t. LXXIV • nr 1/2021 (871) • DOI 10.33226/0137-5490.2021.1.4

Dr hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN

Polska Akademia Nauk
ORCID: 0000-0001-9558-1140
e-mail: g_materna@wp.pl

Modele antymonopolowej oceny ograniczeń „ze względu na cel" — wciąż na rozdrożu między formalnym a ekonomicznym podejściem

Models of the competition assessment of restrictions "by object" — still at the crossroads between formal and economic approach

Streszczenie

W prawie konkurencji ustalił się podział na porozumienia, które ograniczają konkurencję ze względu na sam cel (charakter) oraz ze względu na skutek. Podział ma istotne znaczenie praktyczne, gdyż znacznie obniża obowiązki dowodowe organu ochrony konkurencji w przypadku zakwalifikowania kwestionowanej praktyki jako ograniczenie ze względu na cel — organ ochrony konkurencji nie musi udowodniać skutków praktyki. Wciąż brak jednolitej odpowiedzi na pytanie, czy domniemanie szkodliwości ograniczeń ze względu na cel można obalić z uwagi na kontekst konkretnej sprawy. Stanowisko polskich sądów dryfuje między formalnym a bardziej ekonomicznym podejściem. Bardziej jednoznacznie za podejściem ekonomicznym opowiada się orzecznictwo unijne. Celem artykułu jest przedstawienie i porównanie modeli antymonopolowej oceny porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel wypracowanych w orzecznictwie polskim i unijnym, oraz zaproponowanie rozwiązania, które powinno zostać przyjęte w polskim orzecznictwie. Autor argumentuje na rzecz badania przez organ antymonopolowy szerszego kontekstu ekonomicznego również porozumień z kategorii zazwyczaj zaliczanych do kategorii ograniczeń ze względu na cel, jeśli tylko przez stronę zostały przedstawione odpowiednie dowody i argumenty mogące obalić domniemanie szkodliwości porozumienia dla konkurencji.

Słowa kluczowe: prawo konkurencji, porozumienia ograniczające konkurencję, ograniczenia konkurencji ze względu na cel

Abstract

Competition law has established a distinction between agreements restricting competition 'by object' and 'by effect'. This division has a significant practical importance as in case of anticompetitive conduct consistent with these classified as a restriction 'by object' the competition authority's obligations to support its findings with the necessary evidence are much lowered — the competition authority does not need to prove the effects of the practice. However, there is still no uniform answer to the question of whether the presumption of harmfulness of by-object restrictions can be rebutted due to the context of a specific case. Polish jurisprudence does not provide an unambiguous answer, drifting between a formal and a more economic approach. More explicit conclusions in favor of an economic approach can be drawn from EU law. The aim of the article is to present and compare models of antitrust assessment of restrictions "by object" developed in Polish and EU jurisprudence, and to propose, on this basis, a solution, that should be adopted in Polish jurisprudence. The author argues in favor of the antitrust authority examining the broader economic context also in case of conducts that fall into the categories usually assessed as restrictions "by object", provided that an appropriate evidence and arguments exist that may refute the presumption of restriction of competition.

Keywords: competition law, agreements restricting competition, restrictions by-object

JEL: K21

Wprowadzenie

W przepisach prawa konkurencji, tak polskiego[1], jak i unijnego[2], sformułowany został zakaz porozumień ograniczających konkurencję. Zakaz obejmuje te rodzaje współpracy między przedsiębiorcami, których już sam przedmiot (charakter) jednoznacznie wskazuje na szkodliwość dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji[3] i wywarcie takich negatywnych skutków jak ograniczenie podaży lub wzrost cen, ostatecznie odczuwanych przez konsumentów[4] (porozumienia „co do celu"). Druga kategoria objęta zakazem to porozumienia, których charakter nie pozwala przesądzić z dużym prawdopodobieństwem o ich antykonkurencyjnej naturze[5]. Właściwy organ musi udowodnić, że w warunkach, w jakich porozumienie zostało zawarte, ogranicza konkurencję (ograniczenia „co do skutku").

