywiązuje dużą wagę do spraw konsumenckich, traktując je na równi z działaniami *stricte* antymonopolowymi. Tu należy wyrazić szacunek dla dalekowzroczności polskich autorów koncepcji połączenia misji ochrony konkurencji i konsumentów w jednej instytucji, co dokonało się w 1996 r.

Jako dobry przykład pozytywnego wpływu konkurencji może służyć rynek telekomunikacyjny. W 1989 r. telefon był dobrem rzadkim. Czas oczekiwania na podłączenie do sieci państwowego monopolisty był liczony w latach. Z tego, co pamiętam, trwało to około 14 lat. Obecnie przeciętny użytkownik telefonii komórkowej dysponuje więcej niż jednym telefonem, a o klientów rywalizuje czterech dużych operatorów, nie licząc wielu mniejszych operatorów wirtualnych. Dziś czas oczekiwania na telefon – zakup tego telefonu i podpisanie umowy z operatorem – mierzy się już w minutach.

Ważnym społecznie aspektem ochrony konkurencji i interesu publicznego jest kwestia zamówień publicznych. Wiem, że zwalczanie takich zmów przetargowych to jeden z priorytetów Urzędu i cieszę się, że mają Państwo na tym polu duże sukcesy, jak chociażby ostatnia sprawa przetargów na kolei.

Szanowni Państwo.

Ochrona konsumentów jest esencją nowoczesnej gospodarki rynkowej. Pomimo swojej rosnącej wiedzy i możliwości organizowania się, konsumenci, zwłaszcza osoby starsze, są często nadal najsłabszymi uczestnikami rynku. Wprowadzające w błąd reklamy, tak zwane superokazje, które okazują się pułapkami finansowymi, lub nieuczciwe zapisy umowne są ciemną stroną sukcesu gospodarczego. Wiem, że Urząd kładzie dziś szczególnie nacisk na te aspekty ochrony konkurencji, za co bardzo dziękuję.

W ostatnich latach sektorem, w którym konsumenci najczęściej i na dużą skalę narażeni byli na niekorzystne działania przedsiębiorców, był sektor finansowy. Nie jest to tylko zjawisko polskie, co uwiódnił ostatni kryzys światowy. Wynika to przede wszystkim z olbrzymiej asymetrii informacji pomiędzy konsumentami a instytucjami finansowymi. Ukrywanie ryzyka, brak rzetelnej informacji i przejrzystości produktów finansowych doprowadziły do masowej sprzedaży usług niedostosowanych do rzeczywistych potrzeb klientów, często powodując dla nich znaczne straty finansowe lub wieloletnie borykanie się z pułapką zadłużenia.

Gigantyczne kwoty, jakie przepływają przez sektor finansowy, powodują, że nieuczciwe praktyki wobec konsumentów szybko przekładają się na sytuację konkurencyjną w branży finansowej. Instytucje przestrzegające dobrych obyczajów i najlepszych praktyk często tracą klientów na rzecz firm gotowych iść na skróty. Jest to szkodliwe dla konsumentów, ale także tworzy ryzyka systemowe, bo sektor finansowy, jak wszyscy tu jesteśmy tego pewni, jest krwiobiegiem całej gospodarki.

Z tego powodu podjęłam decyzję o wzmocnieniu finansowym i instytucjonalnym UOKiK, aby szybciej i skuteczniej chronić konsumentów na rynku usług finansowych. Na ten cel rząd przeznaczył dodatkowe środki z rezerwy budżetowej w wysokości 5 mln zł. W najbliższych dniach podpiszę zarządzenie w tej sprawie. Rząd, wspólnie z UOKiK, przygotował także nowelizację prze-

pisów wzmacniających ochronę konsumentów na rynku finansowym, które w najbliższych dniach trafią do konsultacji społecznych i międzyresortowych.

Co one będą zawierać? Między innymi:

- zabronione będzie oferowanie konsumentom usług finansowych, które nie odpowiadają ich potrzebom, oraz oferowanie usług finansowych w sposób nieadekwatny do ich charakteru;
- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów będzie mógł wydawać tak zwane decyzje tymczasowe zawieszające dystrybucję produktu finansowego jeszcze w toku postępowania w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów;
- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów będzie mógł zajmować stanowisko, i to jest bardzo ważne, w indywidualnych lub zbiorowych sprawach cywilnych przed sądami powszechnymi, co powinno pomóc w szybszym rozstrzygnięciu sporów;
- zostanie wprowadzony nowy model kontroli postanowień wzorców umów – to Prezes UOKiK będzie mógł to czynić na drodze decyzji administracyjnej. Oczywiście decyzje tego typu będą wymagały olbrzymiej staranności ze strony Urzędu, by nie naruszać praw przedsiębiorców, oraz będą podlegały merytorycznej ocenie niezależnego sądu.

Szanowni Państwo.

To niejedyne działania podejmowane przez mój rząd, aby wzmocnić ochronę konsumentów.

Komitet Rady Ministrów zajmie się w najbliższym czasie projektem ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. To odpowiedź na nieuczciwą sprzedaż tak zwanych polisolokat. Projekt wprowadza możliwość odstąpienia od umowy w rok po jej zawarciu, ogranicza wysokość opłat za likwidację polisy przed ustalonym terminem, wzmacnia pozycję Rzecznika Ubezpieczonych, a także wprowadza wymóg analizy potrzeb i możliwości klienta oraz zapewnienia mu szerokiej, rzetelnej informacji.

Rząd pracuje również nad regulacją dotyczącą instytucji i firm udzielających pożyczek poza sektorem bankowym. Przewidują one m.in. ograniczenie pozaodsetkowych kosztów kredytu konsumenckiego, przeciwdziałanie tak zwanemu rolowaniu pożyczek, wprowadzenie limitu odsetek karnych oraz odsetek od odsetek, a także ustanowienie wymagania dla możliwości prowadzenia działalności związanej z udzielaniem kredytów konsumenckich.

Szanowni Państwo.

Dzisiejszy kongres i rocznica to doskonała okazja, by gorąco podziękować i pogratulować wszystkim Państwu: pracownikom Urzędu, obecnym i byłym jego prezesom, ale także środowisku akademickiemu i organizacjom konsumenckim za to, że ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce stoi na tak wysokim poziomie. Życzę Państwu dalszych sukcesów w działaniach na rzecz uczciwej konkurencji i wspieraniu w ten sposób zarówno dobrobytu konsumentów, jak i rozwoju przedsiębiorczości.

Dziękuję Państwu!

Małgorzata Gersdorf¹

25-lecie wejścia w życie pierwszej ustawy antymonopolowej jest wielkim świętem dla wszystkich uczestników życia gospodarczego w naszym kraju. Zdajemy sobie oczywiście sprawę z tego, że samo prawo ochrony konkurencji nie zagwarantuje, że przedsiębiorcy będą ze sobą konkurować. Prawo to jest jednak jedną z podstawowych reguł wspomagających aktywność gospodarczą ukierunkowaną na pomnażanie własnego i ogólnego dobrobytu.

Jubileusz 25-lecia ustawodawstwa antymonopolowego uzasadnia dokonywanie podsumowań z różnej perspektywy. Z prawnego punktu widzenia to okres obowiązywania trzech ustaw: z 1990, 2000 oraz 2007 roku. W okresie tych 25 lat wydano kilka tysięcy decyzji i nieco mniej orzeczeń sądowych. Sam Sąd Najwyższy orzekał w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów ponad 400 razy.

Uroczysta sesja jubileuszowa nie jest jednak najlepszym forum dla dokonywania i wygłaszania prawniczych analiz tego, co w ciągu tych 25 lat w zakresie prawnych aspektów ochrony konkurencji udało się osiągnąć. Kwestie te pozostawiam prawnikom teoretykom i praktykom w czasie obrad Pierwszego Polskiego Kongresu Prawa Konkurencji.

Z perspektywy Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego 25-lecie obowiązywania ustawodawstwa antymonopolowego w Polsce jest okazją do pewnej refleksji ogólnej nad rolą sądów w sprawach antymonopolowych, w których orzekał też na początku NSA, o czym nie można zapominać.

Patrząc na ćwierćwiecze polskiego prawa ochrony konkurencji, należy stwierdzić, że mamy ustawy antymonopolowe uchwalane prawie co dekadę, tj. z 1990, 2000 i ostatnią z 2007 roku.

Nie ulega wątpliwości, że dziś realia gospodarki są inne niż 25, a nawet 15 lat temu. Do tych realiów dostosowuje się rola sądów. Nie jest już tak łatwo przekonać sąd, że doszło do ograniczenia konkurencji.

Uwagę zwraca, że pierwsza ustawa antymonopolowa liczyła 33 artykuły, druga 118, a trzecia już 138. Wszystkie ustawy były co najmniej kilkukrotnie nowelizowane. Niektóre nowelizacje były bardzo obszerne, szczegółowe, modyfikowały zasadniczo dotychczasowe instytucje bądź wprowadzały nowe, by wspomnieć jedynie ostatnią nowelizację, która weszła w życie 18 stycznia bieżącego roku. Jak już wiadomo, przygotowywana jest kolejna, istotna i bardzo potrzebna nowelizacja w zakresie uprawnień Prezesa UOKiK w sprawach konsumenckich.

¹ Małgorzata Gersdorf – profesor doktor habilitowany nauk prawnych; Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego (od 2014 r.).

W zasadzie wszelkie zmiany, jakie miały miejsce na przestrzeni tych 25 lat, dotyczyły sfery kompetencji Prezesa UOKiK oraz sposobu korzystania z nich. Trzon przepisów wyznaczających zakres zastosowania ustawodawstwa antymonopolowego, a w szczególności regulacje dotyczące antykonkurencyjnych zachowań uczestników rynku, pozostały zasadniczo bez zmian. Nowelizacje w tym zakresie dotyczyły kwestii wręcz kosmetycznych i miały charakter doprecyzowujący bądź korygujący oczywiste niedostatki legislacyjne. Te zasadnicze przepisy polskiego prawa antymonopolowego, zakazujące antykonkurencyjnych porozumień, nadużywania pozycji rynkowej czy określające przesłanki dopuszczalności procesów koncentracji kapitału na rynku, wykazują stabilność swej treści.

Stabilność ta jest charakterystyczna dla nowożytnego prawa ochrony konkurencji, którego ramy można je sprowadzić do trzech podstawowych reguł: 1) nie zmałaij się z kolegami (w odniesieniu do zakazu porozumień); 2) bądź skromny i cierpliwie dąż do celu (w odniesieniu do zakazu nadużywania); 3) nie zagarniaj wszystkiego (w odniesieniu do kontroli koncentracji).

Jaka zatem jest rola sądów w sprawach antymonopolowych?

Zacznę od tego, że nie jest łatwo być sędzią orzekającym w sprawach antymonopolowych. Prawo antymonopolowe jest swoistą czapą nad całym systemem prawnym rzutującym na zasady prowadzenia działalności gospodarczej. W sprawach antymonopolowych orzeka się o publicznoprawnych konsekwencjach zawieranych umów. Trzeba więc umieć je oceniać z wykorzystaniem dorobku cywilistyki, co stronom wolno w ramach swobody kontraktowej, w jakim zakresie prawo cywilne chroni autonomię stron przed organem antymonopolowym, a w jakim zakresie interwencja ta jest nie tylko pożądana w interesie publicznym, ale słuszną i dopuszczalną pod względem systemowym.

Sprawy antymonopolowe dotyczą różnych rynków, na których panują różne reguły konkurencyjnej gry. Różny jest więc zakres regulacji normatywnej. Sędzia antymonopolowy musi mieć umiejętność wnikania w te realia faktyczne i prawne i wychwytywania z materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu antymonopolowym tych kluczowych informacji, które pozwolą na właściwą rekonstrukcję stanu faktycznego i otoczenia prawnego, w jakim funkcjonuje przedsiębiorca.

Dodatkowa trudność w sprawach antymonopolowych wynika z wysoce ocenego charakteru publicznoprawnych względów leżących u podstaw interwencji Prezesa UOKiK. Specyfika ta uzasadnia tworzenie mniejszych lub większych wyjątków od – wydawałoby się już wypracowanych – linii orzeczniczych.

Znany specjalistom z zakresu ochrony konkurencji sędzia amerykański Richard Posner napisał w swojej monografii o tym, jak myślą sędziowie (*How judges think*), że rolą prawników jest testowanie granic elastyczności aktualnego systemu prawnego poprzez formułowanie propozycji zastosowania obowiązujących przepisów do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Rolą sędziów jest zaś wytyczanie granic dla tego, co wolno, bądź czego nie wolno w ramach obowiązującego porządku prawnego. Teza ta doskonale pasuje do spraw antymonopolowych. Organ ochrony konkurencji w ramach obowiązujących unormowań oraz przysługujących mu kompetencji stara się przekonać

sąd, że doszło do naruszenia reguł konkurencji przez podmiot objęty ustawą z 2007 roku, a zastosowane środki mieszczą się w ustawowych kompetencjach Prezesa UOKiK i są uzasadnione względami interesu publicznego. Z kolei adresaci decyzji stwierdzających naruszenie reguł konkurencji dążą do przekonania sądów, że z uwagi na względy natury systemowej zastosowanie ustawy z 2007 roku jest wyłączone pod względem podmiotowym lub przedmiotowym, celowościowo niezasadne, w zakresie wyboru sankcji niesprawiedliwe, a dodatkowo proceduralnie wadliwe.

Rozstrzygając o tym, która z powyższych argumentacji przeważa i co mieści się w granicach prawa, sądy ustalają, czy zachodzi potrzeba ochrony wolności gospodarczej, czy potrzeba jej ograniczenia w imię jej ochrony. Dokonywanie tego wyboru powoduje, że sądy orzekające w sprawach tego rodzaju stają się współkreatorami ustroju gospodarczego. Tak jak sądy orzekające w sprawach z zakresu nieuczciwej konkurencji między podmiotami cywilnymi determinują, jakiego rodzaju metody rywalizacji są społecznie niepożądane i nie powinny być stosowane, tak sądy orzekające w sprawach antymonopolowych wpływają na to, jak kształtuje się struktura rynków oraz podział korzyści między ich uczestnikami. Trzeba jednak podkreślić, że przy rozstrzyganiu spraw z zakresu ochrony konkurencji sądy nie występują, jak czyni to organ antymonopolowy, w roli rzecznika interesu publicznego. Sądy są arbitrem, który ma za zadanie rozstrzygnąć, czy kwestionowane przez organ zachowanie rzeczywiście godzi w wolnorynkowe zasady oraz czy sposób reakcji organu ochrony konkurencji na to uchybienie regułom konkurencji ma oparcie w interesie publicznym oraz jest zgodny z prawem.

Jak widać całe postępowanie antymonopolowe ma charakter hybrydowy, co stawia organ antymonopolowy w podwójnej i niezbyt wygodnej roli; jako organu orzekającego w sprawie i wydającego decyzję, a następnie jako strony postępowania w procesie przed sądem cywilnym. Taki hybrydowy charakter postępowania niejednokrotnie był poddawany krytyce z punktu widzenia konstrukcyjnego, skuteczności prowadzenia działań antymonopolowych i wreszcie pogłębiającej się przewlekłości całej procedury.

Uważam, że ustawodawca powinien podjąć pracę na ten temat i zmierzać w kierunku wskazanym w motywach wyroku TK z dnia 2 lipca 2003 r., K 25/01, oraz w zdaniu odrębnym B. Zdziennickiego do wyroku TK z dnia 31 stycznia 2005 r., SK 27/03, tj. uregulować postępowanie w sprawach antymonopolowych albo:

- jako specjalne postępowanie administracyjne prowadzone przez Prezesa UOKiK, którego decyzje powinny być kontrolowane w obowiązującym dwuinstancyjnym systemie sądów administracyjnych, albo
- jako postępowanie sądowe toczące się w ramach wyspecjalizowanego sądownictwa antymonopolowego inicjowane przez Prezesa UOKiK, mającego ustawowo rozbudowany i zabezpieczony status publicznoprawnego rzecznika ochrony konkurencji i konsumentów.

Jak widać nie zabraknie wyzwań na kolejne 25 lat obowiązywania ustawodawstwa antymonopolowego. Życzę Państwu wytrwałości w prowadzeniu tych prac i gratuluję dotychczasowych osiągnięć.

List gratulacyjny Marka Safjana¹

Warszawa, 10 kwietnia 2015 r.

Szanowny Panie Prezesie

Korzystając z okazji tak ważnego jubileuszu obchodzonego w dniu dzisiejszym przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, chciałbym podzielić się z Państwem kilkoma refleksjami nawiązującymi do historii powstania tej instytucji, która odegrała tak ważną rolę w przebudowie naszej gospodarki i wprowadzaniu nowoczesnych standardów określających funkcjonowanie mechanizmów rynkowych.

Historia zawsze jest związana z osobami, z konkretnymi ludźmi i nigdy nie da się jej opisać w kategoriach suchych faktów, które odzwierciedlają jedynie poszczególne etapy opisywanych procesów, bez ukazania jednocześnie działań ludzi zaangażowanych w przekształcanie rzeczywistości, angażujących swoją wyobraźnię, inicjatywę, wysiłek i osobiste poświęcenie. Każda historia ma oblicze konkretnych ludzi i naznaczona jest piętnem wybitnych osobowości. Taką historię ma też szacowny Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, którego pierwsze lata i powstanie były nierozłącznie związane z nazwiskiem Pierwszej Prezes tego Urzędu – Pani Profesor Anny Fornalczyk.

Powstanie urzędu w 1990 r. było istotnym komponentem pakietu reform, zwanych reformami Balcerowicza, zmieniających radykalnie ustrój gospodarczy Rzeczypospolitej, zmierzających do przywrócenia w Polsce mechanizmów gospodarki rynkowej i umożliwiających jej podążanie w kierunku przyszłej integracji z Unią Europejską. Pani Prezes Anna Fornalczyk tworzyła w istocie tę instytucję od podstaw, nie dysponując żadnymi wcześniejszymi wzorcami krajowymi, które mogłyby stanowić punkt odniesienia i inspirację dla poszukiwań. Wymagało to ogromnej pracy, odwagi i kreatywnego myślenia, a przede wszystkim odrzucenia dotychczasowych paradygmatów, na których opierało się funkcjonowanie gospodarki planowej. Jeżeli dzisiaj mówimy o pionierach i twórcach gospodarki rynkowej, to z pewnością wśród nich miejsce wybitne zajmuje Pani Prezes Anna Fornalczyk. Z dzisiejszej perspektywy możemy lepiej dostrzec, jak trudna i powikłana, pełna cierni była droga, którą należało przebyć, aby znaleźć się w tym miejscu, w którym jesteśmy obecnie. Zawdzięczamy to bez wątpienia determinacji oraz sile wyobraźni takich ludzi jak Pierwsza Pani Prezes Urzędu.

¹ Marek Safjan – profesor doktor habilitowany nauk prawnych; sędzia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Transformacja gospodarcza nie może być sprowadzana do czystej, abstrakcyjnej figury intelektualnej, była procesem zachodzącym w konkretnych, niezwykle skomplikowanych realiach, pozostawionych po upadku systemu komunistycznego. Przypomnijmy, że w punkcie wyjścia pojęcia takie jak „monopol”, „kartel”, „zmowa konkurencyjna”, „nieuczciwe praktyki konkurencyjne”, „pozycja dominująca” – należały w najlepszym wypadku do historii gospodarczej bądź były związane z opisem nieuchronnych deformacji gospodarki kapitalistycznej, wskazujących na strukturalną niższość tej gospodarki w stosunku do „jedynego, sprawiedliwego i racjonalnego systemu”, którym miała pozostać na zawsze gospodarka planowa oparta na rozdzielnikach i dystrybucji wszelkich dóbr. Taki punkt startu wymagał nie tylko napełnienia nową treścią, znaczeniem i sensem dawno zapomnianych pojęć i mechanizmów gospodarki rynkowej, ale przede wszystkim radykalnej zmiany sposobu myślenia o gospodarce, utrwalonych postaw mentalnych, które same w sobie tworzyły istotną barierę transformacji. Dopiero wspomnienie tej sytuacji i historycznego, a dzisiaj często pomijanego kontekstu procesów zachodzących w tamtych latach pokazuje, jak trudny był egzamin do zdania przez twórców rewolucji rynkowej i jak wiele zawdzięczmy tym, którzy tak jak Pani Prezes Anna Fornalczyk nadawali ton, sens i kierunek procesom transformacji gospodarczej na początku lat 90. Bez tego wysiłku i determinacji nie byłaby możliwa, dokonana w kilkanaście lat później, akcesja Polski do Unii Europejskiej, która rozpoczęła nowy etap historii naszego kraju.

Chciałbym w tym miejscu wyrazić swój głęboki szacunek i zarazem podziękowanie Pani Prezes Annie Fornalczyk za Jej niezwykle zaangażowanie i wspaniałą pracę, którą wykonała jako Pierwszy Prezes Urzędu, pracę, która musi być uznana za jedną z istotnych przesłanek osiągnięcia tego poziomu, na którym dzisiaj znalazła się Polska w wyniku procesów rozpoczętych przed 25 laty.



CZĘŚĆ II

Sesja wprowadzająca

Tadeusz Skoczny¹

Szanowni Państwo, drodzy przyjaciele.