W wymiarze praktycznym konsekwencją wyodrębnienia kategorii ograniczeń ze względu na cel jest zdjęcie — w ich przypadku — z organu ochrony konkurencji obowiązku każdorazowego (w każdej kolejnej sprawie) dowodzenia, że negatywne skutki porozumienia zmaterializowały się w obrocie gospodarczym lub mogły się zmaterializować[6]. Wystarczające jest wykazanie, że treść konkretnego porozumienia ma znamiona jednej z kategorii porozumień już uznawanych w ustalonym orzecznictwie za należące do tzw. *object box* — zbioru porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel (Whish, Bailey, 2012, s. 120). Niestety, ani prawodawca unijny, ani krajowy nie sprecyzował, jakie konkretne kategorie porozumień obejmuje *object box*. Daje to organowi ochrony konkurencji znaczny poziom dyskrecjonalności w ocenie zachowań przedsiębiorców (Banasiński, 2015, s. 258).

Na tym tle powstaje interesujące i ważne dla praktyki stosowania prawa pytanie o prawne możliwości obrony w przypadku porozumień zaliczanych do kategorii ograniczeń ze względu na cel. Szczególnie intrygujące jest w takiej sytuacji pytanie o możliwość obalenia domniemania szkodliwości danego porozumienia. Polskie orzecznictwo nie daje w tym zakresie jednoznacznej odpowiedzi, dryfując między podejściem formalnym (ograniczenia co do celu zawsze naruszają art. 6 ust. 1 u.o.k.k., możliwe jest wyłącznie wykazywanie spełnienia kryteriów wyłączenia spod zakazu na podstawie art. 8 u.o.k.k.) a bardziej ekonomicznym (w konkretnym kontekście ekonomiczno-prawnym również porozumienia uważane tradycyjnie za ograniczenia „oczywiste" mogą nie mieć antykonkurencyjnego potencjału i nie naruszać art. 6 u.o.k.k.; organ zobowiązany jest uwzględnić takie argumenty jeżeli strona je przedstawi).

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie i porównanie modeli antymonopolowej oceny porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel wypracowanych w orzecznictwie polskim ze standardem oceny tych porozumień, jaki ustalił się w prawie unijnym. Będzie to pretekstem do przedstawienia stanowiska własnego. Zarazem trzeba zaznaczyć, że ograniczone ramy artykułu skłoniły autora do nieprzedstawiania pełnej analizy cytowanych w artykule orzeczeń (stanów faktycznych poszczególnych spraw) i trzymania się ściśle przyjętego założenia prezentacji i oceny tytułowych modeli oceny ograniczeń „ze względu na cel".

Ogólne reguły antymonopolowej oceny porozumień między przedsiębiorcami

Przed przejściem do omówienia rozbieżności w zakresie modelu oceny ograniczeń ze względu na cel warto skrótowo przypomnieć podstawowe reguły antymonopolowej oceny porozumień między przedsiębiorcami.

Z uwagi na względny charakter zakazu porozumień ograniczających konkurencję ich antymonopolowa ocena jest wieloetapowa. Punktem wyjścia jest ustalenie, czy „celem lub skutkiem" porozumienia jest ograniczenie konkurencji. Według TS w kwestii oceny antykonkurencyjnego charakteru porozumienia należy skupić się na obiektywnych celach, do osiągnięcia których zmierza, oraz na kontekście gospodarczym i prawnym, w jaki się wpisuje[7]. Ustaleniu, w której z kategorii mieści się konkretne porozumienie, służą otwarte katalogi najbardziej typowych kategorii praktyk zakazanych (art. 6 ust. 1 u.o.k.k.; art. 101 (1) TFUE). Ustalenie granic podziału porozumień na ograniczenia „co do celu" i „co do skutku" wymaga przede wszystkim odwołania się do orzecznictwa. Wskazówką są też katalogi tzw. klauzul czarnych w rozporządzeniach o wyłączeniach grupowych (por. Bellamy & Child, 2013, s. 153) i urzędowe wyjaśnienia (w prawie UE to przede wszystkim: Commission Staff Working Document. Guidance on restrictions of competition „by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, SWD (2014) 198 final[8]). Wśród porozumień między konkurentami do kategorii porozumień o zasadniczo antykonkurencyjnej naturze zalicza się ustalanie cen[9], ograniczanie produkcji i podział rynków. W przypadku zaś porozumień wertykalnych, to m.in. utrzymywanie stałej i minimalnej ceny odsprzedaży[10] i ograniczenia zapewniające całkowitą ochronę terytorialną, w tym ograniczenia sprzedaży biernej (Komunikat Komisji. Zawiadomienie — Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.Urz. UE C 373/14 z 12.10.2014, par. 23). Katalog ten może być rozszerzany o inne typy porozumień (Turno, 2012, nr 2, s. 40; szerzej zob.: Materna, 2016, s. 167–174; P. Podrecki, 2014, s. 788–791). Najdalej idące stanowisko zajmują autorzy jednego z komentarzy do u.o.k.k., zdaniem których wszystkie „stany faktyczne porozumień wymienionych literalnie w art. 6 zostały uznane przez ustawodawcę za ograniczające konkurencję per se" (Banasiński, Piontek, 2009, s. 194–195).