Mam przyjemność otworzyć **Pierwszy Polski Kongres Prawa Konkurencji**, który rozpoczyna się bezpośrednio po zakończeniu jubileuszowej sesji z okazji 25-lecia prawa konkurencji w „nowej” Polsce (dokładnie w 25-lecie wejścia w życie ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym z 1990 r.) – zob. www.uokik.gov.pl/. Jestem pod silnym wrażeniem tej sesji i przyłączam się do podziękowań dla Pani Ewy Kopacz, Premier RP, oraz Pani Prof. dr hab. Małgorzaty Gersdorf, I Prezes SN, za wzięcie udziału w tej uroczystości oraz słowa uznania pod adresem wszystkich, którzy, rozpoczynając od Pierwszej Prezes Urzędu Antymonopolowego, Profesor Anny Fornalczyk, kompetentnie i konsekwentnie stosowali prawo konkurencji przez minione 25 lat.

Panu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Adamowi Jasserowi gorąco dziękuję za „kupienie” pomysłu połączenia sesji jubileuszowej z naszym kongresem i za objęcie go patronatem.

Przypomnę na wstępie, jak doszło do zorganizowania Pierwszego Polskiego Kongresu Prawa Konkurencji. Wszystko zaczęło się w lutym 2014 r., kiedy to grupa profesorów i praktyków (prof. Anna Fornalczyk i prof. dr hab. Tadeusz Skoczny oraz mec. Jarosław Sroczyński) wystąpiła z inicjatywą zorganizowania konferencji podsumowującej dorobek polskiego prawa konkurencji. **Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych** – zob. cars@wz.uw.edu.pl – podjęło tę inicjatywę i zobowiązało się zorganizować taką konferencję (w Warszawie w dniach 13–15 kwietnia 2015 r.) w formule kongresu – imprezy najwyższej rangi naukowej, podkreślając tym samym znaczenie 25 lat polskiej transformacji, której podstawy zostały ukształtowane m.in. przez ustawę antymonopolową z 1990 r., stosowaną przez powołany z początkiem 1990 r. Urząd Antymonopolowy, oraz nową ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1993 r.

Natychmiast ukształtowała się **Rada Programowa Pierwszego Polskiego Kongresu Prawa Konkurencji**. W skład jej Prezydium weszli: prof. Anna Fornalczyk (jako przewodnicząca), prof. dr hab. Sławomir Dudzik, prof. dr hab. Marian Kępiński, prof. dr hab. Cezary Kosikowski, prof. dr hab. Stanisław Sołtysiński, prof. dr hab. Janusz Szwaja oraz Tadeusz Skoczny (jako sekretarz).

¹ Tadeusz Skoczny – profesor nauk prawnych; kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego oraz dyrektor Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Członkami Rady Programowej zostali: doc. dr Cezary Banasiński, SSN prof. dr hab. Tadeusz Ereciński, SSN Teresa Flemming-Kulesza, SNSA dr Stanisław Gronowski, Prezes UOKiK Adam Jasser, prof. KA dr hab. Konrad Kohutek, prof. dr hab. Małgorzata Król-Bogomilska, prof. INP PAN dr hab. Dawid Miąsik, prof. dr hab. Ewa Nowińska, SSO Ryszard Sarnowicz, prof. dr hab. Ryszard Skubisz, mec. Jarosław Sroczyński, prof. UŁ dr hab. Kazimierz Strzyczkowski, prof. UW r dr hab. Marek Szydło, SSO Andrzej Turliński, mec. Tomasz Wardyński, sędzia Sądu UE prof. dr hab. Irena Wiszniewska-Białecka oraz STK prof. dr hab. Andrzej Wróbel. W skład Komitetu Organizacyjnego Pierwszego Polskiego Kongresu Prawa Konkurencji weszli: Tadeusz Skoczny (jako jego szef) oraz prof. Konrad Kohutek i mec. Jarosław Sroczyński. Bardzo dziękuję wszystkim członkom Rady Programowej i Komitetu Organizacyjnego za znakomitą atmosferę pracy nad programem i innymi sprawami Kongresu.

Potem już wszystko poszło gładko. Rada Programowa przygotowała **Call for Papers**, na które odpowiedziało bardzo wielu przedstawicieli publicznego i prywatnego prawa konkurencji oraz prawników praktyków, przysyłając abstrakty planowanych wystąpień. Komitet Organizacyjny, pod nadzorem Rady Programowej, dokonał oceny i najlepsze z nich (ok. 30) zakwalifikował do wygłoszenia w trakcie Kongresu. Referaty te (z wyjątkiem jednego) zostały przedstawione (choć czasem z opóźnieniem) organizatorom Kongresu. Były one sukcesywnie „wieszane” na specjalnie w tym celu stworzonej stronie internetowej Pierwszego Polskiego Kongresu Prawa Konkurencji – zob. www.1pkpk.wz.uw.edu.pl. Umożliwiło to uczestnikom Kongresu zapoznanie się sukcesywnie z referatami, co pozwoliło ograniczyć czas wystąpienia do maks. 15 min – wielu z nas, nie wyłączając piszącego te słowa, odczuło to boleśnie – i skoncentrować się na dyskusji.

Chciałbym teraz podkreślić **szczególny charakter Pierwszego Polskiego Kongresu Prawa Konkurencji**.

Nasz Kongres był pomyślany i został przygotowany jako przedsięwzięcie obejmujące swym zakresem przedmiotowym całe **prawo konkurencji**, tj. zarówno **publiczne prawo ochrony konkurencji**, jak i **prywatne prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji**. Znalazło to swoje odzwierciedlenie w – prezentowanym wyżej – składzie Rady Programowej Kongresu, jego strukturze tematycznej i pochodzeniu autorów. Potwierdzamy tym samym ścisłe związki i bardzo dobrą współpracę między środowiskami badaczy obu części prawa konkurencji, zapoczątkowane jeszcze w 1993 r., kiedy to Pierwsza Prezes Urzędu Antymonopolowego Anna Fornalczyk powołała w urzędzie „profesorski” zespół ekspertów pod kierownictwem Janusza Szwai, któremu postawiła zadanie opracowania projektu nowej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Koncepcja ta znalazła swoje potwierdzenie w wydanym niedawno w ramach *Systemu Prawa Prywatnego* specjalnym tomie *Prawo konkurencji* pod red. Mariana Kępińskiego, obejmującym zarówno publiczne, jak i prywatne prawo konkurencji.

Szczególne dla Pierwszego Polskiego Kongresu Prawa Konkurencji jest także to, że – chociaż został on zorganizowany przez CARS – jest jednak wydarzeniem i przejawem bardzo użytecznej współpracy całego naszego środowiska, które ktoś kiedyś nazwał „rodziną ochroniarzy konkurencji”. W Kongresie biorą udział akademicy, komentujący prawo konkurencji i głosujący dotyczące

go orzecznictwo, a wśród nich m.in. profesorowie Marian Kępiński i Ryszard Skubisz, oraz kierujący placówkami naukowymi zajmującymi się publicznym prawem konkurencji, w tym prof. dr hab. Małgorzata Król-Bogomilska (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji INP PAN) i prof. UW dr hab. Marek Szydło (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji i Regulacji Sektorowej Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego). Uczestniczą w nim jednak także ci, którzy prawo konkurencji stosują – przedstawiciele UOKiK (z jego obecnym i poprzednimi prezesami), sędziowie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (z jego przewodniczącym SSO Andrzejem Turlińskim), Sądu Apelacyjnego w Warszawie (z przewodniczącym Wydziału VI SSA Ryszardem Sarnowiczem) i Sądu Najwyższego (z prezesem Izby Administracyjnej SSN Teresą Flemming-Kuleszą). Są wśród nas sędziowie Trybunału Konstytucyjnego – prezes prof. dr hab. Andrzej Rzepliński i prof. dr hab. Andrzej Wróbel, *nota bene* b. SSN orzekający bardzo często w sprawach konkurencji). W sesji wprowadzającej Kongresu wystąpi także unijny Rzecznik Generalny – prof. dr hab. Maciej Szpunar. Wreszcie w kongresie uczestniczy wielu praktyków – prawników i ekonomistów – doradzających przedsiębiorcom. Jest wśród nich prof. dr hab. Stanisław Sołtysiński, twórca firmy prawniczej Sołtysiński Kawecki Szlęzak, który jako uczony i prawnik praktyk od początku wspomagał władze polskie w negocjacjach stowarzyszeniowych. Niech mi wolno będzie wyrazić pogląd, że dobra atmosfera i częste współdziałanie przedstawicieli wszystkich grup naszego środowiska jest także jednym z istotnych sukcesów minionego 25-lecia transformacji i rozwoju prawa konkurencji. Dzięki niej jesteśmy krajem, któremu wiele innych zazdrości osiągniętego poziomu rozwoju prawa konkurencji.

Cieszę się, że mogę zakomunikować, iż staraniem **Wolters Kluwer** materiały kongresowe – referaty i wystąpienia inauguracyjne – zostaną opublikowane w specjalnej księdze. Organizatorzy będą mogli przekazać ją wszystkim uczestnikom Kongresu i wielu innym osobom zaangażowanym w stosowanie prawa konkurencji w Polsce. Będzie to możliwe dzięki Partnerowi Kongresu – firmie **Tauron Sprzedaż** oraz jej wiceprezesowi Panu Grzegorzowi Lotowi. Dzięki sponsoringowi firmy Tauron Sprzedaż mogliśmy też obniżyć opłatę konferencyjną doktorantom lub z niej zwolnić studentów. Panie Prezesie, w imieniu organizatorów i uczestników konferencji za to wszystko bardzo dziękuję.

Szanowni Państwo, drodzy przyjaciele.

Pierwszy Polski Kongres Prawa Konkurencji rozpoczniemy od sesji wprowadzającej, w której naszych znakomitych kolegów i gości – prof. Stanisława Sołtysińskiego, unijnego Rzecznika Generalnego prof. Macieja Szpunara, SSN Teresę Flemming-Kuleszę, Pierwszą Prezes UA prof. Annę Fornalczyk oraz naszego sponsora, Prezesa Grzegorza Lota – poprosiliśmy o swobodne wypowiedzi na bardzo ogólnie sformułowane pytania.

W sesji generalnej, wspólnej dla publicznego i prywatnego prawa konkurencji, której moderatorem będzie STK prof. Andrzej Wróbel, dyskutować będziemy wokół kategorii „konkurencji” i „interesu publicznego”.

Trzy kolejne sesje będą poświęcone stosowaniu prawa ochrony konkurencji, w tym w szczególności sprawiedliwości proceduralnej i prawom podmiotowym w postępowaniach antymonopolowych, ekonomizacji prawa ochrony

konkurencji oraz negocjacyjnemu stosowaniu prawa ochrony konkurencji. Na zakończenie Kongresu, w czasie dwóch sesji wysłuchamy referatów i przedyskutujemy problemy prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji, w tym kwestię wielości dróg zwalczania czynów nieuczciwej konkurencji oraz stosowania wybranych zakazów czynów nieuczciwej konkurencji.

Kończąc, pragnę podziękować wszystkim uczestnikom Kongresu, że zechcieli wziąć w nim udział, i wyrazić przekonanie, że nasz Kongres będzie udanym przedsięwzięciem naukowym i że być może za 2–3 lata go powtórzymy.

Dziękuję za uwagę.

Stanisław Sołtysiński¹

O systemowej doniosłości prawa antymonopolowego. Refleksje w ćwierć wieku po utworzeniu UOKiK²

1. Utworzony w 1990 r. Urząd Ochrony Konkurencji, przekształcony później w Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, stanowił ważny organ Trzeciej Rzeczypospolitej, któremu powierzono funkcje ustrojowej przebudowy gospodarki kontrolowanej przez państwo w system wolnorynkowy. Próby ograniczenia monopolu państwowych i wprowadzenia elementów wolnej konkurencji nie odegrały większej roli przed 1989 r., chociaż warto wspomnieć ustawę z 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej. W myśl art. 1 tej ustawy prowadzenie działalności gospodarczej było dozwolone każdemu na równych prawach, z zachowaniem wymogów określonych przepisami prawa. Ta istotna proklamacja swobody podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej nie odegrała jednak istotnej roli w praktyce gospodarczej przed reformami L. Balcerowicza. Ustawa nie zawierała również regulacji antymonopolowej³. Nowo utworzony urząd przygotował w krótkim czasie ustawę o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym z dnia 24 lutego 1990 r.⁴ oraz ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r.⁵ Pracami nad obu ustawami kierowała prof. dr hab. A. Fornalczyk, która została pierwszym prezesem urzędu antymonopolowego. Nowej pani prezes udało się

¹ Stanisław Sołtysiński – profesor doktor habilitowany nauk prawnych; założyciel, a obecnie doradca Spółki Komandytowej „Sołtysiński, Kawecki i Szlęzak” Doradcy Prawni.

² Wypowiedź z 14 kwietnia 2015 r. z okazji 25-lecia utworzenia Urzędu ds. Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozszerzona o przypisy i kilka uzupełnień wątków, które poruszyłem krótko podczas konferencji.

³ Przykładem monopolu branżowych regulowanych przez prawo był np. monopol handlu zagranicznego. Poszczególne przedsiębiorstwa handlu zagranicznego posiadały wyłączność w określonych dziedzinach importu lub eksportu. Uzyskanie koncesji na eksport towarów rolniczych przez Fundację Rozwoju Rolnictwa, założoną przez Fundację Rockefellera i Forda w 1987 r., było traktowane jako istotne ustępstwo natury politycznej. Fundacja ta przestała odgrywać istotną rolę wkrótce po 1989 r. W następstwie zniesienia monopolu handlu zagranicznego utraciła ona bowiem uprzywilejowaną pozycję jako eksporter szynki na rynek amerykański.

⁴ Ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz. U. z 1991 r. Nr 89, poz. 403).

⁵ 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.).

pozyskać współpracę wielu prawników i ekonomistów. Obok uczestniczącego w dzisiejszej uroczystości prof. T. Skocznego, pamiętam z owych czasów udział znanych ekonomistów i prawników, profesorów M. Kępińskiego, W. Modzelewskiego, C. Józefiaka i J. Szwai (głównego autora projektu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Pani Prezes A. Fornalczyk udało się również zgromadzić kompetentny zespół urzędników UOKiK. Anna Fornalczyk należy do grupy pionierów reformy lat 90., którzy kierowali najważniejszymi organami administracji i urzędami nadzoru nad gospodarką w okresie reform prowadzonych przez rząd T. Mazowieckiego. Sukces tych przeobrażeń zawdzięczamy m.in. szczęśliwej obsadzie personalnej kierownictwa resortów gospodarczych, urzędu antymonopolowego, Narodowego Banku Polskiego, Warszawskiej Giełdy i nadzorującej ją Komisji Papierów Wartościowych. Osoby te uczestniczyły także w negocjacjach z Unią Europejską w sprawie ustanowienia stowarzyszenia między Polską a Wspólnotami Europejskimi, które zostało podpisane 16 grudnia 1991 r.⁶ Układ ten nakładał na Polskę obowiązek zbliżenia naszego ustawodawstwa do regulacji, które obowiązywały we Wspólnotach Europejskich, w tym także w zakresie konkurencji.

Podczas rocznicowej konferencji pragnę wspomnieć o zdarzeniu ilustrującym brukselskie negocjacje, podczas których nie brakowało trudnych problemów. Nasi europejscy partnerzy nalegali, aby trzej pierwsi kandydaci naszego regionu (Polska, Węgry i Czechosłowacja) otworzyli bezzwłocznie swoje rynki dla usług finansowych, swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu kapitałów, w tym również zapewnili inwestorom repatriację zysków w wymiennych walutach. Oczekiwali jednocześnie ochrony swoich wrażliwych sektorów, takich jak przewozy morskie i lądowe, swoboda przepływu pracowników i świadczenia usług. Domagali się również jak najszybszej ochrony przez państwa stowarzyszone własności intelektualnej na poziomie obowiązującym w Unii Europejskiej, a jednocześnie nie przyznawali nam korzystania z tzw. paralelnego importu (tzn. swobody importu towarów chronionych przez patenty i inne prawa własności intelektualnej, z tego państwa UE, na którym można było je nabyć po najtańszej cenie, w myśl zasady wyczerpania tych praw z chwilą ich legalnego wprowadzenia do obrotu⁷).

Pani Prezes A. Fornalczyk była jednym z nielicznych członków kierownictwa polskiej delegacji podczas negocjacji stowarzyszeniowych, która rozumiała konsekwencje gospodarcze silnej ochrony własności intelektualnej bez zabezpieczeń swobód konkurencji, które obowiązywały w Unii Europejskiej. Rozumiała także następstwa selektywnego otwarcia unijnych rynków zbytu dla naszych towarów i usług. Aby wyjaśnić polski punkt widzenia, Pani Prezes umówiła nas na spotkanie z L. Brittainem, unijnym komisarzem, który nadzorował m.in. sprawy konkurencji. Podczas spotkania komisarz zapytał mnie, dlaczego obawiam się szybkiego wprowadzenia silnej ochrony własności inte-

⁶ Układ stowarzyszeniowy wszedł w życie 1 lutego 1994 r.

⁷ Zasada swobody paralelnego importu obowiązuje nadal w handlu transgranicznym tylko między państwami UE i ma na celu zapobieżenie podziałom rynków zbytu przy wykorzystaniu odrębnych praw własności intelektualnej przyznanych właścicielowi patentu lub prawa z rejestracji znaku towarowego w poszczególnych państwach jednolitego rynku Unii.

lektualnej. Odpowiedziałem, że Unia oczekuje otwarcia polskiego rynku i pełnej ochrony w dziedzinach, w których ma zdecydowaną przewagę komparatywną (np. w usługach finansowych, własności intelektualnej i przepływach kapitału), natomiast opóźnia otwarcie swoich rynków w istotnych dla nas dziedzinach, a jeśli chodzi o własność intelektualną, to odmawia nam zabezpieczeń swobody konkurencji, które obowiązują w UE (wspomniałem m.in. o braku zgody na paralelny import, co oznaczało zgodę na podział rynków krajowych państw stowarzyszonych za pomocą patentów i innych praw własności intelektualnej). Ostatecznie UE zgodziła się jedynie na wspólną deklarację dołączoną do traktatu stowarzyszeniowego, w której strony zobowiązały się analizować praktyki ograniczające konkurencję w handlu między Unią a państwem stowarzyszonym. Ponadto traktat pozwalał nam na utrzymanie przez pewien okres cel w celu ochrony polskich producentów stali i rafinerii⁸.

2. Przypominając o sporach dotyczących ochrony własności intelektualnej podczas negocjacji Układu Stowarzyszeniowego z UE, korzystam z okazji, aby zwrócić uwagę na naturalny i stały konflikt między regulacjami wspierającymi konkurencję oraz prawem własności intelektualnej, które przyznaje ograniczone w czasie prawa wyłączności. Patenty, prawa autorskie i ochronne na wzory przemysłowe prowadzą do ustanowienia monopolu bądź przynajmniej uprzywilejowanej pozycji rynkowej właścicieli tych praw podmiotowych. Koegzystencja reguł konkurencji i praw własności intelektualnej jest trudna m.in. dlatego, że obok nierozstrzygniętego dylematu, czy korzyści społeczne związane z nagradzaniem twórców i inwestorów w dziedzinie innowacji przewyższają koszty ograniczeń konkurencji, ustawodawcy i sądy wytyczają ciągle granice domeny publicznej i sfery własności intelektualnej. Organy antymonopolowe rozstrzygają stale konflikty między właścicielami tych praw a ich konkurentami, a także decydują o tym, czy praktyki właścicieli patentów i praw autorskich stanowią dopuszczalne akty wykonywania tych praw podmiotowych, czy też stanowią naruszenie prawa konkurencji. Ów zrozumiały konflikt powoduje, że obserwujemy okresy wzmożonej aktywności organów antymonopolowych, jak również lata linii orzeczniczej promującej własność intelektualną przy równoczesnym osłabieniu wigoru polityki antytrustowej. Tytułem przykładu po kryzysie lat 30., aż do połowy lat 70. ubiegłego stulecia, amerykańskie organy antymonopolowe i sądy zwalczały energicznie liczne restrykcyjne praktyki właścicieli patentów, a także rosła lista deliktów antymonopolowych uznawanych za *per se* naruszenia prawa konkurencji. Na przełomie lat 70. i 80. nastąpił z kolei radykalny zwrot tej polityki gospodarczej, uzasadniany interesami Stanów Zjednoczonych jako niekwestionowanego lidera w dziedzinie innowacji oraz argumentami większości przedstawicieli szkoły chicagowskiej, którzy byli zwolennikami zwiększenia zakresu prywatyzacji niemal wszystkich form twórczości intelektualnej i ograniczenia domeny publicznej.

Aktywną politykę zwalczania praktyk restrykcyjnych stosowanych przez właścicieli praw własności intelektualnej prowadziła także Komisja Europejska

⁸ Rafinerie w Gdańsku i Płocku wykorzystwały te okresy na modernizację swoich firm, natomiast z szans tych nie skorzystali efektywnie polscy producenci wyrobów stalowych.

przynajmniej do połowy lat 90.⁹ Przez następne kilkanaście lat zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i UE przewagę utrzymywał obóz własności intelektualnej (*intellectual property fortress*). Przedłużono znacznie czas ochrony praw autorskich i praw pokrewnych, wprowadzono nowe postacie takich praw oraz zaostrzono sankcje cywilne i karne z tytułu ich naruszenia. Dopiero w ostatnich latach narasta krytyka tej tendencji, a w judykaturze amerykańskiej nastąpił istotny zwrot w kierunku łagodzenia sankcji z tytułu naruszenia własności przemysłowej i ograniczenia praktyk monopolistycznych przy wykorzystaniu praw własności intelektualnej. W szczególności dotyczy to podziału rynków międzynarodowych oraz ograniczenia zdolności patentowej software i komórek istniejących w przyrodzie¹⁰.

Wspomniałem już, że o złagodzeniu energicznej polityki antytrustowej wobec własności intelektualnej w Stanach Zjednoczonych zadecydowały w dużej mierze strategiczne interesy gospodarcze tego państwa. Konflikt między interesami kilku najbardziej innowacyjnych gospodarek a pozostałymi państwami jest tak widoczny, że wielu czołowych ekonomistów i znawców prawa własności intelektualnej postuluje dziś potrzebę zapewnienia większego marginesu suwerenności ustawodawczej w tej dziedzinie innym państwom, zwłaszcza gospodarkom krajów rozwijających się¹¹.

Na przestrzeni ostatniego ćwierćwiecza UOKiK zanotował znaczne sukcesy na polu poszerzania i umacniania konkurencji. Warto jednak zauważyć niemal zupełny brak istotnych orzeczeń wytyczających granice między swobodą konkurencji a prawem własności intelektualnej, mimo że polskie przedsiębiorstwa są w znakomitej większości importerami innowacji. Uprzywilejowany status własności intelektualnej w prawie polskim ilustruje także art. 2 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.), który stanowi, że „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”. Wprawdzie ust. 2 tego artykułu nie rozciąga swoistego immunitetu własności intelektualnej na umowy licencyjne i inne podobne kontrakty między przedsiębiorcami, lecz językowa wykładnia powołanych przepisów prowadzi do wniosku, że wykonywanie praw własności intelektualnej pozostaje w zasadzie poza zakresem regulacji prawa antymonopolowego, wyjąwszy umowy, o których mowa w art. 2 ust. 2 tej ustawy. Tymczasem skala konfliktu między prawem antytrustowym i własnością intelektualną jest znacznie szersza. Wy-

⁹ Jeszcze w 1995 r. Trybunał Europejski podzielił stanowisko Komisji Europejskiej w sprawie *Magill*, aprobując zarzut nadużycia dominującej pozycji przez właściciela praw autorskich. *Magill* (1995), *All English Reports* (European Court), s. 416.

¹⁰ Por. szerzej S. Sołtyński, *The Patent Reform Act and Recent US Supreme Court Decisions – A Correction of the Intellectual Property Policies* (w:) *Patents and Technological Progress in Globalized World*, red. W. Prinzpu Waldeck und Pymont, Munich-Washington, s. 853 i n.; tenże, *O niektórych aspektach ochrony własności intelektualnej i szansach poprawy innowacyjności polskiej gospodarki. Refleksje agnostyka*, ZNUJ 2014, z. 4, s. 160 i n.

¹¹ Zob. *Declaration on Patent Protection Regulatory Sovereignty under TRIPS*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper Series, Research Paper No 14–19, s. 1 i n.

starczy wspomnieć zakazy monopolizacji patentów, koncepcję nadużycia własności intelektualnej (*patent misuse*), nieuprawnioną odmowę udzielenia licencji, bezprawne zakazy paralelnego importu i wyczerpanie praw własności intelektualnej. Wspomniane instytucje powodują istotne ograniczenia tych praw podmiotowych w prawie amerykańskim i Unii Europejskiej w celu promowania konkurencji oraz zmniejszenia kosztów społecznych praw wyłączności. Dlatego przepisy art. 2 ustawy antymonopolowej zakreślają zbyt szeroko granice tej swoistej „bezpiecznej przystani”, chroniącej własność intelektualną.

Z aprobatą należy odnieść się również do deklaracji nowego kierownictwa UOKiK o potrzebie wzmożenia ochrony konsumenta. Zapowiedzi te są spójne z deklaracjami sterników organów regulacyjnych w Stanach Zjednoczonych i Unii Europejskiej po doświadczeniach kryzysu finansowego lat 2008–2009. Należy mieć jednak na uwadze, że istnieje również ryzyko zbyt szczegółowej regulacji i nadmiernej ingerencji w sferę wolności umów. Zamiast zbyt szczegółowych regulacji zarówno regulatorzy rynku, jak i sędziowie powinni kierować się częściej zasadą rozsądku.

Literatura

- Sołtysiński S., *O niektórych aspektach ochrony własności intelektualnej i szansach poprawy innowacyjności polskiej gospodarki. Refleksje agnostyka*, ZNUJ 2014, z. 4
- Sołtysiński S., *The Patent Reform Act and Recent US Supreme Court Decisions – A Correction of the Intellectual Property Policies* (w:) *Patents and Technological Progress in Globalized World*, red. W. Prinz, W. Waldeck und Pyrmont, Munich–Washington

Maciej Szpunar¹

***Private enforcement* a prawo prywatne międzynarodowe**

Chciałbym serdecznie podziękować za zaproszenie mnie na dzisiejszy Pierwszy Polski Kongres Prawa Konkurencji. Bardzo się cieszę, że mogę przedstawić kilka swoich refleksji, które z pewnością będą przedmiotem dyskusji w trakcie dalszych debat kongresu. Nie ukrywam, że oczekiwano ode mnie przedstawienia refleksji odnoszących się do judykatury Trybunału Sprawiedliwości. Nikt przecież nie ma wątpliwości – i nie mówię tego z uwagi na pełnioną funkcję – że to przede wszystkim Trybunał Sprawiedliwości kształtuje oblicze prawa konkurencji nie tylko w prawie Unii, lecz także w państwach członkowskich. Początkowo chciałem poświęcić swoje wystąpienie omówieniu najnowszego orzecznictwa Trybunału w odniesieniu do poszczególnych aspektów prawa konkurencji. Zobaczywszy jednak tematykę poszczególnych referatów, zdałem sobie sprawę, że nie powiedziałbym wówczas niczego nowego. Wśród tematów poszczególnych wystąpień są niemal wszystkie zagadnienia, którymi w ostatnich latach zajmowały się organy sądowe Unii Europejskiej.

1. Uwagi wprowadzające

Wybrałem zagadnienie na pozór niszowe: *private enforcement* a prawo prywatne międzynarodowe. Wybrałem je z trzech powodów. Po pierwsze, ma ono duży wymiar praktyczny. Świadczy o tym przede wszystkim wyrok Trybunału wydany w dniu 21 maja br. w sprawie C-352/13, Cartel Damage Claims (CDC), do którego będę się często odwoływał. Po drugie, zagadnienie to wpisuje się w aktualnie toczącą się dyskusję o implementacji dyrektywy 2014/104 w sprawie dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji. Termin implementacji tej dyrektywy upływa 27 grudnia 2016 r. Mimo że sama dyrektywa 2014/104 nie dotyczy zagadnień kolizyjnych, to jednak implementując dyrektywę 2014/104, polski ustawodawca będzie musiał

¹ Maciej Szpunar – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Śląskiego; rzecznik generalny Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

uwzględnić również aspekty transgraniczne tej problematyki. Po trzecie wreszcie, jest to zagadnienie zbieżne z moim doświadczeniem akademickim. Mam na myśli oczywiście prawo prywatne międzynarodowe.

Zacznę swoje wystąpienie od przypomnienia dwóch oczywistych kwestii.

Po pierwsze, zgodnie z utrwalonym już orzecnictwem, które bez wątpienia stanowiło inspirację dla dyrektywy 2014/104, naruszenie unijnego prawa konkurencji może prowadzić do powstania roszczenia odszkodowawczego. W wyrokach w sprawach *Courage* (C-453/99, pkt 26-27), *Manfredi* (C-295/04 to C-298/04, pkt 60) i *Otis* (C-199/11, pkt 41-42) Trybunał stwierdził:

„Pełna skuteczność art. (101 TFUE – wówczas jeszcze 85 WE) i w szczególności skuteczność (*effet utile*) zakazu ustanowionego w jego ust. 1 zostałyby zakwestionowane, gdyby każda osoba nie mogła żądać naprawienia szkody, która została jej wyrządzona przez umowę lub zachowanie mogące ograniczyć lub zakłócić konkurencję.

Takie uprawnienie umacnia bowiem funkcjonowanie przepisów (prawa Unii) dotyczących konkurencji i zniechęca do – często ukrytych – porozumień i praktyk mogących ograniczyć lub zakłócić konkurencję. Z tego punktu widzenia skargi o odszkodowanie przed sądami krajowymi mogą przyczynić się w znaczący sposób do utrzymania skutecznej konkurencji w Unii”.

Po drugie, z uwagi na istnienie rynku wewnętrznego, naruszenia prawa konkurencji mają dość często wymiar transgraniczny. Już na pewno można powiedzieć, że poważne naruszenia prawa konkurencji – z udziałem dużych podmiotów gospodarczych – mają najczęściej wymiar transgraniczny. Skutki terytorialne takich naruszeń nie ograniczają się do rynku jednego państwa członkowskiego, a dość często dotyczą także rynków państw trzecich.

2. Transgraniczne aspekty publicznoprawnego wykonywania prawa konkurencji

Aby lepiej zilustrować omawianą problematykę, pozwolę sobie w pierwszej kolejności odnieść się do transgranicznych aspektów publicznoprawnego wykonywania prawa konkurencji.

W przypadku publicznoprawnego wykonywania prawa konkurencji sprawa jest w miarę prosta. Stosowanie prawa publicznego jest oparte na zasadzie terytorializmu. Organy administracyjne stosują prawo konkurencji w odniesieniu do działań antykonkurencyjnych odpowiednio powiązanych ze swoim terytorium. Nie stosują one prawa obcego. Właściwość organu, jego jurysdykcja, są równoznaczne ze stosowaniem własnego prawa konkurencji (*lex fori*)². Oczywiście problemem pozostaje określenie tego, w jaki sposób ustalić owo „powiązanie”.

² W przypadku organów administracyjnych i sądów państw członkowskich Unii oznacza to stosowanie krajowego prawa konkurencji lub prawa Unii (art. 101 i 102 TFUE) – zob. art. 3 i 5 rozporządzenia nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [101] i [102] Traktatu.

W znany wyrok w sprawie *Wood Pulp*³, pochodzącym jeszcze z lat dziewięćdziesiątych, Trybunał orzekł, że organy ówczesnej Wspólnoty Europejskiej są właściwe, jeżeli porozumienie o charakterze antykonkurencyjnym jest wykonywane (*implemented*) na rynku wewnętrznym (pkt 12, 16)⁴. Przypomnijmy, że chodziło o kartel, którego uczestnikami były wyłącznie przedsiębiorstwa z państw trzecich (USA, Kanada, Szwecja i Finlandia). Dla Trybunału nie miało znaczenia, w których państwach porozumienie antykonkurencyjne zostało zawarte/uzgodnione. Znaczenie miało jedynie to, czy było ono wykonywane na rynku wewnętrznym.

Stanowisko przyjęte przez Trybunał w wyroku w sprawie *Wood Pulp* odbiega od kryteriów, które przyjmuje się w orzecznictwie amerykańskim. Tamtejsze orzecznictwo odwołuje się do kryterium bezpośredniego i istotnego wpływu działań antykonkurencyjnych na rynek amerykański (*direct and substantial effect in the US*). Warto podkreślić, że zastosowanie tego rodzaju kryterium sugerował rzecznik generalny M. Darmon w opinii do powołanej wyżej sprawy *Wood Pulp*⁵.

W najnowszym orzecznictwie widoczna jest pewna modyfikacja, czy może lepiej powiedzieć – „doprecyzowanie”, kryteriów określających terytorialne stosowanie unijnego prawa konkurencji. W wyroku w sprawie *Gencor* (T-102/96) Sąd UE, odnośnie do kontroli koncentracji, orzekł, że jurysdykcja organów unijnych istnieje wówczas, jeżeli można przewidzieć, że koncentracja będzie miała bezpośredni i istotny skutek w UE (pkt 90). Z kolei w wyroku w sprawie *Intel* (T-286/09), Sąd UE sformułował dwie alternatywne przesłanki. Aby uzasadnić jurysdykcję Komisji, należy ustalić, że praktyka antykonkurencyjna wywarła kwalifikowane skutki w UE lub że była implementowana w UE (pkt 244).

Kwestia ta jest przedmiotem toczącego się przed Trybunałem postępowania odwoławczego w sprawie *Intel* (C-413/14 P)⁶. Warto również śledzić postępowania odwoławcze w sprawach *Toshiba* (C-373/14 P) oraz *Innolux* (C-231/14 P). W tej ostatniej sprawie Trybunał potwierdził możliwość uwzględnienia wartości sprzedaży towarów, której wielkość była jedynie pośrednio związana z geograficznym oraz przedmiotowym zakresem działania kartelu.

³ Wyrok w sprawach połączonych C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 oraz od C-125/85 do C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö i in. v. Komisja*.

⁴ It should be noted that the main sources of supply of wood pulp are outside the Community, in Canada, the United States, Sweden and Finland and that the market therefore has global dimensions. Where wood pulp producers established in those countries (outside the Community) sell directly to purchasers established in the Community and engage in price competition in order to win orders from those customers, that constitutes competition within the common market.

It should be observed that an infringement of Article 85, such as the conclusion of an agreement which has had the effect of restricting competition within the common market, consists of conduct made up of two elements, the formation of the agreement, decision or concerted practice and the implementation thereof. If the applicability of prohibitions laid down under competition law were made to depend on the place where the agreement, decision or concerted practice was formed, the result would obviously be to give undertakings an easy means of evading those prohibitions. The decisive factor is therefore the place where it is implemented.

⁵ Opinia z 25 maja 1988 r., pkt 47 i n.

⁶ W części dotyczącej porozumień pomiędzy Intel a Lenovo co do sprzedaży mikroprocesorów (CPU), które były montowane do komputerów produkowanych przez Lenovo w Chinach.

Chodziło w niej o sprzedaż na obszarze EOG wyrobów gotowych zawierających produkty objęte kartelem, jeżeli produkty te były przedmiotem sprzedaży poza obszarem EOG, w ramach zintegrowanych pionowo przedsiębiorstw⁷.

Pomimo przedstawionych trudności kwestia jurysdykcji terytorialnej unijnych organów ochrony konkurencji nie powoduje wątpliwości o charakterze fundamentalnym. Sprawa przedstawia się zupełnie inaczej – o czym sami Państwo się przekonają – gdy chodzi to tzw. *private enforcement*.

3. Transgraniczne aspekty *private enforcement*

Zagadnienie jest oczywiście niezwykle skomplikowane. Z tego też względu w swoim krótkim wystąpieniu będę mógł jedynie je zarysować, odnosząc się przede wszystkim do wyroku w sprawie CDC⁸. Mam nadzieję, że w ten sposób wskażę na problemy, przed którymi staje nie tylko Trybunał Sprawiedliwości, lecz także sądy państw członkowskich, a być może także trybunały arbitrażowe.

Wątpliwości, jakie wiążą się z transgranicznymi aspektami *private enforcement* dotyczą zasadniczo dwóch zagadnień:

- 1) przed jaki sąd należy pozwać sprawcę szkody (przedsiębiorstwo, które naruszyło prawo konkurencji);
- 2) wedle jakiego prawa sąd będzie rozpoznawał sprawę.

3.1. Właściwość sądu

Kwestia właściwości sądu znajduje się oczywiście poza zakresem dyrektywy 2014/104. W Unii Europejskiej kwestia właściwości terytorialnej sądów jest uregulowana w rozporządzeniu Bruksela I 44/2001 (a obecnie, do pozwów wniesionych po 10 stycznia 2015 r., Bruksela I bis – rozporządzenie nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych).

Pierwsza rzecz, na którą należy zwrócić w omawianym kontekście uwagę, to specyfika roszczeń odszkodowawczych wynikających z naruszenia prawa konkurencji, przede wszystkim w postaci kartelu.

- W tego rodzaju postępowaniach mamy do czynienia z odpowiedzialnością odszkodowawczą kilku sprawców czynu, których odpowiedzialność jest najczęściej solidarna. Odpowiedzialność solidarną podmiotów, które naruszyły prawo konkurencji w wyniku wspólnych działań, przewiduje także art. 11 dyrektywy 2014/104.
- Naruszenie prawa konkurencji jest wynikiem realizacji wspólnego uzgodnienia przez poszczególnych uczestników kartelu. Wykonywanie tego porozumienia ma najczęściej miejsce w różnych państwach.
- Postępowania odszkodowawcze z tytułu naruszenia prawa konkurencji w postaci kartelu charakteryzują się dużą liczbą osób poszkodowanych.

⁷ Zob. wyrok TSUE z dnia 9 lipca 2015 r. w sprawie C-231/14 P, Innolux p. Komisji, pkt 54 i n.

⁸ Wyrok TSUE z dnia 21 maja 2015 r. w sprawie C-352/13.

Poszkodowanymi są przedsiębiorstwa i inne podmioty, które mogą znajdować się na różnych poziomach łańcucha transakcji. Poszkodowanymi mogą być zarówno bezpośredni klienci, nabywcy pośredni, jak i konsumenci.

- W celu efektywnego dochodzenia roszczeń odszkodowawczych konieczne może okazać się zgrupowanie poszczególnych powództw. Chodzi tu przede wszystkim o wykorzystanie takiego instrumentu procesowego, jakim są pozwy zbiorowe. Innym sposobem zwiększenia efektywności dochodzenia tego rodzaju roszczeń jest nabycie przez jeden podmiot roszczeń, które przysługują poszczególnym poszkodowanym. Dla przykładu, w sprawie CDC mieliśmy do czynienia z 32 poszkodowanymi, którzy razem ponieśli szkodę na rynkach 13 państw na skutek kartelu, w którym uczestniczyło 7 przedsiębiorstw.

Rozporządzenie Bruksela I przewiduje ogólną właściwość sądów państwa, w którym miejsce zamieszkania lub siedzibę ma strona pozwana. Wiemy jednak wszyscy, że miejsce siedziby nie zawsze pokrywa się z miejscem prowadzenia działalności rynkowej przedsiębiorstwa.

W świetle art. 5 pkt 3 Brukseli I, jeżeli przedmiotem postępowania jest czyn niedozwolony lub czyn podobny do czynu niedozwolonego albo roszczenia wynikające z takiego czynu, powód może wytoczyć powództwo przed sąd miejsca, gdzie nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę.

Wkraczamy tym samym w kwestię, czym jest zdarzenie wywołujące szkodę w przypadku szkody wynikłej z naruszenia prawa konkurencji. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Trybunału dotyczącym wykładni omawianego przepisu, pojęcie to obejmuje zarówno miejsce, w którym nastąpiło zdarzenie powodujące szkodę, jak i miejsce, w którym szkoda się zmaterializowała.

Jeżeli zadamy sobie pytanie, jak określić miejsce zdarzenia powodującego szkodę w przypadku naruszenia reguł konkurencji, to sprawa nie jest oczywista, szczególnie gdy chodzi o kartele. Czy będzie to miejsce, w którym porozumienie pomiędzy poszczególnymi uczestnikami kartelu zostało uzgodnione? Często będzie to miejsce przypadkowe, np. Sessele. Czy będzie to miejsce, w którym uzgodnienie to jest wykonywane (implementowane)? Jeśli tak, to należy pamiętać, że każdy z uczestników kartelu wykonuje owo porozumienie na innym rynku.

W wyroku w sprawie CDC Trybunał opowiedział się na rzecz tej pierwszej ewentualności. W punkcie 43 stwierdzono, że zdarzenie powodujące powstanie szkody polega nie na ewentualnym naruszeniu zobowiązań umownych, lecz na ograniczeniu swobody umów przez ten kartel w taki sposób, że ograniczenie to czyni dla kupującego niemożliwym zaopatrzenie się w towary po cenie ustalonej zgodnie z prawami rynku. Zdaniem Trybunału miejsce, w którym nastąpiło zdarzenie powodujące powstanie szkody polegającej na zapłacie zawyżonej ceny, do której to zapłaty kupujący jest zmuszony z powodu zafałszowania przez kartel ceny na rynku, może zostać zidentyfikowane, w ujęciu abstrakcyjnym, jako miejsce zawarcia wspomnianego kartelu (pkt 44). Trybunał miał świadomość, że nie zawsze miejsce to będzie możliwe do zidentyfikowania.

Z kolei miejsce powstania (zmaterializowania się) szkody wydaje się łatwiejsze do ustalenia, choć też oczywiście nie jest pozbawiane kontrowersji. Nie

zawsze miejsce siedziby poszkodowanego jest tożsame z rynkiem, na którym poszkodowany prowadzi działalność⁹. Nie jest również oczywiste, czy szkoda materializuje się na danym rynku, czy też bierzemy pod uwagę lokalizację majątku poszkodowanego. Wyobraźmy sobie banalny przykład: polski piekarz z Bielska-Białej (jako jedyny polski przedsiębiorca) zaopatruje się w mąkę w Czechach, gdzie ceny mąki były zawyżone na skutek kartelu. Czy zmaterializowanie się szkody nastąpiło na rynku polskim czy czeskim i w związku z tym sądy którego państwa są właściwe?

W wyroku w sprawie CDC Trybunał stanął na stanowisku, że miejsce wystąpienia szkody można zidentyfikować jedynie w odniesieniu do każdego uważającego się za poszkodowanego z osobna i **co do zasady** – (wyróżnienie MS) będzie nim siedziba danego przedsiębiorstwa (pkt 52).