Uznanie porozumienia za ograniczające konkurencję nie musi jeszcze oznaczać jego zakazu, a to z uwagi na mechanizmy wyłączeń (Jurkowska, Skoczny, 2008, s. 33). Obejmują one po pierwsze tzw. regułę *de minimis*, wyłączającą spod zakazu porozumienia o bagatelnym wpływie na rynek, mierzonym niskimi udziałami uczestniczących przedsiębiorców (nie dotyczy to porozumień uznawanych za najcięższe ograniczenia)[11].

Możliwość uniknięcia zakazu dają też uregulowania dotyczące wyłączenia porozumień, których szkodliwy wpływ na konkurencję jest równoważony innymi korzyściami natury ekonomicznej (kryteria takiej oceny określa art. 8 ust. 1 u.o.k.k. i art. 101 (3) TFUE). To ostatnie wyłączenie dostępne jest dla całych kategorii porozumień, których antykonkurencyjny charakter równoważą pozytywne skutki dla rynku (np. porozumienia wertykalne). Podlegają one wyłączeniu pod warunkiem spełnienia kryteriów ilościowych (w zakresie udziałów rynkowych stron porozumienia) i jakościowych (brak tzw. klauzul czarnych), które zostały określone w specjalnych rozporządzeniach (wyłączenia grupowe — na ich temat, zob. Materna, 2010, s. 22–27; Jurkowska, Skoczny, 2008). Porozumienia niespełniające kryteriów wyłączenia grupowego mogą jeszcze liczyć na wyłączenie indywidualne, pod warunkiem wykazania spełnienia określonych odpowiednio w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. (w prawie polskim) lub art. 101 (3) TFUE (w prawie unijnym) przesłanek w postaci podniesienia efektywności, zapewnienia konsumentom odpowiednich korzyści z porozumienia, niezbędności ograniczeń dla osiągnięcia celów porozumienia i nieumożliwiania eliminacji konkurencji. Wyłączenie indywidualne jest dostępne w przypadku obu typów ograniczeń konkurencji[12], jednak spełnienie jego wymogów jest znacznie trudniejsze dla ograniczeń „co do celu"[13].

Modele oceny porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel

Na tle przypomnianych wcześniej ogólnych reguł antymonopolowej oceny porozumień, w praktyce stosowania prawa szczególnego znaczenia nabiera pytanie o wpływ stwierdzenia, że dane porozumienie w ogólnym ujęciu mieści się w kategorii ograniczeń „co do celu", na możliwość dowodzenia braku naruszenia zakazu. W praktyce orzeczniczej można, jak już wskazano wyżej, zaobserwować dwa podejścia. W tym bardziej formalnym przypisanie do kategorii ograniczeń „co do celu" *de facto* przesądza, że każde porozumienie mające takie cechy oddziałuje lub może oddziaływać szkodliwie na konkurencję. Uniknięcie zakazu możliwe jest tylko przez wykazanie spełnienia kryteriów wyłączeń (art. 8 u.o.k.k., art. 101 (3) TFUE). To bardziej ekonomiczne podejście traktuje zaś umieszczenie porozumienia w kategorii „co do celu" bardziej jako domniemanie antykonkurencyjnego wpływu, które może być obalone w konkretnej sprawie, ze względu na jej szeroko ujmowany kontekst ekonomiczno-prawny. Organ zobowiązany jest uwzględnić takie argumenty, jeżeli strona je przedstawi.