Gdybym miał pokusić się o dokonanie oceny rozstrzygnięcia Trybunału w tym zakresie, to bez wątpienia należy podzielić pogląd dotyczący określenia miejsca wystąpienia szkody. Słusznie Trybunał zauważa, że miejscem poniesienia szkody będzie najczęściej siedziba poszkodowanego. Trzeba jednak pamiętać, że możemy mieć do czynienia również z takimi stanami faktycznym, w których tego rodzaju zbieżność nie będzie zachodziła. Podany wyżej przykład piekarza z Bielska-Białej świadczy o tym, że przedsiębiorca mający siedzibę w jednym państwie członkowskim może ponieść szkodę, która zmaterializuje się w innym państwie. Nie mam wątpliwości, że jeżeli kartel nie był wykonywany na polskim rynku, to sam fakt posiadania siedziby w Polsce nie może przesądzać o tym, że szkoda wynikająca z tego kartelu wystąpiła w Polsce.

Nie do końca podzielam natomiast pogląd Trybunału, że miejscem, w którym nastąpiło zdarzenie powodujące szkodę, jest miejsce zawarcia kartelu. Trybunał przyznaje, że miejsce to jest w wielu przypadkach trudne do zidentyfikowania¹⁰. Dodałbym, że nawet jeżeli można by je zidentyfikować, to i tak miejsce to jest często czysto przypadkowe i może nie wykazywać jakiegokolwiek związku z ewentualnym postępowaniem sądowym (np. pole golfowe w państwie, w którym żaden z uczestników kartelu nie ma ani siedziby, ani nie prowadzi działalności rynkowej). Pamiętajmy, że wszystkie łączniki jurysdykcyjne zamieszczone w rozporządzeniu Bruksela I oparte są na założeniu, że istnieje związek pomiędzy siedzibą sądu właściwego a wymogami przeprowadzenia prawidłowego i efektywnego postępowania sądowego.

Moja wątpliwość dotyczy tego, czy w ogóle miejsce zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję można traktować jako miejsce powstania szkody. Nie do końca zasadne jest moim zdaniem analizowanie porozumienia ograniczającego konkurencję wedle podobnych kryteriów, którymi posługujemy się przy ocenie zawarcia umowy w prawie cywilnym. Nie chodzi tu przecież o ocenę, czy strony do czegoś się zobowiązały i doprowadziły do powstania stosunku prawnego w postaci umowy, lecz o ocenę, czy ich zachowania rynkowe były w jakikolwiek sposób skoordynowane. Czy zatem ustalając miejsce zdarzenia

⁹ L. Idot, *Choisir sa loi et son juge: Quelles possibilités?*, Concurrences No 3-2014, s. 22.

¹⁰ Warto zauważyć, że rzecznik generalny Jääskinen w opinii do tej sprawy z dnia 11 grudnia 2014 r. sugerował, aby całkiem wykluczyć możliwość stosowania art. 5 pkt 3 Brukseli I w odniesieniu do roszczeń o wynagrodzenie szkód wynikłych z kartelu, gdyż miejsca „nastąpienia zdarzenia wywołującego szkodę” nie da się ustalić (pkt 52).

powodującego szkodę, nie lepiej odnieść się do miejsca wykonywania tego porozumienia, rozumianego jako miejsce podejmowania działań rynkowych, które stanowią realizację uzgodnień antykonkurencyjnych? Przy takim założeniu miejscem powstania szkody byłby rynek, na którym działa przedsiębiorstwo uczestniczące w kartelu. W ten sposób łącznik służący wskazaniu jurysdykcji byłby oparty na podobnych przesłankach co łącznik służący wskazaniu prawa właściwego w świetle art. 6 ust. 3 rozporządzenia Rzym II.

Rozróżnienie łączników jurysdykcyjnych na miejsce, w którym nastąpiło zdarzenie powodujące szkodę, oraz miejsce, w którym szkoda się zmaterializowała, ma bardzo istotne znaczenie praktyczne. W świetle utrwalonego już orzecznictwa Trybunału (wyroki w sprawach *Shevill* oraz *eDate*), miejsce wystąpienia zdarzenia powodującego szkodę jest traktowane inaczej niż miejsce zmaterializowania się szkody. Sądy państwa, w którym nastąpiło zdarzenie powodujące szkodę, są właściwe do rozpoznania roszczeń co do całości poniesionej szkody. Tymczasem sądy państwa, w którym nastąpiła materializacja szkody, są właściwe jedynie do rozpoznania roszczeń w odniesieniu do szkody poniesionej w tym państwie.

W moim przekonaniu, jeżeli przyjąć – tak jak czyni to Trybunał w wyroku w sprawie CDC – że miejsce zdarzenia powodującego szkodę jest często niemożliwe do zidentyfikowania, to ograniczylibyśmy możliwość, aby na podstawie art. 5 pkt 3 Brukseli I wskazać sąd, który byłby właściwy do rozpoznania sprawy w odniesieniu do szkody poniesionej w kilku państwach. Znamienny jest w tym kontekście pkt 54 wyroku, w którym Trybunał stwierdza, że sąd miejsca siedziby przedsiębiorstwa poszkodowanego – jako miejsca materializacji szkody – jest właściwy „w odniesieniu do całej szkody spowodowanej u tego przedsiębiorstwa”. Trudno jednoznacznie przesądzić, czy dotyczy to także szkody poniesionej przez to przedsiębiorstwo na rynkach innych państw. W wyroku tym nie odnajdujemy bezpośredniego odniesienia do orzecznictwa *Shevill* i *eDate*.

Osobnym zagadnieniem wymagającym rozważenia, a niezwykle istotnym z praktycznego punktu widzenia, jest kwestia możliwości pozwania kilku pozwanych, których odpowiedzialność może być solidarna, przed tym samym sądem. Dotyczy to przede wszystkim karteli. W tym zakresie z pomocą przychodzi nam art. 6 pkt 1 Brukseli I:

„Jeżeli pozywa się łącznie kilka osób – przed sąd miejsca, w którym ma miejsce zamieszkania jeden z pozwanych, o ile między sprawami istnieje tak ścisła więź, że pożądane jest ich łączne rozpoznanie i rozstrzygnięcie w celu uniknięcia wydania w oddzielnych postępowaniach sprzecznych ze sobą orzeczeń”.

Mówimy zatem o tzw. *anchor defendant*. Poszkodowany lub poszkodowani wybierają jednego pozwanego i przed ten sam sąd pozywają innych uczestników kartelu. W sprawie CDC sytuacja była o tyle skomplikowana, że owym *anchor defendant* była spółka niemiecka. Przed sąd niemiecki pozwano również wszystkich innych pozwanych, a następnie powód zawarł ugodę ze spółką niemiecką. Czy sąd niemiecki nadal pozostaje właściwy?

W wyroku w sprawie CDC Trybunał słusznie zauważył, że zawarcie ugody w toku postępowania nie wpływa na jurysdykcję sądu, gdyż istniała ona

w momencie wniesienia pozwu. Nie dotyczy to jedynie tych sytuacji, w których „zostanie stwierdzone, iż pomiędzy powodem i wspomnianym współpozwanym w chwili wniesienia pozwu istniała zmowa mająca na celu sztuczne spowodowanie spełnienia przesłanek stosowania owego przepisu (art. 6 ust. 1), względnie sztuczne utrzymanie stanu ich spełnienia” (pkt 31).

Zupełnie odrębnym zagadnieniem jest to, jaki wpływ na jurysdykcję sądów danego państwa ma fakt istnienia klauzul jurysdykcyjnych. Tego rodzaju klauzule mogą stanowić element umów pomiędzy uczestnikiem kartelu a poszkodowanym klientem. Jeżeli uznać by, że roszczenia odszkodowawcze z tytułu naruszenia reguł konkurencji są objęte zakresem takich klauzul, to mamy do czynienia z wyłączeniem reguł jurysdykcyjnych wynikających z rozporządzenia Bruksela I.

W wyroku w sprawie CDC Trybunał zwrócił uwagę na fakt, że to do sądu krajowego, przed którym toczy się postępowanie, należy ocena zakresu sporów objętych klauzulą prorogacyjną. Sąd ten powinien jednak uwzględnić, że klauzula odnosząca się w abstrakcyjny sposób do sporów powstających w kontekście stosunków umownych nie obejmuje sporu dotyczącego odpowiedzialności deliktowej, która miałaby zostać uruchomiona na skutek zachowania kontrahenta wynikającego z faktu uczestnictwa w bezprawnym kartelu (pkt 69). Jeżeli jednak sąd ten ustali, że klauzula prorogacyjna obejmuje również spory deliktowe wynikające z naruszenia prawa konkurencji, to powinien on wówczas stwierdzić brak swojej jurysdykcji (pkt 71). Zdaniem Trybunału nie można odmówić uwzględnienia klauzuli prorogacyjnej tylko dlatego, że sąd wskazany w takiej klauzuli nie zagwarantuje w pełni skutecznego stosowania zakazu karteli i nie pozwoli poszkodowanemu przez kartel na uzyskanie naprawienia całej poniesionej przez niego szkody (pkt 63).

Wydaje się, że w wyroku CDC Trybunał ograniczył swoje rozważania do klauzul jurysdykcyjnych na rzecz sądów innego państwa członkowskiego. Świadczy o tym chociażby stwierdzenie z pkt 63 wyroku, że „system środków odwoławczych istniejący w każdym państwie członkowskim i uzupełniony mechanizmem odesłania prejudycjalnego przewidzianego w art. 267 TFUE stanowi dla jednostek wystarczającą gwarancję”. Można zatem uznać, że pytanie dotyczące skuteczności klauzul arbitrażowych oraz klauzul jurysdykcyjnych przewidujących właściwość sądu państwa trzeciego pozostaje nadal otwarte.

3.2. Ustalenie prawa właściwego

Omawiając problematykę prawa właściwego dla roszczeń z tytułu naruszenia prawa konkurencji, należy w pierwszej kolejności wskazać, że nie chodzi tu o ustalenie reguł konkurencji, których naruszenie spowodowało szkodę. Jest to moim zdaniem zagadnienie, które nie powoduje istotnych wątpliwości. Po pierwsze, reguły konkurencji w Unii i w poszczególnych państwach członkowskich są w miarę jednolite. Po drugie, zdecydowana większość przypadków *private enforcement* to tak zwane *follow-on actions*, czyli sytuacje, w których naruszenie reguł konkurencji (czyli przesłanka bezprawności w rozumieniu prawa cywilnego) zostało już stwierdzone przez organ konkurencji. W praktyce tzw.

stand-alone actions (powództwa odszkodowawcze, w których powód domaga się samodzielnego ustalenia naruszenia reguł konkurencji przez sąd) pozostaną raczej rzadkością.

Mówiąc o prawie właściwym, należy mieć na względzie prawo, które będzie określało **przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej**.

Dyrektywa 2014/104 dotyczy tylko niektórych przepisów regulujących problematykę odpowiedzialności odszkodowawczej. Nie ma ona na celu harmonizacji reżimu odpowiedzialności. Nie dotyczy np. ustalania wysokości szkody, pojęcia związku przyczynowego, wpływu winy (rozumianej subiektywnie) na istnienie obowiązku odszkodowawczego lub na jego zakres. Dyrektywa nie dotyczy też większości przepisów prawa procesowego (jedynie niektóre kwestie procesowe są uregulowane w dyrektywie, np. dostęp do dowodów, ale nie np. możliwość zbiorowego dochodzenia roszczeń). Wskazanie prawa właściwego ma zatem – z punktu widzenia poszkodowanego – znaczenie bardzo istotne.

Problematyka prawa właściwego dla roszczeń z tytułu naruszenia prawa konkurencji jest uregulowana w rozporządzeniu 864/2007 (Rzym II) o prawie właściwym dla zobowiązań umownych¹¹.

Otóż w świetle art. 6 ust. 3 pkt a „prawem właściwym dla zobowiązań pozaumownych wynikających z ograniczenia konkurencji jest prawo państwa, na którego rynku praktyki te wywołują skutek lub na którego rynku zachodzi prawdopodobieństwo wywołania przez nie skutku”. Mamy tu zatem do czynienia z wykorzystaniem łącznika oddziaływania na rynek (fr. *la loi du marché affecté*). Łącznik ten kładzie nacisk na miejsce skutku, a nie na miejsce, w którym nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę, czyli np. miejsce, w którym porozumienie ograniczające konkurencję zostało uzgodnione. Trudno nie zauważyć, że ten łącznik jest bardzo zbliżony do terytorialnych przesłanek publiczno-prawnego stosowania prawa konkurencji.

Wątpliwości pojawiają się wówczas, jeżeli poszkodowany poniesie szkodę na kilku rynkach lub jeżeli będziemy mieli do czynienia z podmiotem, który dochodzi roszczeń wielu poszkodowanych, którzy ponieśli szkodę na rynkach różnych państw. Nie ulega wątpliwości, że dojdzie wówczas do rozczłonkowania statutu deliktowego¹². Roszczenia odszkodowawcze będą podlegały prawu państw, na których rynkach została poniesiona szkoda. W takim rozczłonkowaniu statutu (mozaice) praw nie ma nic złego. Moja wątpliwość dotyczy natomiast odpowiedzialności solidarnej. Jak już wspomniałem, taka odpowiedzialność, np. uczestników kartelu, wynika z art. 11 dyrektywy 2014/104. Dużym wyzwaniem dla Trybunału oraz sądów państw członkowskich będzie określenie zasad odpowiedzialności solidarnej, jeżeli poszczególni dłużnicy będą odpowiadali na podstawie różnych systemów prawnych.

¹¹ Por. na ten temat M. Świerczyński (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2015, s. 785 i n.

¹² T. Ackermann, *Antitrust Damages Actions Under the Rome II Regulation* (w:) *Views of European Law from the Mountain*, Bulterman, Hancher, McDonnell and Sevenster (eds.), Kluwer Law International 2009, s. 120.

Niebezpieczeństwom wynikającym ze stosowania kilku praw ma – przynajmniej w części – przeciwdziałać art. 6 ust. 3 pkt b rozporządzenia Rzym II, który stanowi:

„W sytuacji kiedy praktyki te wywołują skutek lub zachodzi prawdopodobieństwo wywołania przez nie skutku na rynku więcej niż jednego państwa osoba dochodząca odszkodowania, wszczynająca postępowanie w sądzie miejsca zamieszkania pozwanego, może zamiast tego oprzeć swoje żądanie na prawie sądu, do którego zwróciła się o rozstrzygnięcie sprawy, pod warunkiem że rynek tego państwa członkowskiego należy do rynków, bezpośrednio i w istotny sposób dotkniętych ograniczeniem konkurencji, z którego to wynika zobowiązanie pozaumowne stanowiące podstawę żądania. Jeżeli postępowanie wszczynane jest na podstawie właściwych przepisów o jurysdykcji przeciwko więcej niż jednemu pozwanemu w tym sądzie, żądanie może być oparte na prawie tego sądu, tylko pod warunkiem że ograniczenie konkurencji, którego dotyczy żądanie wobec każdego z tych pozwanych, bezpośrednio i w istotny sposób wpływa również na rynek państwa członkowskiego tego sądu”.

4. Podsumowanie

Mam nadzieję, że udało mi się przedstawić Państwu najważniejsze problemy związane z *private enforcement* w kontekście transgranicznym, a równocześnie Państwa nie zanudzić. Trudno dziś przewidzieć, czy idea *private enforcement*, która zainspirowała prawodawcę Unii, okaże się skutecznym mechanizmem ochrony konkurencji. Nie mam jednak wątpliwości, że problemy związane z właściwością sądów i właściwością prawa będą miały istotny wpływ na funkcjonowanie *private enforcement* w Unii Europejskiej.

Literatura

- Ackermann T., *Antitrust Damages Actions Under the Rome II Regulation* (w:) *Views of European Law from the Mountain*, Bulterman, Hancher, McDonnell and Sevenster (eds.), Kluwer Law International 2009
- Idot L., *Chosir sa loi et son juge: Quelles possibilités?*, *Concurrences* No 3-2014
- Świerczyński M. (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2015

Teresa Flemming-Kulesza¹

Kamienie milowe w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach z zakresu ochrony konkurencji

1. Wstęp

Jestem zaszczycona zaproszeniem do zabrania głosu w gronie znamienitych specjalistów w zakresie prawa konkurencji. Sama nie jestem specjalistką w tej dziedzinie prawa, aczkolwiek mam do niej osobisty stosunek. Można powiedzieć, że prawo konkurencji w ciągu 25 lat zatoczyło wokół mnie koło. Proszę pozwolić na osobisty wątek w moim wystąpieniu. Przed 25 laty pełniłam funkcję wiceprezesa Sądu Wojewódzkiego w Warszawie, zajmującego się nadzorem nad wydziałami cywilnymi i gospodarczymi. Dlatego to mnie przypadło w udziale zorganizowanie sądownictwa – jak się wówczas mówiło – antymonopolowego. Sądownictwo antymonopolowe sprowadzało się wtedy do jednego wydziału złożonego z jednego sędziego, potem z dwóch, a pozostali członkowie składu byli to sędziowie na stałe zaangażowani gdzie indziej. Dzięki tym obowiązkom miałam zaszczyt poznać panią profesor Annę Fornalczyk. Za największy swój sukces poczytuję sobie namówienie pana sędziego Gronowskiego do przyjęcia roli pioniera – sędziego antymonopolowego. Trzeba dodać, że w tych pionierskich czasach (bez Internetu!) doktryna prawa konkurencji była trudno dostępna, w większości składała się z pozycji obcojęzycznych, co wymagało określonych kompetencji od sędziów. Sygnatura akt „Am” to też moje dzieło!

Po blisko 24 latach przyszło mi kierować Izbą Sądu Najwyższego, w której rozpoznawane są skargi kasacyjne w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i regulacyjnych. Izba rozpoznaje te sprawy od 2004 r. Sama (w zasadzie, poza nielicznymi wyjątkami) nie uczestniczę bezpośrednio w orzekaniu w tych sprawach, ale studiuję zapadłe orzeczenia. Staram się, by sprawy z tego zakresu były rozpoznawane sprawnie, a orzeczenia dostępne w krótkim czasie po ich wydaniu.

Nie jest możliwe przedstawienie wszystkich najważniejszych rozstrzygnięć Sądu Najwyższego w czasie krótkiego wystąpienia. Postaram się przedsta-

¹ Teresa Flemming-Kulesza – Prezes Sądu Najwyższego kierujący Izbą Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych.

wić dorobek orzecznicy na przykładzie siedmiu orzeczeń wydanych przez kierowaną przeze mnie Izbę, w których Sąd Najwyższy dokonał istotnej – w mojej ocenie – wykładni prawa, a wykładnia ta wywarła wpływ na stosowanie prawa konkurencji. Twórczy wysiłek Sądu Najwyższego skupiał się na ukazaniu treści kluczowych pojęć używanych w prawie konkurencji, na sformułowaniu związków i wzajemnych oddziaływań ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i innych ustaw, w tym regulacyjnych, a także na wypracowaniu pewnych zasad proceduralnych.

Rozpocznę od zagadnień z zakresu prawa materialnego.

2. Kamienie milowe z zakresu zagadnień prawa materialnego

Jednym z najważniejszych wyroków Sądu Najwyższego w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, dotyczącym wielu istotnych zagadnień, jest wyrok z dnia 9 sierpnia 2006 r. w sprawie III SK 6/06², dotyczącej fabryk drożdży. W obszarze prawa materialnego wyrok ten ma istotne znaczenie dla rozwoju praktyki ścigania zμών cenowych przybierających formę uzgodnionej praktyki. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy pokazał cechy zmowy i elementy pozwalające na odróżnienie niedozwolonego porozumienia od działania równoległego. Z wyroku tego wynika, że, zdaniem Sądu Najwyższego, elementem zmowy cenowej jest samo uzgodnienie podwyżki cen. Nie jest konieczne dla ustalenia zmowy, by podwyżka była identyczna u wszystkich umawiających się podmiotów ani by była wprowadzona w tym samym czasie. Nielegalna może być sama wymiana informacji o ponoszonych kosztach i zamierzonych podwyżkach cen, jeżeli służy to lub może służyć koordynowaniu cen przez konkurentów. Ponieważ podążanie przez przedsiębiorców za cenami konkurentów może przysparzać trudności w kwalifikowaniu ich działań jako legalnych (zachowań równoległych, racjonalnie dostosowujących się do zmian warunków rynkowych) lub nielegalnych, ograniczających konkurencję, Sąd Najwyższy podjął próbę zdefiniowania różnicy. Różnica ta tkwi, zdaniem Sądu, w tym, że zabronione jest nie racjonalne naśladownictwo, lecz zawarte w jakiejkolwiek formie porozumienie konkurentów. Jeżeli podążanie za cenami konkurentów poprzedzone jest jakimikolwiek bezpośrednimi lub pośrednimi kontaktami między przedsiębiorcami, których celem lub skutkiem jest wpływanie na decyzje rynkowe niektórych z nich lub ujawnianie ich zamierzeń, objęte jest ono zakazem porozumień cenowych.

Kilka orzeczeń zaliczonych przeze mnie do kamieni milowych dotyczyło koncepcji ograniczenia konkurencji. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06³, dotyczącego Telekomunikacji, wywiódł, że ograniczenie konkurencji pojawia się wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorców prowadzi do obniżenia wielkości produkcji lub sprzedaży, podniesienia cen lub ograniczenia zakresu wyboru, z jakiego korzysta konsument. Sąd Najwyższy bardzo zdecydowanie wyraził negatywny stosunek do

² OSNP 2008, nr 1–2, poz. 25.

³ OSNP 2007, nr 21–22, poz. 337.

„praktyk monopolistycznych prowadzących do podniesienia cen wskutek nadużywania siły rynkowej (...). Dotyczy to również praktyk, które uniemożliwiają lub spowalniają obniżenie cen na rynku”. Zachowanie, które uniemożliwia obniżkę cen na rynku przez eliminację lub utrudnianie wejścia na rynek nowym konkurentom, prowadzi w rzeczywistości do zawyżenia cen na rynku. Rozważania na temat pojęcia ograniczenia konkurencji powróciły w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2009 r. w sprawie III SK 24/08⁴ (dotyczącej jednej z gmin i odbierania nieczystości). Sąd Najwyższy na tle stanu faktycznego sprawy (chodziło o niedopuszczenie przez gminę jednego z przedsiębiorców do korzystania ze zlewni) rozważył, że praktyka ograniczająca konkurencję może przybierać różnego rodzaju formy. Samo ograniczenie swobody działania przedsiębiorcy może nie wystarczać do przyjęcia, że zachowanie będące przedmiotem postępowania ogranicza konkurencję. Konieczne jest dokonanie analizy, w jaki sposób odmowa zawarcia umowy wpływa lub może wpłynąć na konkurencyjność oferty zainteresowanego przedsiębiorcy w porównaniu z ofertami tych przedsiębiorców, którzy podpisali umowy z gminą. Niewystarczające jest ograniczenie się do prostego założenia, zgodnie z którym, im więcej przedsiębiorców będzie korzystało ze zlewni gminy, tym lepiej – z punktu widzenia konsumentów – będzie funkcjonował rynek odbioru nieczystości. Oba orzeczenia wskazują na konieczność odejścia od koncepcji ograniczenia swobody działania uczestników rynku, jako wyznacznika naruszenia reguł konkurencji. Przedstawiają ustalenia i argumenty, jakie są konieczne do przypisania przedsiębiorcy antykonkurencyjnego zachowania.

W okresie ostatnich 10 lat Sąd Najwyższy wielokrotnie miał okazję wyjaśniać treść poszczególnych nazwanych praktyk ograniczających konkurencję. Wśród orzeczeń należących do tej kategorii wyróżnić należy wyrok z dnia 13 lipca 2012 r., w sprawie III SK 44/11⁵, dotyczący Autostrady A4. Wyjaśniono w nim pojęcie nieuczciwej ceny. Sąd Najwyższy wyszedł w swych rozważaniach od przypomnienia, że prawna instytucja zakazu nadużywania pozycji dominującej przez narzucanie nieuczciwych cen służy kontroli zachowań przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą w zakresie polityki cenowej prowadzonej względem klientów. Wówczas zobiektywizowana ocena ekwiwalentności świadczeń obu stron służy weryfikacji, czy przedsiębiorca niespotykający się z presją konkurentów lub klientów nie czerpie z posiadanej pozycji rynkowej korzyści gospodarczych, które w modelu społecznej gospodarki rynkowej nie znajdują uzasadnienia. Opłata za przejazd autostradą jest w tym ujęciu ekwiwalentem za wyświadczenie usługi o określonych normatywnie parametrach. Za nieuczciwe Sąd Najwyższy uznał pobieranie opłaty za świadczone usługi (przejazd autostradą) w takiej samej wysokości od wszystkich usługobiorców, niezależnie od jakości świadczonej usługi. Nieuczciwość odnosi się wyłącznie do tych usługobiorców, którzy uiścili „standardową” opłatę w okresie świadczenia przez przedsiębiorcę usługi o gorszych parametrach. Parametry te uległy istotnemu pogorszeniu w okresie remontu autostrady.

Spośród orzeczeń dotyczących sankcji przewidzianych w ustawodawstwie antymonopolowym za niezwykle istotny z punktu widzenia rozwo-

⁴ OSNP 2010, nr 13–14, poz. 178.

⁵ OSNP 2013, nr 13, poz. 167.

ju dalszej praktyki uważam wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2008 r. w sprawie III SK 3/08⁶, dotyczący Rolno-Spożywczego Rynku Hurtowego, w którym wyjaśniono charakter kar pieniężnych nakładanych w postępowaniu antymonopolowym. Sąd Najwyższy przedstawił w uzasadnieniu pogląd, zgodnie z którym kara pieniężna nie jest karą w rozumieniu Kodeksu karnego. Czyny (zachowania) zabronione, określone w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, nie są przestępstwami w rozumieniu Kodeksu karnego ani nawet wykroczeniami w rozumieniu Kodeksu wykroczeń. Niewątpliwie jednak kara pieniężna przewidziana w ustawie stanowi sankcję, dolegliwość i to znaczną dla przedsiębiorcy. Sąd Najwyższy przyjął, że stosują się do niej pewne, najbardziej podstawowe zasady stosowania sankcji. Należy do nich zasada stosowania ustawy nowej, chyba że dawna jest względniejsza dla sprawy. Nie można jednak stosować innych przepisów części ogólnej Kodeksu karnego, na przykład o czynie ciągłym. Waga tego orzeczenia polega na tym, że wywarło ono istotny wpływ na rozwój orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach proceduralnych oraz intertemporalnych.

Kwestie intertemporalne stanowiły przedmiot wypowiedzi Sądu Najwyższego nie tylko w tej jednej sprawie, co nie dziwi w sytuacji częstych zmian dokonywanych w prawie. Stanowisko Sądu Najwyższego w odniesieniu do tej kategorii zagadnień zostało rozwinięte w wyroku z 3 października 2013 r., III SK 67/12⁷. Sąd Najwyższy odniósł się do wpływu uchylecia jednej ustawy i wejścia w życie następnej w toku postępowania prowadzonego przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Chodziło o zachowanie przedsiębiorcy, które rozpoczęło się pod rządami ustawy z 2000 r., było kontynuowane po wejściu w życie ustawy z 2007 r. i pod rządami ustawy z 2007 r. uległo zmianie. Sąd Najwyższy przychylił się do poglądów doktryny prawa, w myśl których używane w przepisach przejściowych sformułowanie „do postępowań wszczętych” (poprzedzające wskazówkę co do stosowania ustawy nowej bądź dawnej) ma jedynie wydźwięk proceduralny i oznacza tylko i wyłącznie możliwość dalszego stosowania przez organ administracji publicznej przepisów procesowych. Z przepisu o takiej treści nie można wywodzić dla organu (Prezesa Urzędu) uprawnienia do orzekania pod rządami ustawy z 2007 r., na podstawie przepisów ustawy z 2000 r. w odniesieniu do zachowań przedsiębiorcy, które miały miejsce po dniu wejścia w życie ustawy z 2007 r. W tej sprawie ma to istotne znaczenie z tego względu, że pod rządami ustawy nowej (z 2007 r.) uległo zmianie zachowanie przedsiębiorcy.

W okresie, z którego pochodzą omawiane orzeczenia, Sąd Najwyższy przyjął na siebie zadanie wyjaśnienia relacji między ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów a innymi ustawami. Dotyczy to zwłaszcza ustaw regulacyjnych, których przedmiot obejmuje również szeroko rozumianą ochronę rynku i praw konsumentów. W wyroku z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06 (Telekomunikacja), Sąd Najwyższy rozważył relacje między przepisami prawa antymonopolowego a przepisami Prawa telekomunikacyjnego. Trudność tego zagadnienia spowodowana jest przez częściowe nakładanie się na

⁶ OSNP 2010, nr 9–10, poz. 129.

⁷ OSNP 2014, nr 5, poz. 79.

siebie zakresu normowania prawa antymonopolowego i ustaw regulacyjnych oraz niekonsekwencję ustawodawcy. Prawo telekomunikacyjne ma kreować konkurencję. Natomiast celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ochrona konkurencji przed zniekształceniami mającymi swe źródło w zachowaniu przedsiębiorców działających na rynku. Oznacza to, że przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i przepisy Prawa telekomunikacyjnego oraz organy odpowiedzialne za ich egzekwowanie zajmują się konkurencją z innej perspektywy. Relacja między tymi ustawami nie odpowiada formule *lex specialis derogat legi generali*. Dlatego Sąd Najwyższy przyjął, że zachowanie operatora telekomunikacyjnego polegające na blokowaniu wejścia na rynek niezależnych dostawców usług wdzwanianego dostępu do Internetu może być oceniane przez pryzmat przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

We wspomnianej sprawie III SK 44/11 (Autostrada A4) Sąd Najwyższy zajął się relacjami między przepisami ustawy o autostradach płatnych a przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Problem był analogiczny jak w sprawie dotyczącej Telekomunikacji. Mianowicie należało rozstrzygnąć, czy zachowanie przedsiębiorcy w ogóle podlega ocenie z punktu widzenia zakazów wynikających z ustawy o ochronie konkurencji. Sąd Najwyższy za punkt wyjścia uznał zasadę, w myśl której ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów obejmuje działalność przedsiębiorców na wszystkich dających się zidentyfikować rynkach. Zakres ten może być zwężany przez ustawodawcę, jeżeli wyłącza on zastosowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję w odniesieniu do konkretnego rodzaju działalności gospodarczej lub na konkretnym rynku właściwym. Zakres zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może być zwężony w sposób dorozumiany, gdy przepisy innej ustawy normują w szczegółowy sposób zasady prowadzenia działalności gospodarczej lub funkcjonowania na danym rynku, narzucając przedsiębiorcom określony sposób postępowania. Z uprawnienia do pobierania opłaty za przejazd autostradą wynikającego z ustawy o autostradach płatnych nie wynika wniosek, że sposób kształtowania wysokości tej opłaty wyłączony jest spod zakresu przedmiotowego ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W kolejnej sprawie (dotyczącej odbierania odpadów komunalnych), Sąd Najwyższy – w wyroku z dnia 3 marca 2010 r., III SK 37/09⁸ – rozważał relacje ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku. Przypomniał, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów znajduje zastosowanie do zachowań przedsiębiorców w takim zakresie, w jakim ustawodawca dopuścił funkcjonowanie mechanizmu rynkowego, pozostawiając uczestnikom rynku autonomię woli w zakresie kształtowania własnych zachowań rynkowych. Oznacza to, że w przypadku działalności polegającej na organizowaniu rynku ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów znajduje zastosowanie tylko do takich działań organizatora rynku, w zakresie których organizator rynku (tu: gmina) dysponuje marginesem swobody. W tym ujęciu przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach mogą wpływać na możliwość skutecznego zarzucenia organiza-

⁸ OSNP 2011, nr 19–20, poz. 264.

torowi rynku nadużycia pozycji dominującej na rynku organizowania (w tym przypadku: organizowania odbioru i składowania odpadów).

3. Kamienie milowe z zakresu zagadnień prawa procesowego

Przechodząc do kamieni milowych z zakresu prawa procesowego, chciałam zaznaczyć, że w okresie ostatnich 10 lat ukształtowanie linii orzeczniczych Sądu Najwyższego w tym obszarze następowało najczęściej w sprawach regulacyjnych, a dopiero potem wypracowane zasady przenoszone były na grunt spraw konkurencyjnych.

Wyjątkiem potwierdzającym powyższą regułę jest przywołany już wcześniej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., w sprawie III SK 6/06 (fabryki drożdży), który zapoczątkował linię orzecniczą w sprawach konkurencyjnych i regulacyjnych w odniesieniu do rozkładu ciężaru dowodu i dowodzenia. Sąd Najwyższy przedstawił w uzasadnieniu swego wyroku zasady rządzące postępowaniem dowodowym i dokonywaniem ustaleń i wnioskowań w sprawach z zakresu ochrony konkurencji na poszczególnych etapach postępowania. Sąd Najwyższy przypomniał, że praktyk monopolistycznych nie można domniemywać. Jeżeli postępowanie jest wszczęte z urzędu, ciężar dowodu stosowania praktyk naruszających konkurencję obciąża Prezesa Urzędu. Jednakże udowodnienie stosowania praktyk monopolistycznych w postępowaniu sądowym może nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, zgodnych z regułami odnoszącymi się do domniemań faktycznych (w tym dowodu *prima facie*). Dopuszczenie w sprawach z zakresu ochrony konkurencji stosowania domniemań faktycznych w celu ustalenia stanu faktycznego poddawanego następnie ocenie materialnoprawnej nie narusza konstytucyjnie chronionego prawa wolności gospodarczej ani standardów sprawiedliwości proceduralnej. Podkreślić stanowczo należy, że w sprawach z zakresu ochrony konkurencji to do organu antymonopolowego należy udowodnienie faktu zawarcia przez przedsiębiorców porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku właściwym. Jeżeli jednak w sądowym postępowaniu antymonopolowym przedsiębiorcy bronią się twierdzeniem podjęcia dozwolonych działań o charakterze zachowań paralelnych, to do nich należy udowodnienie tego twierdzenia.

Istotne zagadnienia procesowe zostały rozstrzygnięte w wyroku Sądu Najwyższego III SK 67/12 (PKP Cargo). Najważniejsze dotyczy zakresu kognicji sądów orzekających w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do zarzutów naruszenia przez organ antymonopolowy przepisów postępowania administracyjnego. Podnoszony w tej sprawie problem sprowadzał się do pytania, czy sądy mogą weryfikować prawidłowość procedowania przez Prezesa Urzędu na etapie postępowania administracyjnego poprzedzającego wydanie decyzji. Linia orzecznicza negująca taką możliwość była poddawana krytyce w doktrynie. Podnoszono, że przedmiotem merytorycznej oceny sądu powszechnego powinny być dowody zgromadzone i ustalenia poczynione w prawidłowo przeprowadzo-

nym postępowaniu antymonopolowym oraz że naruszenia proceduralne są uwzględniane przez sądy w sprawach z odwołań od decyzji regulatorów rynku. W sprawie PKP Cargo Sąd Najwyższy przełamał dotychczasowe stanowisko w sprawach konkurencyjnych uznając, że linia orzecznicza ukształtowana już w sprawach regulacyjnych winna mieć zastosowanie również w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów. Jest to (zdaniem Sądu Najwyższego) uzasadnione zwłaszcza wtedy, gdy decyzji Prezesa Urzędu stwierdzającej naruszenie zakazów przewidzianych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów towarzyszy nałożenie kary pieniężnej, co wzmacnia potrzebę dochowania najwyższych standardów proceduralnych. Pamiętać należy, że nie wszystkie zarzuty odnoszące się do przepisów postępowania przed Prezesem mają taki sam wpływ na zasadność odwołania. Uchybienia w zakresie ustaleń faktycznych nie stwarzają potrzeby uchylenia decyzji, gdyż po przeniesieniu sporu na drogę sądową poczynienie stosownych ustaleń należy do sądu. Odmierna sytuacja ma miejsce w razie rozstrzygnięcia przez sąd sporu, którego zakres wskazany w odwołaniu obejmuje także naruszenie przez organ antymonopolowy nałożonych na niego obowiązków proceduralnych, podyktowanych potrzebą ochrony słusznym interesów przedsiębiorcy i jego prawa do obrony. Te zarzuty mogą być przedmiotem merytorycznej oceny sądu, a w zależności od rodzaju i wagi tych zarzutów ich rozpoznanie może prowadzić do uchylenia decyzji bez jednoczesnego rozstrzygnięcia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia reguły konkurencji w zakresie wskazanym w decyzji Prezesa Urzędu.

4. Podsumowanie

Urok i ciężar wymierzania sprawiedliwości przez sądy polega na wykładni i stosowaniu prawa, którego brzmienie i kontekst systemowy dopuszczają różne interpretacje. Trzeba wówczas ważyć racje i argumenty, nierzadko też odnosić się do wartości, którym należy dać pierwszeństwo przed innymi. Dobrze jest, gdy sąd potrafi przekonać do swoich racji, chociaż nieczęsto się zdarza, że przekona wszystkich. Kamienie milowe orzecznictwa wyznaczają drogę, po której poruszają się organy i podmioty stosujące prawo. Droga ta winna być przewidywalna, ale – z drugiej strony – nie może być zbyt sztywna, bo życie (także gospodarcze) dostarcza wciąż nowych zdarzeń i wyzwań, wobec których wyobraźnia twórców prawa okazuje się zbyt uboga. Sąd Najwyższy układa kamienie milowe nie tylko w krajowym porządku prawnym. Inspiruje też ważne dokonania w skali europejskiej przez zadawanie pytań prejudycjalnych Trybunałowi Sprawiedliwości. W sprawach z zakresu ochrony konkurencji i regulacyjnych przedstawiliśmy osiem pytań. W jednej ze spraw, po przedstawieniu pytania skarga kasacyjna została cofnięta, chcę wierzyć, że z obawy przed znacznym przedłużeniem czasu trwania postępowania, a nie przed możliwą (spodziewaną) odpowiedzią.

Anna Fornalczyk¹

Jak ekonomizować prawo konkurencji?

1. Uwagi wstępne

Po blisko piętnastoletniej dyskusji w Unii Europejskiej (UE) wskazującej na potrzebę ekonomizacji prawa konkurencji warto postawić pytanie: jak to robić. Duże doświadczenie w tej dziedzinie mają Amerykanie, którzy wykorzystują analizy ekonomiczne w prowadzonych postępowaniach administracyjnych i sądowych od blisko trzydziestu lat. W Unii Europejskiej spełnione są warunki instytucjonalne: w Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji Komisji Europejskiej (KE) powstało Biuro Głównego Ekonomisty (BGE) i w ślad za tym powstały takie komórki organizacyjne w urzędach ds. konkurencji w krajach członkowskich UE. Twórcą BGE był Komisarz ds. Konkurencji Mario Monti, a bezpośrednią motywacją było uchylene przez Sąd Pierwszej Instancji (SPI) trzech decyzji KE w ciągu jednego roku. Decyzje te dotyczyły transakcji koncentracyjnych. W każdym przypadku argument SPI był ten sam: brak wystarczających analiz ekonomicznych dla podjęcia takich decyzji.

Rok 2004 przynoszący rozszerzenie Unii Europejskiej (UE) o 10 krajów oznaczał także wdrożenie zapowiadanej w UE i obszernie dyskutowanej modernizacji stosowania prawa konkurencji. Myślą przewodnią modernizacji było rozszerzenie uprawnień urzędów ochrony konkurencji w krajach członkowskich, ponieważ obawiano się zalewu Komisji przez sprawy antymonopolowe z 25 krajów członkowskich. Równolegle wyrażano obawy o zachowanie jednolitości stosowania prawa konkurencji. I tutaj w sukurs przyszła idea zwiększenia roli ekonomii, ponieważ prawa ekonomiczne nie znają granic i stosowanie się do nich zmniejsza ryzyko rozbieżności interpretowania prawa konkurencji.

Kolejnym argumentem przemawiającym za potrzebą ekonomizacji prawa konkurencji jest dyskrecjonalność w jego stosowaniu². Dyskrecjonalność wynika z istnienia luzów normatywnych w prawie antymonopolowym. Stanowi to przestrzeń dla podejmowania dyskrecjonalnych decyzji oraz wyroków sądo-

¹ Anna Fornalczyk – doktor habilitowany nauk ekonomicznych, partner w firmie Comper Fornalczyk i Wspólnicy Sp. j.; afiliowana przy Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania UW.

² C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015.

wych. Brak przejrzystości antymonopolowego procesu decyzyjnego powoduje niepewność prawną, która kwalifikowana jest przez przedsiębiorców jako ważny element otoczenia, dodatkowo utrudniający im funkcjonowanie na turbulentnym rynku. Z tych pokrótce omówionych przesłanek ekonomizacji stosowania prawa konkurencji wynika konstatacja, że nie dyskutujemy już, czy, ale jak wykorzystywać analizy ekonomiczne w postępowaniach antymonopolowych i prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorstw?

2. Czy nauki ekonomiczne dają nam instrumentarium do ekonomizacji prawa konkurencji?

Nauki ekonomiczne mają wypracowane instrumentarium dające się zastosować w ekonomizacji prawa konkurencji. Konstatacja ta jest prawdziwa pomimo tak wielkiej krytyki nauk ekonomicznych w ostatnich latach za nieprzydatność do przewidywania i zapobiegania kryzysom gospodarczym, a zwłaszcza kryzysowi w 2008 roku. Dla potrzeb ekonomizacji prawa konkurencji znajdujemy instrumenty w takich dziedzinach nauk ekonomicznych, jak – rozwijająca się w krajach zachodnich ekonomia menedżerska korzystająca z ekonometrii, teorii gier, mikro- i makroekonomii³. Odwołując się do tych dziedzin wiedzy ekonomicznej – wzorem koncepcji Massimo Motta – możemy konstruować praktyczne zestawy narzędzi do badania *ex ante* lub *ex post* rynkowych skutków działania przedsiębiorstw w zakresie stosowania praktyk antykonkurencyjnych oraz planowanych transakcji koncentracyjnych⁴. Inny przykład to teoria struktur rynkowych, za opracowanie której Jean Tirole otrzymał w 2014 roku nagrodę Nobla⁵. W budowaniu tej teorii, poza wiedzą ekonomiczną, ubiegłoroczny noblista wykorzystał teorię gier, przyjmując słuszne założenie, że przedsiębiorcy są uczestnikami gry rynkowej w bardzo zmiennym otoczeniu.