Orzecznictwo polskie

Obecnie w polskim orzecznictwie silnie reprezentowane jest bardziej tradycyjne podejście, wywodzące się z fundamentalnego wyroku SN w sprawie III SK 21/11[14]. Rozpatrując kwestie statusu wertykalnych porozumień cenowych (RPM), uznawanych za jedne z „oczywistych ograniczeń konkurencji" (szerzej na temat statusu RPM: Zawłocka-Turno, Turno, 2011; Fornalczyk, Skoczny, 2016; Materna, 2017) sąd dostrzegł, że „przynajmniej w pewnych okolicznościach" porozumienia te „mogą być prokonkurencyjne". Zarazem SN uznał jednak, że ta okoliczność może być rozpoznawana dopiero na etapie oceny spełnienia przesłanek wyłączenia grupowego[15] lub gdy przedsiębiorca wykaże spełnienie kryteriów wyłączenia indywidualnego[16]. Jednoznacznie przeciwko możliwości odmiennej oceny choćby niektórych szczególnych rodzajów porozumień RPM wypowiedział się SN w sprawie dotyczącej ustalenia sztywnych cen sprzedaży w ramach umowy franczyzy[17] (krytycznie na temat takiego podejścia — Kohutek, 2020, s. 76–90). W innych sprawach SN wyraźnie zanegował potrzebę badania kontekstu ekonomicznego przy ocenie ograniczeń co do celu („kontekst ekonomiczny nie zwalnia z konieczności respektowania ustalonych przez ustawodawcę standardów")[18], przesądzając, że „zawarcie porozumienia dotyczącego zasadniczego parametru konkurencji na rynku, jakim jest cena, niewątpliwie narusza (…) interes publiczny"[19]. Z kolei Sąd Apelacyjny w przywoływanej już sprawie ustalania sztywnych cen sprzedaży w ramach umowy franczyzy uznał, że porozumienia RPM godzą w interes publiczny, nawet jeżeli w konkretnej sprawie ich „negatywne rzeczywiste i potencjalne odziaływanie [jest] bardzo małe"[20]. Jak wynika z wyroku tegoż sądu w innej sprawie, małe oddziaływanie porozumienia RPM na rynek lub wręcz jego nierealizowanie przez strony jest najwyżej podstawą do ustalenia kary pieniężnej na minimalnym poziomie[21]. Domknięciem tej linii orzeczniczej jest zakwestionowanie przez SN w jednym z nowszych orzeczeń wykładni art. 6 ust. 1 u.o.k.k. polegającej na „uznaniu, że mogą istnieć takie pionowe porozumienia ustalające sztywne lub minimalne ceny odsprzedaży, które nie są objęte hipotezą tego przepisu z tej przyczyny, że nie mają zdolności do zakłócania konkurencji"[22]. Dalej, w tym samym wyroku, SN podniósł, że „dogłębne badanie skutków porozumienia mającego antykonkurencyjny cel niweczyłoby sens wyróżniania takich dwóch kategorii porozumień".

Poza przywołanym, w polskim orzecznictwie jest też dostrzegalne odmienne podejście, uznające wartość analizy kontekstu gospodarczego przy badaniu antymonopolowego statusu porozumienia na etapie oceny antykonkurencyjnego charakteru. W uzasadnieniach tych wyroków Sąd Najwyższy uznaje za błędne stanowisko „co do braku znaczenia ekonomicznego kontekstu porozumienia dla możliwości przypisania odpowiedzialności antymonopolowej"[23]. Wypowiadając się w sprawach różnych „oczywistych ograniczeń konkurencji", SN uznaje, że „w wyjątkowych sytuacjach" porozumienia tego typu „nie zagrażają interesowi publicznemu"[24]. W jednej ze spraw dotyczących porozumień RPM jednoznacznie stwierdzono, że „w pewnych okolicznościach stosowanie takich porozumień może być prokonkurencyjne"[25]. W innej sprawie można również znaleźć tezę, że kwalifikacja RPM jako ograniczeń ze względu na cel „nie zwalnia (…) z uwzględnienia kontekstu gospodarczego, w jakim doszło do zawarcia wertykalnego porozumienia cenowego, ponieważ nawet porozumienie, którego treść dotyczy ustalania cen, może —