W mikro- i makroekonomii znajdujemy również wiele przydatnych rozwiązań dla ekonomicznej analizy zachowań przedsiębiorców na rynku. Obie te dziedziny wiedzy zawierają na przykład opis i analizę różnych modeli rynku: wolnokonkurencyjny, oligopolistyczny o różnym stopniu skoncentrowania, monopolistyczny i model rynku spornego. Wprawdzie w praktyce nie ma czystych struktur rynkowych i coraz częściej zdarza się, że uczestnicy rynków faktycznych, nazywanych w antymonopolu rynkami właściwymi, nie zachowują się dokładnie tak, jak opisują to podręczniki. Nie zmienia to jednak faktu przydatności tej wiedzy teoretycznej umiejętnie skonfigurowanej do potrzeb ekonomizacji stosowania prawa konkurencji. Zważywszy dostępność tej wiedzy w podręcznikach i wielu publikacjach, powstaje pytanie: co stoi na przeszkodzie praktycznego stosowania analiz ekonomicznych ograniczających dyskrecjonalność stosowania prawa konkurencji.

³ L.M.B. Cabral, *Introduction to Industrial Organization*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 2002; W.F. Samuelson, S.G. Marks, *Ekonomia menedżerska*, Warszawa 1998.

⁴ M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press 2004.

⁵ J. Tirol, *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press 1988.

3. Praktyczne rekomendacje dla ekonomizacji prawa konkurencji

Analizowanie rynkowego otoczenia przedsiębiorstw oraz ich zachowań na rynkach właściwych wymaga stosowania metod ilościowych oraz opisowych, a także ocen eksperckich. W każdym przypadku niezbędne są szczegółowe dane i informacje gromadzone przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz przedsiębiorstwa. Imponujące są analizy prowadzone przez badaczy struktur rynkowych i organy antymonopolowe w krajach o rozwiniętej gospodarce rynkowej korzystających z danych i informacji w długiej perspektywie np. 80, 40 czy 20 lat. W polskiej gospodarce transformującej system gospodarczy przez ostatnie 25 lat tak długa perspektywa badań opartych na statystyce nie jest na razie możliwa. Nie oznacza to jednak, że jest to bariera dla ekonomizacji prawa antymonopolowego.

Na przełomie XX i XXI wieku większość polskich przedsiębiorstw wprowadziła systemy informatyczne rejestrujące między innymi dane finansowe i sprzedażowe, istotne dla ekonomicznych analiz antymonopolowych. Problem z wykorzystaniem tych danych dla celów ekonomizacji postępowań antymonopolowych polega głównie na braku ich usystematyzowania według kryteriów przydatności dla obrony przed zarzutami naruszania prawa konkurencji oraz postępowań notyfikacyjnych transakcji koncentracyjnych, jak również dla monitorowania zgodności działań przedsiębiorstwa z prawem konkurencji. Brak jest odpowiednich raportów nakładanych na zintegrowany system rejestracji danych pierwotnych.

Na przykład, w postępowaniach antymonopolowych może być przydatne wykazanie, że przedsiębiorstwo mające udział w rynku przekraczający 40% (domniemanie dominacji) nie posiada siły rynkowej, tzn. nie może działać niezależnie od konkurentów i konsumentów. Dla badania siły rynkowej, po zdefiniowaniu rynku właściwego, przydatne jest wyznaczenie indeksu Lerner, który pokazuje odchylenie ceny sprzedaży od kosztów krańcowych i utrzymywanie się takiego stanu przez dłuższy okres⁶. Z teorii makroekonomicznej wynika, że w modelu gospodarki wolnokonkurencyjnej cena towaru równa się kosztom krańcowym. Jeżeli przedsiębiorstwo jest w stanie w dłuższym okresie podnieść i utrzymać cenę towaru na poziomie powyżej kosztów krańcowych, oznacza to, że ma siłę rynkową i osiąga zysk wynikający z jego monopolistycznej lub dominującej pozycji na rynku właściwym. Z praktyki wynika, że w przedsiębiorstwach nie liczy się kosztów krańcowych i dla potrzeb analiz antymonopolowych przyjmuje się przeciętne koszty zmienne.

Z praktyki wynika, że w parametryzacji oceny rynkowych zachowań przedsiębiorstw istotna jest także długookresowa cenowa elastyczność popytu na produkty sprzedawane przez przedsiębiorstwo. Może bowiem zdarzyć się,

⁶ W ekonomii krótki okres charakteryzuje się występowaniem kosztów stałych i zmiennych, a w długim okresie wszystkie koszty są zmienne. Takie ujęcie czasu w ekonomii jest różne dla różnych sektorów gospodarczych w zależności od wielkości nakładów kapitałowych i ekonomicznego oraz technicznego zużycia majątku (kolejność nie jest przypadkowa w dobie szybkiego postępu technicznego i technologicznego).

że wysoki udział przedsiębiorstwa w rynku właściwym, przekraczający znacznie 40%, obniża się na przestrzeni kilku lat, a cenowa elastyczność popytu na produkty sprzedawane przez to przedsiębiorstwo jest wysoka. Na ogół wynika to z potencjalnej konkurencji, której sprzyjają niskie koszty przestawienia produkcji u producentów działających w danym sektorze oraz niskich barier wejścia i wyjścia z danego sektora, jak również konkurencyjnego importu. Udowodnienie tego wymaga kilkuletnich obserwacji i rejestrowania odpowiednich danych. Pomocnym narzędziem może być również wyznaczenie funkcji krzywej elastyczności popytu, choćby w ograniczonej dziedzinie. Wiedza o faktycznej i potencjalnej konkurencji jest potrzebna nie tylko dla postępowań antymonopolowych, ale także dla prowadzenia polityki handlowej, tyle że dla tego celu zwykle w praktyce stosuje się bieżące obserwacje, nie rejestrując ich w długim okresie.

Z kontaktów z przedsiębiorcami wynika, że nawet w sytuacji wysokiego ryzyka antymonopolowego nie są oni skłonni do budowania bazy danych przydatnych dla mitygowania tego ryzyka, a argumentem jest przekonanie, że ani UOKiK, ani Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) nie wymaga takich danych, ponieważ w postępowaniach antymonopolowych nie stosuje się analiz ekonomicznych. Wynika stąd rekomendacja, że inicjatywa ekonomizacji prawa konkurencji powinna wyjść od organu antymonopolowego.

Inicjatywa UOKiK nie powinna polegać tylko na organizowaniu konferencji poświęconych ekonomizacji prawa konkurencji oraz publikowaniu dokumentów wskazujących na możliwość stosowania ekonomicznych instrumentów w prawie konkurencji, ale powinno to znaleźć konkretne zastosowanie w decyzjach Prezesa UOKiK. W uzasadnieniu decyzji powinien być zamieszczony opis zastosowanych analiz ekonomicznych świadczący o ekonomizacji dochodzenia przez urząd do tych decyzji. Nie wystarczy opis wyników ankietowego badania rynku właściwego poprzez zebranie opinii od konkurentów, odbiorców i konsumentów dotyczących zachowań rynkowych przedsiębiorstwa, wobec którego toczy się postępowanie i wydawana jest decyzja Prezesa UOKiK.

Ekonomizacja prawa konkurencji stawia także istotne wymagania przedsiębiorstwom zwłaszcza działającym w stanie wysokiego ryzyka antymonopolowego (domniemanie dominacji, podatność na antykonkurencyjne porozumienia w warunkach przejrzystego rynku). Powinny one tworzyć bazę danych i informacji niezbędnych dla zarządzania tym ryzykiem. W każdym przedsiębiorstwie, jak wskazuje praktyka, jest duży zasób wiedzy rozproszonej w strukturze, a jej zgromadzenie w jednym miejscu i rejestracja w formie nieedytowalnej może mieć przymiot dowodu w postępowaniu administracyjnym i sądowym. Zorganizowanie bazy danych i informacji z zabezpieczeniem optyki antymonopolowej zmniejsza koszty postępowań prowadzonych przez urząd i ewentualnie postępowań sądowych, jeżeli przedsiębiorstwo zdecyduje o odwołaniu od decyzji Prezesa UOKiK, przy jednoczesnym niewspółmiernie mniejszym dodatkowym nakładzie pracy⁷. Pozwala także na sprawne przepro-

⁷ Z szacunków COMPER Fornalczyk i Wspólnicy wynika, że stosunek dodatkowego nakładu pracy przedsiębiorstwa w stosunku do korzyści może być jak 1:20.

wadzenie procesu notyfikacji planowanej koncentracji, zwłaszcza że najczęściej przygotowanie do takiej transakcji wiąże się z zaangażowaniem finansowania zewnętrznego, za które trzeba płacić bez względu na faktyczne zaangażowanie biznesowe. Wydłużające się postępowanie notyfikacyjne z powodu braku lub złego przygotowania danych przez przedsiębiorstwo oznacza wzrost kosztów planowanej transakcji, nie licząc odsunięcia w czasie realizacji jej zakładanych efektów. Może również wystąpić sytuacja, że z powodu braku odpowiednich danych i informacji zakładane efekty nie wystąpią ze względu na istotne zmiany rynkowe.

Instrumenty zaczerpnięte z nauk ekonomicznych pozwalają na sparаметryzowanie pomiaru ryzyka antymonopolowego przedsiębiorstwa. Ocena tego ryzyka wymaga pomiarów ilościowych oraz wiedzy eksperckiej dla oceny wyników tego pomiaru. Wskaźnik Ryzyka Antymonopolowego (WRA)⁸ zawiera w sobie sparаметryzowane kryteria oceny struktury rynku właściwego, takie jak:

- 1) wskaźnik Herfindahla-Hirschmana,
- 2) stopa koncentracji rynku właściwego,
- 3) bariery wejścia i wyjścia z rynku właściwego,
- 4) liczba konkurentów,
- 5) udziały rynkowe konkurentów,
- 6) koszty przejścia (transakcyjne),
- 7) koszt kapitału,
- 8) wartość nakładów alternatywnych,
- 9) koszty logistyki,
- 10) innowacyjność rynku.

Sparаметryzowana ocena siły rynkowej przedsiębiorstwa dla oceny WRA wymaga następujących danych:

- 1) udział przedsiębiorstwa w rynku właściwym,
- 2) Indeks Lerner'a,
- 3) cenowa elastyczność popytu na towary sprzedawane przez przedsiębiorstwo.

Wyznaczenie WRA bazuje na modelowaniu w oparciu o połączenie liniowego i nieliniowego modelu ekonometrycznego, który wraz z elementem oceny eksperckiej skalowany jest na skali nienazwanej skalibrowanej w zakresie „0–20”. Mając na uwadze, że ponieważ analizy antymonopolowe bazują na aktywności przedsiębiorstw na rynku, gdzie znaczną rolę (jeżeli nie kluczową) odgrywają emocje, to w analizach ujmowana jest dynamika poszczególnych zmiennych zawartych w modelu. Istotne jest jednak dokładne i rzetelne przygotowanie punktu startowego, do którego porównywane są poszczególne kolejne obserwacje. Częstotliwość pomiaru WRA zależy od stopnia dojrzałości rynku właściwego, na którym działa badane przedsiębiorstwo. Dla rynków dojrzałych, charakteryzujących się względnie stabilną strukturą, pomiar WRA może być dokonywany raz w roku. Dla rynków nowych charakteryzujących się dynamicznymi zmianami struktury pomiar taki powinien być wykonywany częściej, np. kwartalnie.

⁸ WRA został opracowany i jest obecnie testowany w praktyce przez firmę doradczą COMPER Fornalczyk i Wspólnicy Sp. j.

Przykładem ekonomicznego podejścia do prawa konkurencji jest ewolucja poglądów dotyczących pionowych ograniczeń konkurencji polegających na ustalaniu w porozumieniach z dystrybutorami cen odsprzedaży przez organizatora sieci. W USA ewolucja ta trwała 96 lat. Precedensowym orzeczeniem była sprawa *Dr. Miles Medical Co. v. John Park & Sons Co. (Dr. Miles)* z 1911 roku⁹. Zgodnie z tym wyrokiem praktyka ustalania cen odsprzedaży uznana została jako niezgodna *per se* z paragrafem 1 Ustawy Shermana. W 2007 roku Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, kierując się przesłankami ekonomicznymi w wyroku w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS Inc. (Leegin)*, uchylił precedens orzeczenia w sprawie *Dr. Miles*¹⁰. Sąd stwierdził, że dopuszczalność ustalania cen odsprzedaży powinna być oceniana w oparciu o regułę rozsądku. Innymi słowy, powinna być stosowana nie literalna wykładnia prawa (zakaz porozumień cenowych między przedsiębiorstwami), lecz wykładnia funkcjonalna lub sytuacyjna.

Artykuł 6 w powiązaniu z art. 7 ust. 3 polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (u.o.k.k.) nie rozróżnia przeciwdziałania cenowym porozumieniom w zależności od tego, czy są to porozumienia poziome (pomiędzy konkurentami) czy pionowe (pomiędzy niekonkurującymi ze sobą przedsiębiorcami). Zważywszy że Polska jako kraj członkowski Unii Europejskiej zobowiązana jest do harmonizacji przepisów prawa oraz ich stosowania ze standardami unijnymi, warto zwrócić uwagę na unijne podejście do rozróżnienia pomiędzy kartelami (poziome porozumienia) i pionowymi porozumieniami ograniczającymi konkurencję.

Rozporządzenie Komisji Europejskiej (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 zawiera wyraźne odniesienia do konieczności brania pod uwagę przy ocenie porozumień wchodzących w zakres art. 101 ust. 1 „kilku czynników, a w szczególności struktury rynku dostaw i zakupu”.

Rozporządzenie to dotyczy określenia warunków pozwalających na grupowe wyłączenia porozumień pionowych spod rygorów art. 101 ust. 1, ale odnosi się także w wielu zapisach do sposobu traktowania pionowych porozumień zawierających „niektóre rodzaje poważnych ograniczeń”, przez co w prawie konkurencji rozumie się ustalanie stałych lub minimalnych cen odsprzedaży, podział rynku lub ustalanie kwot produkcji lub sprzedaży. Tego typu porozumienia pionowe nie są wprawdzie objęte wyłączeniem grupowym, ale powinny być poddane indywidualnej ocenie ich rynkowych skutków. W rozporządzeniu określone są udziały rynkowe ważne dla oceny charakteru porozumienia pionowego.

W Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych (Wytyczne)¹¹ znajdują się bardzo istotne rekomendacje dla oceny znaczenia porozumień wertykalnych. Pierwsza rekomendacja dotyczy stosowania „konteks-

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z dnia 3 kwietnia 1911 r. sprawie *Dr. Miles Medical Co. v. John Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. dba Kay's Kloset...Kay/Shoes*, 551 U.S. 877.

¹¹ 2010/C 130/01 z dnia 19 maja 2010 r. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=URISERV:cc0007&from=PL>

tu prawno-ekonomicznego” przy dokonywaniu takiej oceny, co jest wyrazem ekonomizacji prawa konkurencji w UE po 1 maja 2004 r. Drugą rekomendacją jest stwierdzenie, że pionowe porozumienia są mniej szkodliwe aniżeli poziome. W kilku miejscach w Wytycznych są odwołania do „znaczących skutków dla konkurencji” ocenianego porozumienia, „znaczącej władzy rynkowej” płynącej z ocenianego porozumienia, czy wreszcie rynkowych skutków ograniczania konkurencji wewnątrzmarkowej i możliwości spowodowania rozwoju konkurencji międzymarkowej, co daje pozytywne efekty dla konsumentów. Wynika z tego ważna rekomendacja dla oceny antykonkurencyjnego znaczenia pionowych porozumień w odróżnieniu od porozumień poziomych. Istotne są rynkowe jego skutki, nie zaś cel, jak jest to w przypadku porozumień poziomych.

W latach 2000–2013 znakomita większość decyzji Prezesa UOKiK dotyczących porozumień pionowych, zwanych niesłusznie kartelami pionowymi, odnosiła się do porozumień dystrybucyjnych pomiędzy dostawcą i dystrybutorami. Były to porozumienia na tak konkurencyjnych rynkach, jak rynek wyrobów mięsnych, odzieży sportowej, materiałów budowlanych, mebli, lodów, płynów do zmywania czy usług gastronomicznych. W postępowaniach antymonopolowych UOKiK nie oceniał rynkowego skutku tych porozumień, ale stosował literalną wykładnię przepisu o zakazie porozumień ustalających ceny odsprzedaży. Skutki tych porozumień dla rynku były brane pod uwagę przez urząd w miarkowaniu kary pieniężnej za naruszenie prawa konkurencji.

Rozmija się to wyraźnie z podejściem unijnym, które ewoluuje w kierunku badania rynkowych skutków pionowych porozumień cenowych z uwzględnieniem skali konkurencji wewnątrz- i międzymarkowej. Regulacje kraju członkowskiego mogą być wprawdzie bardziej restrykcyjne aniżeli regulacje unijne, ale z biznesowego punktu widzenia mija się to z celem i powoduje straty u przedsiębiorców, wobec których podjęte były takie decyzje Prezesa UOKiK. Straty to nie tylko kary nakładane przez urząd na przedsiębiorstwa, ale także skutki nadmiernej ingerencji urzędu w powadzenie biznesu.

W latach 2005–2013 Prezes UOKiK wykazał dużą aktywność w wykrywaniu antykonkurencyjnych porozumień dystrybucyjnych¹². W większości

¹² Wśród decyzji, w których Prezes UOKiK uznał porozumienie wertykalne za ograniczające konkurencję z uwagi na ustalanie cen, znajdują się m.in.: decyzja nr DOK-12/2011 z dnia 28 grudnia 2011 r. Bruno-Tassi Sp. z o.o./ Jakomex Sp. z o.o./ZPM JBB/Centrum Mięsne Makton SA; decyzja nr DOK-12/2010 z dnia 31 grudnia 2010 r. w sprawie Akzo Nobel DecorativePaitns Sp. z o.o./Castorama Polska Sp. z o.o./Leroy Merlin Sp. z o.o./Praktiker Polska Sp. z o.o./OBI Centrala Systemowa Sp. z o.o. (ustalanie cen odsprzedaży); decyzja RLU nr 17/2010 z dnia 9 września 2010 r. w sprawie Zakład Stolarki Budowlanej „CAL” Z. Cywiński, E. Antonik sp. j. i dystrybutorzy (ustalanie cen odsprzedaży); decyzja nr DOK-3/2008 z dnia 4 lipca 2008 r. w sprawie Xella Polska Spółka z o.o. z i dystrybutorzy (ustalanie cen minimalnych odsprzedaży); decyzja nr RKT-79/2007 z dnia 31 grudnia 2007 r. w sprawie Tikkurila Polska SA i dystrybutorzy; decyzja nr RPZ 39/2011 z dnia 30 grudnia 2011 r. „RATIONAL” Sp. z o.o. i dystrybutorzy (ustalanie maksymalnych rabatów); decyzja nr DOK-13/2011 z 29 grudnia 2011 r. „Roland Polska Sp. z o.o. i dystrybutorzy (ustalanie cen minimalnych sprzedaży przez Internet); decyzja RKT-22/2011 z dnia 12 sierpnia 2011 r. w sprawie EURmark Polska SA i dystrybutorzy (ustalanie cen odsprzedaży); decyzja nr RLU-9/2011 z dnia 8 lipca 2011 r. w sprawie Fabryka Okien i Drzwi „BAS” Sp. z o.o. i dystrybutorzy; decyzja nr DOK-10/2011 z dnia 28 listopada 2011 r. „Inco-Veritas” SA (ustalanie cen minimalnych odsprzedaży); decyzja RKT-107/2008 z dnia 31 grudnia 2008 r. w sprawie Przedsiębiorstwo Produkcji Lodów „KORAL” – J. Koral Sp. j./ „Żabka Polska” SA (ustalanie cen odsprze-

decyzji Prezes UOKiK wskazuje, że porozumienia zawarte zostały w formie pisemnej (przez podpisanie umów handlowych zawierających klauzule dotyczące ustalania cen odsprzedaży bądź innych warunków handlowych, np. rabatów). W decyzji Akzo Nobel wskazano, że porozumienie zostało zawarte przez wymianę e-maili oraz ustalenia poczynione podczas spotkań, po których spisywano raporty lub protokoły. W decyzjach tych Prezes UOKiK stwierdził stosowanie takich praktyk, jak:

- 1) ustalanie cen minimalnych,
- 2) ustalanie cen sztywnych,
- 3) jednoczesne ustalanie cen i ograniczanie dostępu do rynku właściwego
- 4) podmiotowy, czasowy i terytorialny podział rynku właściwego,
- 5) sprawowanie kontroli nad działalnością dystrybutorów poprzez zagwarantowanie dostawcy w umowach z dystrybutorami prawa wglądu do ich dokumentów handlowych.

W decyzjach dotyczących firm Knott i Koral Prezes UOKiK wskazuje na brak wyraźnego zdystansowania się dystrybutorów do propozycji dostawcy dotyczącej antykonkurencyjnych zapisów porozumienia. W sprawie Knott w uzasadnieniu decyzji Prezes UOKiK stwierdził, że zawarcie porozumienia odbyło się w odpowiedzi na wyraźne żądanie dystrybutorów dotyczące uregulowania sytuacji na rynku. W dwóch sprawach dotyczących firm Widex i Roben Prezes UOKiK stwierdzając antykonkurencyjny charakter porozumienia nałożył kary na dostawców i odstąpił od nałożenia kar na dystrybutorów, przywołując następujące argumenty: (1) w każdej sprawie inicjatorem porozumienia był dostawca, (2) pomimo zawartego porozumienia dystrybutorzy stosowali zróżnicowane ceny odsprzedaży, (3) dystrybutorami były małe rodzinne przedsiębiorstwa, udział produktowy dostawcy w obrocie dystrybutora nie przekraczał 9% (miarkowanie kary uwzględniające rynkową sytuację dystrybutorów). W sprawie Ogrody Polskie Prezes UOKiK wskazał, że porozumieniu wertykalnemu towarzyszyło porozumienie horyzontalne, ponieważ dystrybutorzy znali ustalenia pomiędzy dostawcą i jego konkurentami. Z praktyki wynika, że często znajomość warunków, zwłaszcza cenowych, działania konkurentów nie muszą być wynikiem zмовы, ale dostarczania informacji przez odbiorców negocjujących ceny dostaw i posługujących się ofertami konkurentów jako kartą przetargową w negocjacjach.

Strony porozumień, których dotyczyły decyzje Prezesa UOKiK, zgłaszały argumenty, dowodzące o tym, że porozumienie nie miało antykonkurencyjnego charakteru. Zwracano uwagę na fakt braku skutków rynkowych porozumienia, niestosowanie się uczestników porozumienia do jego zapisów, brak wiedzy o nielegalności podjętego działania (Euromak) oraz wskazanie na dominującą pozycję dostawcy, który narzucił dystrybutorowi warunki umowy handlowej. Spośród wszystkich spraw tylko w sprawie Koral/Żabka strony podjęły próbę skorzystania z art. 8 ust. 1 u.o.k.k. Prezes UOKiK odrzucił wszystkie argumenty i nie zgodził się z zaproponowanym testem bilansowania strat i korzyści.

Kary nałożone przez Prezesa UOKiK na poszczególnych uczestników porozumień ograniczających konkurencję wahały się od 1000 zł do ponad

50 mln zł. Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych Prezes UOKiK brał pod uwagę zakres naruszenia prawa konkurencji, ale także siłę rynkową uczestników porozumień. Tylko w ten sposób stosowana była doktryna *de minimis* w odniesieniu do porozumień o charakterze istotnego naruszenia konkurencji. Urząd w swoim działaniu kierował się prawnym rozumieniem kartelu, bowiem pionowe porozumienia dotyczące ustalania cen i podziału rynku traktowane były jako kartele pionowe¹³.

Prawnicze podejście do rozumienia pionowych ograniczeń konkurencji jako karteli ze względu na ustalanie cen minimalnych lub sztywnych budzi wątpliwości z biznesowego punktu widzenia. Stosując zalecane przez KE podejście prawno-ekonomiczne, należy zwrócić uwagę, że większość spraw dotyczyła rynków wysoce konkurencyjnych. Odnosi się to w szczególności do takich rynków, jak hurtowy rynek wyrobów mięsnych, sprzedaży płytek ceramicznych i gresów, farb, lakierów i wyrobów pomocniczych (jeżeli nie jest to porozumienie zawarte pomiędzy dużym dostawcą a sieciami materiałów budowlanych), lodów przeznaczonych do bezpośredniego spożycia, sprzętu i odzieży turystycznej, odzieży i obuwia dziecięcego, detalicznej sprzedaży stolarki budowlanej czy dystrybucji mebli.

W uzasadnieniu decyzji Prezesa UOKiK w sprawie ZPM JBB znajduje się stwierdzenie, że „porozumienie to nie spowodowało istotnych negatywnych skutków na rynku. Należy stwierdzić, że postępowanie antymonopolowe nie wykazało, że dokonane przez strony naruszenie pociągnęło za sobą w praktyce istotne negatywne konsekwencje dla uczestników rynku. Tym samym, w opinii Prezesa UOKiK, czas trwania porozumienia nie wpłynął ani na korzyści osiągnięte przez jego uczestników, ani na straty ponoszone przez ich kontrahentów i konsumentów”¹⁴. W tym kontekście powstaje pytanie o konkurencję międzymarkową oraz możliwość wyboru towarów na rynku przez konsumentów.

Rynek przetworów mięsnych charakteryzuje duża konkurencja międzymarkowa. Na rynku tym działają kilku dużych producentów i setki małych dostawców zaopatrujących rynki lokalne. Na tak konkurencyjnym rynku duzi dostawcy starają się wpływać na ceny detaliczne swoich towarów tak, aby osiągać zakładaną sprzedaż. Cena sprzedawców hurtowych jest wynikiem ceny detalicznej i ceny na poziomie hurtu pierwszego stopnia. Porozumienia pionowe ograniczające konkurencję wewnątrzmarkową, ale służące konkurencji międzymarkowej na rynku o strukturze konkurencji niedoskonałej, nie powinny być traktowane jako najcięższe naruszenie prawa konkurencji, czyli kartele¹⁵.

Przykład sprawy Sfinks Polska SA potwierdza tę konstatację, ponieważ w czasie, którego dotyczyła decyzja Prezesa UOKiK, na polskim rynku usług gastronomicznych było ponad 200 sieci świadczących takie usługi. W takich warunkach ustanawianie sztywnych cen odsprzedaży w restauracjach franczyzowych

¹³ Na marginesie należy zaznaczyć, że w naukach ekonomicznych nie ma takiego pojęcia: kartel rozumiany jest jako porozumienie cenowe, dzielące rynek właściwy lub kontyngentowe zawarte pomiędzy konkurentami, a więc jest to porozumienie poziome (horyzontalne).

¹⁴ Uzasadnienie decyzji Prezesa UOKiK w sprawie ZPM JBB, DOK-12/2011, s. 43.

¹⁵ O ograniczaniu konkurencji wewnątrzmarkowej sprzyjającemu konkurencji międzymarkowej zob. *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2009, s. 388, wraz z przytoczeniem większej liczby argumentów w drugim wydaniu z 2014 r., rozdz. 1.

pod marką Sfinx uznać należy raczej jako ochronę marki, a ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej sprzyjało rozwojowi konkurencji międzymarkowej.

4. Podsumowanie

Prawo konkurencji jest publicznym prawem gospodarczym. Chroni konkurencję jako interes publiczny, ingerując w działalność gospodarczą przedsiębiorstw. Ekonomizacja tego prawa przez wykorzystanie dorobku ilościowych i opisowych nauk ekonomicznych pozwoli ograniczyć dyskrejonalność w stosowaniu prawa antymonopolowego. Inicjatywa ekonomizacji spoczywa na urzędach chroniących konkurencję, co będzie sygnałem realizacji werbalnie deklarowanej potrzeby. Ekonomizacja prawa konkurencji powinna być realizowana przez zamieszczanie w uzasadnieniach decyzji Prezesa UOKiK opisu metod analizy ekonomicznej, której wyniki miały wpływ na treść tej decyzji. Z drugiej strony przedsiębiorstwa, zwłaszcza o wysokim stopniu ryzyka antymonopolowego, powinny organizować bazę danych przydatnych dla prowadzenia polityki handlowej zgodnej z oczekiwaniami biznesowymi i prawem konkurencji. Jednocześnie taka baza danych będzie przydatna dla ewentualnych postępowań antymonopolowych lub prewencyjnej kontroli koncentracji. W tym celu można z powodzeniem wykorzystać informatyczne systemy rejestracji danych podstawowych w przedsiębiorstwie z nałożonymi raportami o strukturze rynkowo-antymonopolowej. Dla oceny skali ryzyka antymonopolowego, w jakim działa przedsiębiorstwo, można stosować sparymetryzowany Wskaźnik Ryzyka Antymonopolowego (WRA). W praktycznym zastosowaniu sprzedażowym i antymonopolowym istotna jest dynamika WRA. Wyrazem ekonomizacji stosowania prawa konkurencji jest ewolucja poglądów dotyczących antykonkurencyjnego znaczenia pionowych (wertikalnych) porozumień pomiędzy przedsiębiorstwami, zwłaszcza porozumień dystrybucyjnych. Nie podlegają one wyłączeniom grupowym, ale wymagają indywidualnej oceny nie ze względu na cel, lecz skutek rynkowy. Takie konstatacje wynikają z regulacji amerykańskich, unijnych i należy mieć nadzieję, że UOKiK również weźmie pod uwagę te argumenty i zmieni swoją linię decyzyjną kontynuowaną przez SOKiK.

Literatura

- Banasiński C., *Dyskrejonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015
Cabral L.M.B., *Introduction to Industrial Organization*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 2002
Motta M., *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press 2004
Samuelson W.F., Marks S.G., *Ekonomia menedżerska*, Warszawa 1998
Tirol J., *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press 1988
Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, red. T. Skoczny, Warszawa 2009

Grzegorz Lot¹

Energia elektryczna jako produkt. Konsument energii elektrycznej w obliczu wolnego rynku

1. Wstęp

Przez wiele lat prąd był medium o napięciu 220 V, które każdy z konsumentów miał standardowo w swoim gniazdku. Konsument nie rozumiał faktury – ale płacił, bo jeśli tego nie uczynił, to zakład energetyczny wysyłał montera, który odłączał zasilanie i wtedy pojawiały się problemy. Problemy pojawiały się też w godzinach szczytów i wtedy dochodziło do ograniczeń w zasilaniu, z czym klienci się nie zgadzali, ale musieli zaakceptować.

W 1997 r. „prąd” stał się „energiją elektryczną” i zostało ustalone, że powinien być traktowany jak każdy inny towar. W 2007 r. każdy klient otrzymał prawo wyboru strony, od której to medium będzie kupował. Elektrownie stały się sprzedawcami, oddzielonymi unbundlingiem, tzn. „chińskim murem” od dystrybutorów. Podniesiono napięcie do 230 V, wprowadzono pojęcia: „zielonej energii”, „czerwonej”, „żółtej i fioletowej”. Pojawiły się takie określenia, jak: „negawaty”, „demand management”, „smart metering” oraz „smart grid”, a ostatnio „prosument”. Poza taryfą „Sprzedawcy z Urzędu” pojawiły się oferty z gwarancją ceny (1-, 2-, 3-letnie, a nawet i na 5 lat) oraz innymi dodatkami.

Klienci, którzy do tej pory zawsze otrzymywali faktury łączne za sprzedaż i dystrybucję, zaczęli zmieniać sprzedawcę na stawki bardzo zbliżone do taryfowych, ale za to na faktury rozdzielone – oddzielnie wystawiane przez dystrybutora i sprzedawcę. Oczywiście już po kilku latach (2014–2015) pojawiła się oferta umowy/faktury kompleksowej.

Poza standardowymi sprzedawcami energii elektrycznej i gazu, połączonymi historycznie z wytwarzaniem i fizyczną dystrybucją na rynku energii i gazu, pojawili się nowi gracze: telekomy, dostawcy multimediiów i firmy pośrednictwa sprzedaży.

Równocześnie w bardzo szybkim tempie doszło do rozwoju nowych technologii – pomiędzy rokiem 1997 a 2015 nastąpił wręcz skok technologiczny.

¹ Grzegorz Lot – Wiceprezes Zarządu ds. Sprzedaży na Rynku Masowym Tauron Sprzedaż Sp. z o.o.

Nie chodzi tylko o samą myśl naukową, ale przede wszystkim o dostępność i masowe wykorzystanie dóbr przez społeczeństwo. Internet oraz różnego typu komunikatory i media społecznościowe, tablety, smartfony, tysiące aplikacji oraz „inteligentne” urządzenia, lokalne źródła wytwarzania energii stały się powszechne, a ich wykorzystanie wpłynęło na zachowania konsumentów, a tym samym na relacje energetyka – klient.

Dodając do tego takie trendy, jak z jednej strony globalizacja, a z drugiej powrót do regionów, ekologia, mamy prawdopodobnie do czynienia z etapem przełomowym nie tylko w zachowaniach konsumenta, a tym samym relacjach klient – energetyka, ale i w całej energetyce.

Tradycyjna energetyka węglowa na całym świecie zaczęła mieć ogromne problemy ekonomiczne. W miejsce energetyki konwencjonalnej bardzo dynamicznie rozwija się energetyka odnawialna, jednakże trzeba dodać, że w dużej mierze dzięki jej subsydiowaniu. Wiele krajów rozwiniętych gospodarczo prowadzi działania na rzecz poprawy efektywności zużycia energii (wysokiej klasy energetycznej lodówki, telewizory, nowe typy żarówek czy też całe systemy oświetlenia), a z drugiej strony kraje gwałtownie rozwijające się radykalnie podnoszą zużycie energii. Sytuacja może zostać porównana do kwestii posiadania samochodu. Nie jest problemem dla świata to, że na Europejczyka przypadają po 2–3 samochody. Wyzwaniem będzie, jeśli każdy człowiek na świecie będzie miał samochód czy też dwa. Co wtedy z drogami, ekologią i paliwem?

Pomimo ogromnej dynamiki rozwoju technologicznego nadal nie udało się rozwiązać problemu z magazynowaniem energii (poza oczywiście „power bankami” niezbędnymi dla smartfonów), nadal konieczne jest posiadanie rozbudowanej sieci elektroenergetycznej.

Energetyka znajduje się dzisiaj na rozdrożu, szukając drogi dalszego rozwoju. Pytanie, czy możliwe jest wybranie tej jednej właściwej. Być może nowe możliwości, a z drugiej strony wymagania klientów zmuszą energetykę do pójścia równocześnie w kilku kierunkach. Jednakże będzie to wymagało zmiany przyjętego i funkcjonującego od lat paradygmatu.

Pytanie, co na to konsument? Jednakże czy możemy określić wszystkich odbiorców tym samym sformułowaniem „konsument”? Przecież przez ostatnie lata dzięki, a może i przez rozwój technologii doszło do ogromnego rozwarstwienia klientów:

- część z nich nie korzystała i nigdy nie będzie korzystała ze „smart urządzeń”,
- część z nich, do których pozwałam się sam zaliczyć, korzysta, ale tylko w takim stopniu, na jaki pozwala zakorzeniony w latach poprzednich model działania,
- no i oczywiście młodzież, dla której wszystko już jest „smart”. Nie potrzebujemy tłumaczyć, jak działa tablet 2–3-latkowi, gdyż on/ona obsługuje go naturalnie (doskonałym przykładem są dzieci próbujące przesunąć naklejone reklamy na szklanych drzwiach sklepów, myśląc, że to ekran tableta).

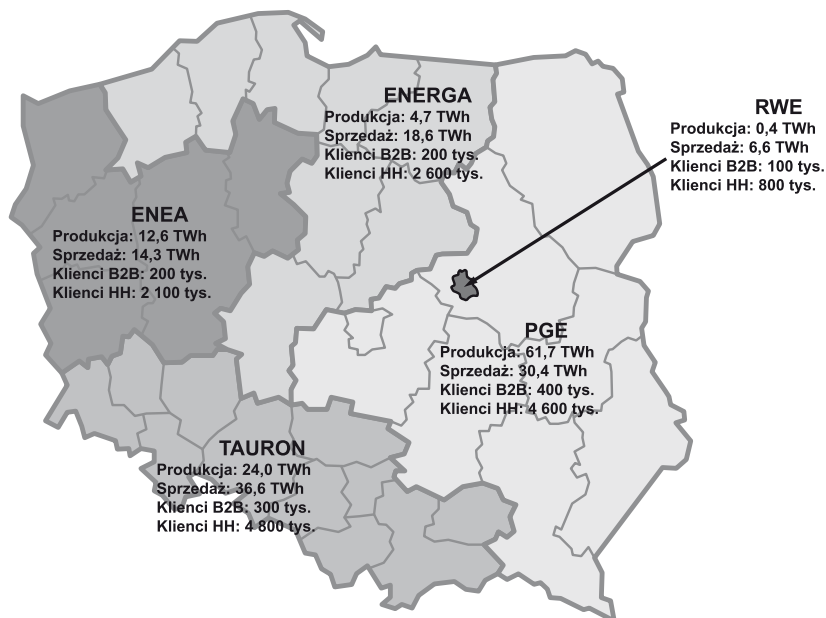
Przyszli klienci? Zapytałam moją córkę, czy przeczytała e-maila, którego do niej wysłałam. E-maila? Odpowiedziała mi na to: „Kto się dzisiaj komunikuje w ten sposób?”. Po dłuższej rozmowie okazało się, że najlepszą formą ko-

munikacji jest „snapchat”. Wysłanie zdjęcia, tj. przekaz graficzny, który żyje do 10 sekund. Oznacza to, że jako sprzedawca będę miał kilka sekund na zainteresowanie takiego konsumenta swoją ofertą, że faktura będzie żyła kilka sekund i muszę w tym czasie spowodować, że taki klient nie zapomni i zapłaci rachunki. Wydaje się to ciekawym wyzwaniem.

Dostosowanie oferty, kanałów sprzedaży i obsługi klientów do różnych grup klientów, wraz z wielką niewiadomą, jak technologia wpłynie na zmiany ich zachowań, stanowią ogromne wyzwanie nie tylko dla energetyki, ale i całej gospodarki.

2. Rynek energii do tej pory

Do tej pory pisząc o rynku energii, odnoszono się głównie do źródeł pochodzenia energii oraz sieci dystrybucyjnej. W zakresie wytwarzania i dystrybucji energii elektrycznej w Polsce rynek jest podzielony pomiędzy pięć największych firm:

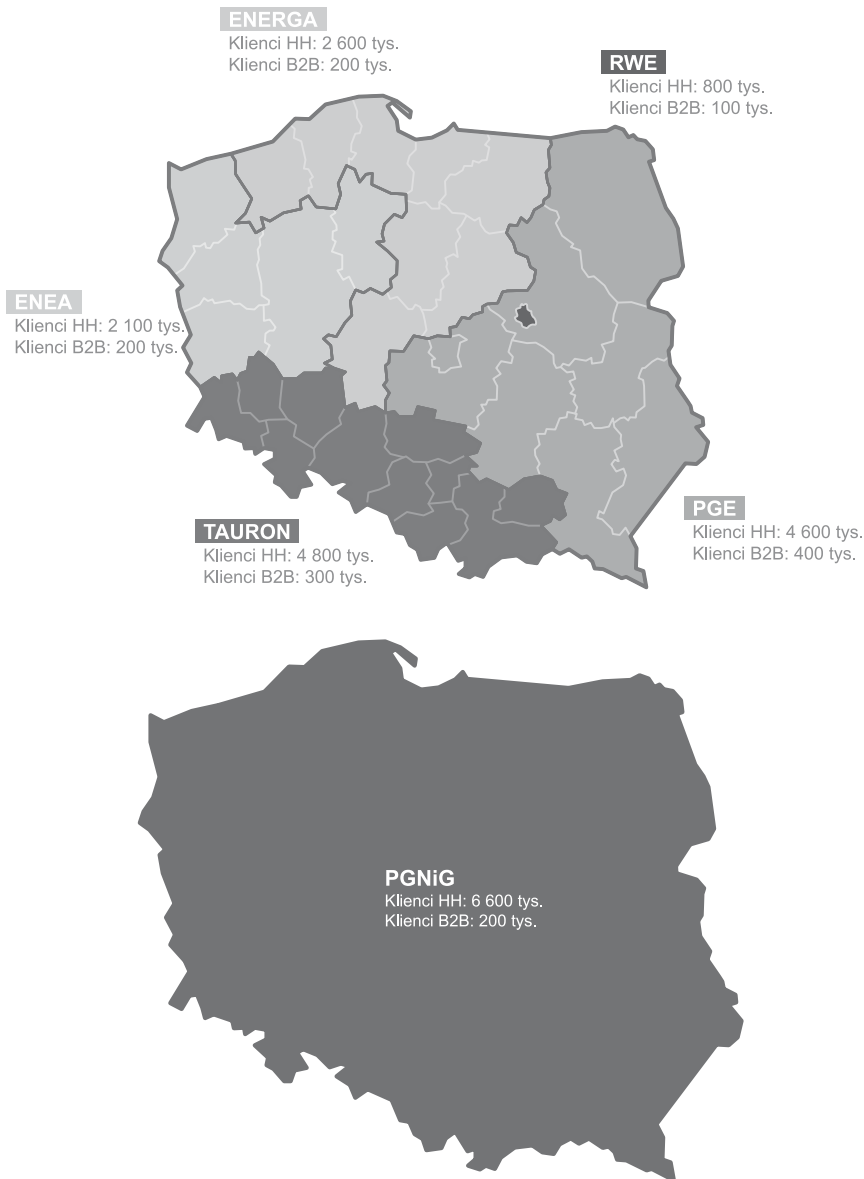


Źródło: Biuletyn URE/2011/2011_06_30-biuletyn_nr2.pdf

Od dłuższego czasu ważnym elementem rynku energii są mechanizm zakupu, bilansowania oraz rozliczania, a także szeroko rozumiane systemy wsparcia czy też regulacji.

W związku z narastającą konkurencją pojawiła się kolejna postać, a mianowicie sprzedawca i klient. W segmencie energii elektrycznej dominującą rolę mają historyczni sprzedawcy, tzw. Sprzedawcy z Urzędu, którzy posiadają blisko 100% udziału w rynku. W przypadku gazu koncentracja jest jeszcze większa, gdyż absolutnym liderem jest PGNiG.

Liczba odbiorców energii według spółek. HH: gospodarstwa domowe, B2B: klienci biznesowi/firmy



Źródła:

- *Biuletyn URE/2011/2011_06_30-biuletyn_nr2.pdf*
- <http://bip.ure.gov.pl/bip/import/35,Baza-przedsiębiorstw-posiadajacych-koncesje.html>
- <http://www.ure.gov.pl/pl/wskazniki-dane-i-anali/zmiana-sprzedawcy-moni/4776,Zmiana-sprzedawcy-monitoring.html>
- *analizy własne*

Obecnie na rynku sprzedawców energii elektrycznej działa 416 podmiotów (liczba przyznanych koncesji), z czego poza TAURON, PGE, ENERGA, ENEA i RWE aktywnie pozyskuje nowych klientów (konsumentów) około 21 podmiotów.