w zależności od tego kontekstu — nie ograniczać konkurencji”[26]. SN podawał także przykładowe okoliczności, kiedy stosowanie klauzul RPM nie sprzeciwiałoby się wartościom chronionym prawem konkurencji[27].

W podobnym kierunku zmierza stanowisko SN w postanowieniu wydanym w związku z decyzją Prezesa UOKiK w sprawie porozumienia dotyczącego ustalania przez ubezpieczyciela z dostawcami części zamiennych warunków sprzedaży przez tych ostatnich części zamiennych warsztatom naprawczym współpracującym z ubezpieczycielem[28]. Rozpatrywane porozumienie odpowiadało praktyce zawartej w ustawowym katalogu praktyk zakazanych (zakaz ustalania warunków sprzedaży towarów). SN zgodził się jednak, że nie narusza art. 6 u.o.k.k., wziąwszy pod uwagę przedmiot porozumienia, sposób, w jaki oddziaływało na rynek oraz jak wpływało na konsumentów. Sąd wyraził wówczas generalne spostrzeżenie, że „nie każde porozumienie między dwoma przedsiębiorcami, którego przedmiotem jest ustalenie, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków sprzedaży towarów, negatywnie oddziałuje na konkurencję”[29]. Innym przykładem uwzględnienia przez sąd ekonomicznego kontekstu zawarcia porozumienia przy ocenie charakteru kwestionowanego porozumienia jest wyrok w sprawie porozumienia między bankami ustalającego wysokość opłaty *interchange* pobieranej od transakcji dokonywanych kartami[30]. Sąd Najwyższy przyjął w nim, że choć „horyzontalne porozumienia cenowe są zazwyczaj klasyfikowane jako porozumienia zakazane ze względu na cel” to „od zasady takiej występować mogą jednak wyjątki”. Sąd uznał, że taka wyjątkowa sytuacja zachodzi w rozpatrywanym porozumieniu z uwagi na nieoczywistość wpływu rzeczonych opłat *interchange* na koszty ponoszone przez ostatecznego konsumenta i z uwagi na możliwe pozytywne skutki porozumienia[31].

Z przywołanych orzeczeń można ostrożnie wnosić, że SN nie wyklucza obalenia domniemania związanego ze statusem ograniczeń co do celu, jeśli w konkretnym przypadku przemówi za tym wszechstronna ocena dowodów i kontekstu ekonomicznego sprawy. Porozumienia formalnie zaliczane do kategorii oczywistych ograniczeń konkurencji mogą w praktyce nie mieć potencjału szkodliwego oddziaływania na rynek albo tego rodzaju potencjał może być nieoczywisty. Wówczas, w przypadku zaprezentowania stosownych dowodów i analiz przez stronę, właściwy organ ochrony konkurencji powinien wykroczyć poza standardowy zakres oceny ograniczeń „co do celu” i zbadać również skutki wywierane przez dane porozumienie.

Orzecznictwo unijne

Ostatnie z prezentowanych podejść do ograniczeń konkurencji ze względu na cel jest najbliższe tendencjom orzeczniczym obserwowanym obecnie w prawie unijnym (na ich temat — zob. Peeperkorn, 2015, s. 40–50; Nagy, 2013, s. 541–564; Bolecki, 2012, s. 5–25; Miąsik, 2009, s. 50–58). Praktycznie niespotykane już podejście formalistyczne zakładało, że na gruncie traktatowego zakazu porozumień ograniczających konkurencję przesłanka antykonkurencyjnego celu odnoszona była do przedmiotu (treści) porozumienia (Miąsik, 2009, s. 53), do obiektywnych celów, do których porozumienie zmierza[32], natomiast rzeczywiste warunki funkcjonowania porozumienia, w tym kontekst gospodarczy działania jego uczestników, charakter produktów objętych porozumieniem i struktura rynku miały znaczenie tylko w przypadku porozumień niezawierających „oczywistych ograniczeń konkurencji” (Nagy, 2013, s. 553)[33]. W takim ujęciu w przypadku uznania kwestionowanej praktyki za ograniczenie „ze względu na cel” obrona przed zarzutem naruszenia art. 101 (1) TFUE poprzez wykorzystanie argumentacji ekonomicznej była możliwa jedynie w ramach badania spełnienia kryteriów wyłączenia (art. 101 (3) TFUE).

W nowszym orzecznictwie[34] analiza kontekstu ekonomicznego i prawnego jest wymagana zawsze, również w przypadku porozumień ze swej istoty uznawanych za szkodliwe dla normalnego funkcjonowania rynku (por. Bolecki, 2012, s. 14). Wspomniana ocena ma przy tym uwzględniać „wszystkie (…) czynniki, biorąc przy tym w szczególności pod uwagę istotę rozpatrywanych usług oraz rzeczywiste warunki funkcjonowania rynków, a także ich strukturę, umieszczając wszystkie te czynniki w kontekście gospodarczym czy też prawnym, w który wpisuje się ta forma współpracy; nie ma przy tym znaczenia to, czy dany czynnik dotyczy rynku właściwego”[35]. Wobec takiego podejścia katalog porozumień, których szkodliwy charakter jest powszechnie uznawany i łatwo sprawdzalny, może być — na podstawie kompleksowej oceny kontekstu gospodarczego i prawnego — rozbudowywany o nowe kategorie. Ze względu jednak na dyrektywę ścisłej wykładni kategorii ograniczeń co do celu[36], efektem opisywanego podejścia może być również zawężanie kategorii ograniczeń „co do celu”[37].

Najnowsze orzecznictwo TS potwierdza, że dopuszczenie analizy wymienionych wyżej przesłanek ekonomicznych pozwala w konkretnym przypadku obalić domniemanie szkodliwości porozumienia, wiążące się z jego przynależnością do kategorii „oczywistych ograniczeń konkurencji” (Peeperkorn, 2015, s. 40–50; Odudu, 2006, s. 127). Wskazuje na to np. stanowisko Rzecznika Generalnego w opinii w sprawie C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal[38]. Analiza szerokiego kontekstu prawnego i gospodarczego porozumienia, z uwzględnieniem wymienionych wyżej czynników, postrzegana jest tu jako obligatoryjny[39] drugi etap badania służącego weryfikacji formalnego etapu oceny, w którym sprzeczność porozumienia z zasadami konkurencji analizuje się przede wszystkim w odniesieniu do treści i celów porozumienia oraz ich postrzegania w świetle dotychczasowych doświadczeń orzeczniczych[40]. W podobnym duchu wypowiedział się TS w sprawie C-307/18 Generics (UK) Ltd[41]. Trybunał stwierdził w niej, że wynikające z formalnej oceny domniemanie antykonkurencyjnego celu porozumienia są w stanie obalić „udowodnione i istotne” prokonkurencyjne skutki. Według TS wykazanie takich skutków może „wzbudzić uzasadnione wątpliwości co do wystarczająco szkodliwego dla konkurencji charakteru” porozumienia[42].

Podsumowując, w aktualnym orzecznictwie unijnym coraz szerzej otwarta jest droga do podważania w konkretnym kon-

tekście prawnym i gospodarczym statusu ograniczenia ze względu na cel. Właściwy organ lub sąd powinien zbadać takie okoliczności, jak również „udowodnione i istotne" skutki prokonkurencyjne porozumienia. Może to bowiem doprowadzić do obalenia — w odniesieniu do danej konkretnej praktyki — domniemania antykonkurencyjnego celu.