W ostatnim czasie w zakresie konkurencji pojawiło się wiele nowych trendów.

- Energię elektryczną zaczęły oferować telekomunikacyjne oraz dostawcy mediów.

Najpierw Orange rozpoczęło współpracę z PGE, a zaraz potem T-Mobile z TAURON PE.

SPECJALNA OFERTA DLA NASZYCH KLIENTÓW

Jesteś Klientem TAURONA zyskaj dodatkowo

Wybierz produkt TAURONA z gwarancją ceny, zostaw swoje dane u konsultanta POK i oczekuj na kontakt.

Zapytaj konsultanta o szczegóły.

OFERTA DLA DOMU

TAURON
POLSKA ENERGIA

MOC KORZYŚCI W CENIE

Oba te alianse zakończyły się przed pełną fazą komercjalizacji, dowodząc tego, jak trudno zbudować realną wartość dla firmy i klienta. Równocześnie poza aliansami pojawiły się samodzielne inicjatywy łączące ze sobą ofertę wielu mediów. Przykładem tego może być oferta Multimedia Polska – „Pakiet: Prąd + Internet + Telewizja”.

Źródło: <http://www.multimedia.pl/>

Równocześnie telekomunikacyjne zaczęły ofertować usługi bankowe. Z informacji rynkowych wynika, że pomimo znacznej liczby założonych kont tylko część z nich jest aktywna. Plus Bank – „Oferta dla Ciebie” – usługi finansowe + cyfrowy Polsat + telefonia Plus.

Źródło: <https://plusbank.pl/>

Podążając za trendami, energetyka zaoferowała usługi dodane do oferty podstawowej, np. PGE – „Prawnik z energią”.

Źródło: <https://www.gkpge.pl/>

ENEA – „Energia + Zdrowie”, ENEA – „Energia + Spokój”

Źródło: <https://www.enea.pl/>

TAURON: Prąd z Elektrykiem 24H oraz Serwisant 24H



Usługa Elektryk 24H

Pomoc elektryka – w przypadku awarii instalacji w Twoim domu wykwalifikowany elektryk pomoże Ci ją usunąć. Usługa obejmuje również koszty części (wartość pojedynczej interwencji – do 500 zł; maksymalnie 6 interwencji).

Szybka reakcja – fachowiec przyjedzie do Ciebie maksymalnie do 4 godzin od zgłoszenia telefonicznego.

Pełna dostępność – pomoc elektryka dostępna 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu.

Wybierając naszą ofertę, zyskujesz:

- gwarancję atrakcyjnej ceny na 2 lub 3 lata,
- usługę Elektryk 24H w cenie,
- możliwość wyboru faktury papierowej lub elektronicznej.

Gwarancja atrakcyjnej ceny sprzedaży energii

W sytuacji gdy ceny energii idą w górę, masz pewność, że Twoje stawki nie wzrosną! W przypadku obniżki możesz wybrać lepszą propozycję z bieżącej oferty (jeden raz w czasie obowiązywania Cennika, w okresie do dwóch miesięcy od pojawienia się korzystniejszej oferty).

Jeżeli zdecydujesz się na wariant z 3-letnią gwarancją atrakcyjnej ceny i e-faktura,

dostaniesz dodatkowo darmowy prąd* na dowolny cel

* Darmowy prąd oznacza bonus w wysokości 50 zł wypłacany jednorazowo, przelewem na konto rozliczeniowe Klienta w TAURONIE.

Gwarancja atrakcyjnej ceny sprzedaży energii

- w sytuacji gdy ceny energii idą w górę, masz pewność, że **Twoje stawki nie wzrosną!**
- w przypadku obniżki możesz wybrać lepszą propozycję z bieżącej oferty

Serwisant 24H

- bezpieczeństwo i wygoda
- zgłaszanie usterek 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu

eBOK

- dostęp do Elektronicznego Biura Obsługi Klienta

e-Faktura

- możliwość wyboru faktury papierowej lub elektronicznej

Dowiedz się więcej:

- 👤 **zapytaj konsultanta w Punkcie Obsługi Klienta**
- 📞 **zadzwoń pod numer 555 444 555** (opłata jak za zwykłe połączenie telefoniczne, zgodnie z taryfą operatora)
- 💻 **zamów na www.energooszczedny.pl**

24H
SERWISANT



Włącz fachową naprawę urządzeń elektrycznych

Bezpiecznie i z dojazdem do domu

NOWOŚĆ!
Serwisant 24H dla DOMU

tauron.pl

TAURON Eko Ogrzewanie oraz TAURON Zdrowie TAURON Opieka+



Ogrzewanie tanim prądem w programie: TAURON EKO Ogrzewanie

www.tauron-pe.pl/ekoogrzewanie

Unikatowe usługi dostępne
z Kartą TAURON ZDROWIE *plus*
dla każdego członka rodziny



Zapraszamy do kontaktu:

Infolinia TAURON Zdrowie
801 006 700 lub 22 25 08 700*

*Numer połączenia zgodny z taryfą operatora



Gwarantujemy usługi
najwyższej jakości

www.tauron-pe.pl



TAURONZDROWIE *plus*
Kompleksowy Program Opieki Zdrowotnej



Włącz
zdrowie

Program Opieki Zdrowotnej
dla całej rodziny łączy w sobie
pakiet stomatologiczny oraz lekarski.

- Energetyka zaczęła oferować gaz, a PGNiG energię elektryczną
Pojawiły się w ofercie także inne media.

Najniższa cena gazu w Polsce*

Zmień sprzedawcę na TAURON

MINIMUM FORMALNOŚCI

NISKA CENA

BEZPIECZEŃSTWO BUDŻETU

* Na podstawie prowadzonej analizy rynku. Stan na 31.03.2015.
Dostarczany wariant produktu Gaz dla Firm i Gaz dla Domu.

tauron.pl/gaz

Zyskaj nawet **180 zł** oszczędności*

Tańszy węgiel
dla Klientów TAURONA!

www.wegiel.tauron-pe.pl

* oszczędność na węglu według tauron-pe.pl

3. Dlaczego dochodzi to tak znaczących zmian

Najprostsza odpowiedź jest oczywista – dla pieniędzy. Jednakże, jak to w życiu bywa, odpowiedź nie jest taka prosta i na pewno nie jest tak jednoznaczna.

Z perspektywy firm istnieje kilka głównych impulsów do działania:



A z perspektywy klienta?

Bardzo często zarządy firm oczekują od swoich pracowników jednoznacznej odpowiedzi na pytanie: „Jaka jest nasza segmentacja klientów?”.

W przypadku energetyki przez wiele lat podstawowym kryterium segmentacyjnym był wolumen, czyli ilość energii czynnej zużywanej w jednostce czasu (przeważnie rok).

W chwili obecnej, kiedy często głównym kryterium decyzyjnym jest uzyskiwana marża, klient nie jest przywiązany na stałe do swojego sprzedawcy, a więc trzeba go przywiązać, utrzymać, pozyskać, odzyskać itp. Takie podejście do klasyfikacji klienta jest już całkowicie niewystarczające.

Pisząc o segmentacji, należy przede wszystkim określić funkcję celu, tzn. do czego ona ma służyć i jak chcemy z niej skorzystać.

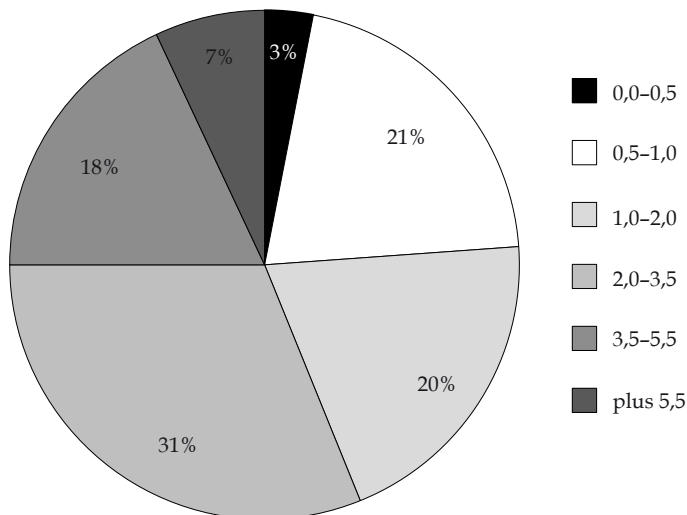
Z punktu widzenia procesu sprzedaży klientów możemy dzielić ze względu na:

- kanał dotarcia z ofertą do klienta,
- kanał sprzedaży,
- kanał obsługi klientów,
- formy rozliczeń, płatności.

Jednakże to nie wszystko. Musimy wziąć pod uwagę, jakie oraz ile produktów/usług kupuje dany klient. Czy jest to stały klient, czy też nowo pozyskany, odzyskany czy też utrzymany.

Każdy z tych elementów ma wymierny wpływ na koszty, a sumarycznie na marżę osiąganą na kliencie i całym segmencie.

W strukturze klientów zwiększa się udział zużywających rocznie od 0 do 1,5 MWh, natomiast maleje udział z większym rocznym zużyciem – konieczne jest zatem uniezależnienie uzyskiwanej na kliencie marży od zużycia energii.



Źródło: wartości szacowane, opracowanie własne

Na zagadnienie, kto jest klientem na rynku energii elektrycznej, można patrzeć w dwojaki sposób:

- Klient jako punkt poboru, umowa i osoba decyzyjna, która podpisuje umowę.

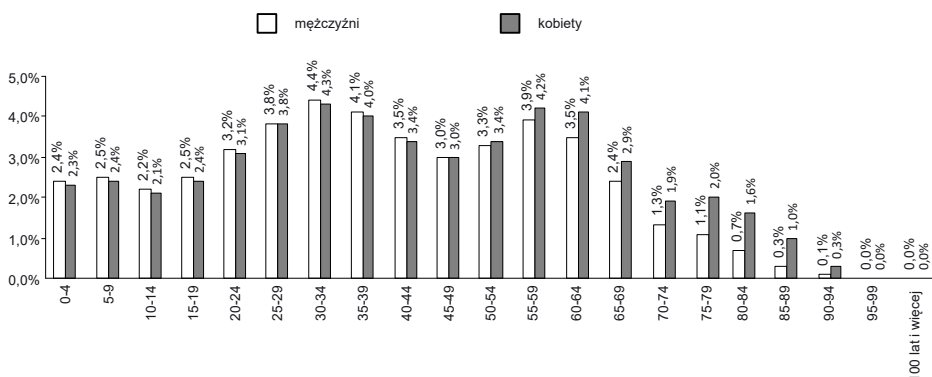
Przy takim podejściu klientów indywidualnych TAURON-u jest około 4,8 mln i są to głównie gospodarstwa domowe składające się średnio według danych GUS z 2,87 osoby, w 69,8% zlokalizowane w miastach i w 30,2% zlokalizowane na wsi.

Jest to jednak czysto techniczne podejście, które nie daje żadnego wyobrażenia o rzeczywistym kliencie TAURON-u.

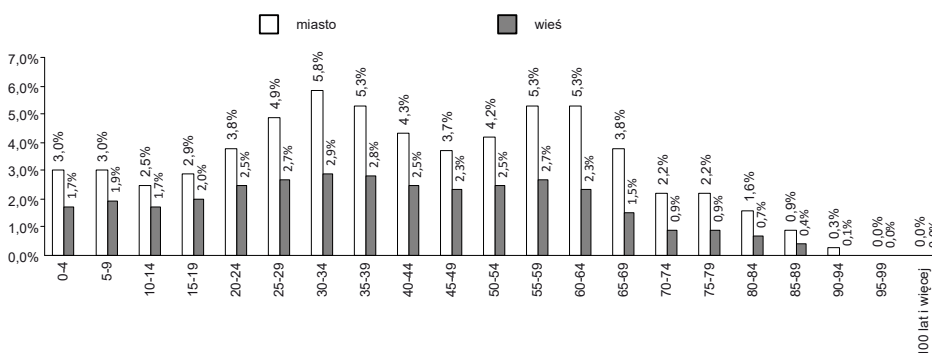
- Klientem TAURON-u jest przede wszystkim każda osoba korzystająca z energii elektrycznej – czyli każdy mieszkaniec obszaru dystrybucyjnego TAURON-u.

Przy takim podejściu klientów indywidualnych TAURON-u jest około 13 mln, w 69,8% mieszkających w miastach i w 30,2% mieszkających na wsi. Spośród tej grupy 48,3% to mężczyźni, a 51,7% to kobiety.

Struktura klientów TAURON-u według płci i wieku



Struktura klientów TAURON-u według miejsca zamieszkania



Podejście do segmentacji klientów jako wszystkich osób w gospodarstwie domowym korzystających z energii elektrycznej wymagać będzie także dosto-

sowania oferowanych produktów do potrzeb każdego z klientów, a nie tylko tego, który jest stroną umowy.

Polski klient na tle klientów europejskich charakteryzuje się kilkoma cechami, które go wyróżniają:

- Rzadsze zakupy w sposób impulsowy.
- Częstsze porównania cenowe.
- Znajomość cen większej liczby produktów.
- Wrażliwość na promocje – wzrosty sprzedaży w okresach promocji 2–3 razy większe niż w krajach Europy Zachodniej.
- Nielojalność – jedna z najwyższych w Europie gotowość do zmiany marki kupowanego produktu, o ile analogiczny produkt jest tańszy/korzystniejszy.

Ukryte reguły kupujących Polaków:

- Wydać pieniądze jak najlepiej, a nie – wydać ich jak najmniej
- Maksymalizować wartość, a nie – minimalizować cenę
- Zakupy to inwestycja

Konsument w Polsce się zmienił:

- Kupuje pod kątem wszystkich korzyści i usług – nie tylko ceny
- Dokładnie sprawdza to, co kupuje – nie wierzy obietnicom
- Jest świadomy zasad komunikacji marketingowej, krytykuje je – nie jest biernym odbiorcą
- Oczekuje produktów dostosowanych do jego potrzeb – nie chce produktu masowego
- Chce być traktowany indywidualnie – nie tak jak wszyscy

Źródło: Badanie Portfolia produktowego Simon-Kucher & Partners

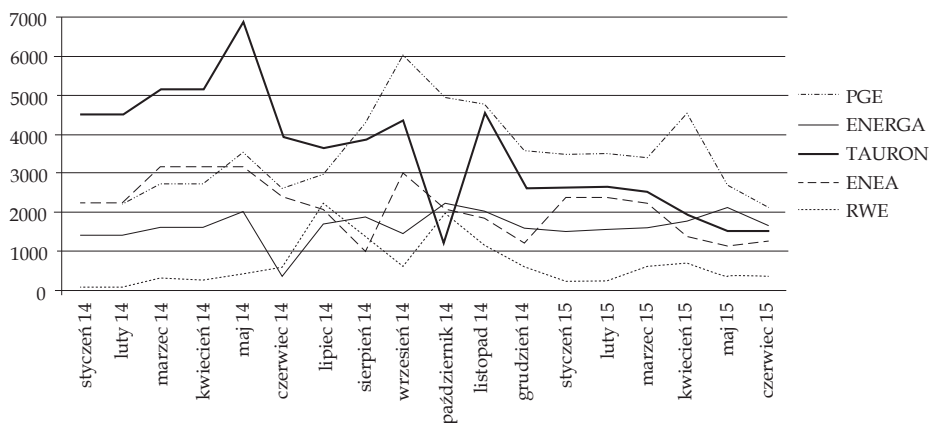
Oferta produktowa dla klientów nie może więc być kopią ofert z innych rozwiniętych rynków energii elektrycznej – musi uwzględniać specyfikę polskiego klienta.

4. Nowe modele zachowań odbiorców energii. Firmy energetyczne w walce o klienta

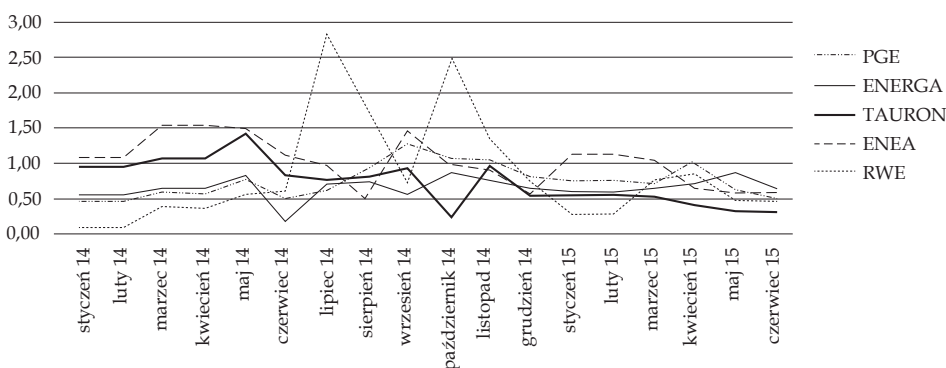
Obecnie firmy najbardziej aktywne sprzedażowo (według liczby złożonych wniosków o zmianę sprzedawcy) mają równocześnie najwyższe ceny. Przy takich cenach pozyskiwanie nowych klientów odbywa się głównie przy wykorzystaniu bezpośrednich kanałów sprzedażowych „door to door”.

Taki model sprzedaży bardzo często obecnie odbywa się na granicy standardów uczciwości, a niejednokrotnie bez tych standardów.

Liczba odbiorców z grupy G korzystająca z prawa wyboru sprzedawcy



Liczba odbiorców z grupy G korzystająca z prawa wyboru sprzedawcy, % posiadanej bazy klientów



Źródło: Dane URE z raportu monitoring zmian sprzedawcy „Informacje dotyczące zmiany sprzedawcy w wybranych miesiącach za okres od grudnia 2010 r. do czerwca 2015 r.”

Odbiorcy energii elektrycznej bronią się przed agresywnymi technikami i kanałami sprzedaży, coraz częściej żądając zablokowania swoich danych do celów sprzedażowych, co odnosi większy lub mniejszy skutek. Z pomocą klientom przychodzi także ustawodawca, który ogranicza stosowanie telefonicznego kanału kontaktu (zmiana przepisów z 26 grudnia 2014 r. – ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta, Dz. U. poz. 827) – kompletnie natomiast nie interweniuje w kanały „door to door”.

Rozwój rynku sprzedaży energii elektrycznej i gazu oraz wzrost edukacji klientów wymusi jednak prędzej czy później stosowanie bardziej inteligentnych i mniej agresywnych metod ich pozyskiwania:

- Segmentacja klientów według ich potrzeb i personalizacja oferty.
- Analiza anty-churn.
- Doradztwo i opieka skierowane na potrzeby klienta.

- Obsługa posprzedażowa.
- Rozwój narzędzi e-commerce.

5. Preferowane kanały obsługi/zakupu

Klienci we wszelkich badaniach w większości preferują jako kanały zakupu takie, w których są mniej narażeni na bezpośredni kontakt ze sprzedawcą i mają w nich komfort podejmowania decyzji bez nacisków z ich strony, czyli są to głównie oferty przesłane pocztą lub e-mailem.

W takim też kierunku podążają zmiany prawne regulujące rynek sprzedaży z wykorzystaniem telefonicznych i elektronicznych kanałów sprzedaży.

Jeśli chodzi natomiast o kanały obsługi, to klienci zdecydowanie preferują bezpośredni kontakt z pracownikiem. Przy czym oczekiwania klientów zmierzają w kierunku, gdzie pracownik ten poza szeroką wiedzą merytoryczną powinien być także doradcą klienta oraz jego indywidualnym audytorem w kwestiach związanych z wykorzystaniem nośników energii.

Z roku na rok rośnie także liczba klientów korzystających z kanałów e-commerce, zarówno w zakresie sprzedaży, jak i w zakresie obsługi. Odsetek klientów, którzy w zakresie produktów związanych z energią elektryczną korzystaliby z kanałów e-commerce (z 50% prawdopodobieństwem) wynosi obecnie około 15% (wyniki badań prowadzonych przez TAURON Sprzedaż).

6. Podsumowanie. Klient na rynku energii w 2030 r.

Wymagania i potrzeby klientów na rynku energii elektrycznej mniej lub bardziej uświadomione postawią przed sprzedawcami i dystrybutorami nowe wyzwania, którym będą musieli sprostać, aby utrzymać udziały rynkowe:

- Wysoki poziom edukacji: prosumenci, nowoczesne urządzenia gospodarujące i zarządzające wykorzystaniem energii elektrycznej, duża świadomość możliwości zmiany sprzedawcy, możliwych do uzyskania korzyści i zagrożeń.
- Bardziej wyedukowany klient będzie wymagał także stosowania bardziej inteligentnych narzędzi od sprzedawcy i dostawcy energii elektrycznej. Będą to narzędzia mobilne do obsługi klienta i zarządzania wykorzystaniem energii elektrycznej.
- Bardziej świadomy swoich potrzeb klient będzie wymagał przeorganizowania produktów i usług oferowanych na rynku energii elektrycznej. Konieczne stanie się stworzenie oferty produktów i usług, które będą odpowiadały różnorodnym potrzebom klienta:
 - Ogrzanie i klimatyzowanie domu/mieszkania/firmy (energia, urządzenia).
 - Doradztwo i pomoc na etapie budowy i remontu domu/mieszkania/firmy (energia, urządzenia).
 - Zapewnienie bezpieczeństwa i ciągłości pracy urządzeń (energia, urządzenia).