Wnioski

W polskim orzecznictwie nie został wypracowany jednolity model antymonopolowej oceny ograniczeń ze względu na cel: podejście tradycyjne sąsiaduje z tym bardziej ekonomicznym. W jednych sprawach SN kwestionuje możliwość obalenia domniemania antykonkurencyjnego celu w przypadku porozumienia zaliczanego do takiej kategorii (nawet gdy kontekst sprawy i związane z tym argumenty ekonomiczne świadczyłyby inaczej, mogą być one ewentualnie uwzględnione dopiero na ostatnim etapie oceny wyłączeń spod zakazu, art. 8 u.o.k.k.). W innych sprawach spotkać można podejście bardziej racjonalne, otwarte na możliwość obalenia domniemania antykonkurencyjnego celu porozumienia już na etapie oceny spełnienia kryteriów zakazu, na podstawie wszechstronnej oceny kontekstu ekonomicznego.

To drugie podejście jest bliższe aktualnemu orzecznictwu unijnemu. Przynależność porozumienia do jednej z kategorii „oczywistych ograniczeń konkurencji" została wręcz uznana za jedynie wstęp do obowiązkowej dalszej analizy rozbudowanego katalogu czynników składających się na kontekst ekonomiczno-prawny. Tego rodzaju dowody, jak również „udowodnione i istotne" prokonkurencyjne skutki, mogą obalić domniemanie antykonkurencyjnego celu porozumienia. W takim przypadku właściwy organ nie może nadal utrzymywać, że rozpatrywane porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, tylko musi przedstawić pełną analizę jego skutków.

Należy się opowiedzieć za przyjęciem także w polskim orzecznictwie podejścia zbieżnego z powyższym podejściem sądów unijnych. Przede wszystkim zapewnia ono większą racjonalność zapadających rozstrzygnięć, brak w obrocie decyzji i wyroków zakazujących porozumień na tej tylko podstawie, że w ogólnym ujęciu pewne kwestionowane zachowanie mieści się w hipotezie przepisu określającego kategorię ograniczeń ze względu na cel. Wykluczenie dostarczanych przez skarżonych dowodów na okoliczność braku antykonkurencyjnego celu autoryzuje pozostawanie w obrocie prawnym rozstrzygnięć nieracjonalnych z ekonomicznego punktu widzenia, wprowadzających ograniczenia swobody działalności gospodarczej przedsiębiorców nadmierne i niecelowe z punktu widzenia ochrony konkurencji.

Ponadto wykluczanie *a priori* możliwości rewizji w konkretnej sprawie powszechnie wypracowanej oceny antykonkurencyjnego potencjału danej kategorii praktyk jest też nieracjonalne z perspektywy obecnych realiów rynkowych, które cechuje szybkość powstawania nowych modeli działalności gospodarczej i duża dynamika zmian warunków rynkowych. W tych okolicznościach nie można wykluczyć, że praktyka generalnie postrzegana dotąd jako przynosząca szkodliwe efekty będzie na określonym rynku, w określonym modelu gospodarowania, działać stymulująco. Uzasadnia to promowanie mechanizmów pozwalających na bardziej elastyczne stosowanie prawa konkurencji, takich jak w orzecznictwie unijnym.

Za szerszym uwzględnianiem kontekstu ekonomicznego sprawy — w ślad za orzecznictwem unijnym — już na etapie weryfikacji antykonkurencyjnego charakteru porozumienia przemawia także wymóg zgodności krajowego zakazu porozumień ograniczających konkurencję z prawem unijnym, gdy jest równolegle stosowany w sprawach mających wpływ na handel między państwami członkowskimi[43].

Na koniec trzeba podkreślić, że sugerowane podejście nie stoi w sprzeczności z samą istotą wyodrębnienia ograniczeń „co do celu", czyli umożliwieniem organom ochrony konkurencji uproszczonego procedowania w sprawach, w których z uwagi na ustalone doświadczenie orzecznicze nie ma potrzeby każdorazowego dowodzenia szkodliwego wpływu. W tym zakresie zgodzić się należy z SN, że nakładanie na organ ochrony konkurencji „obowiązku każdorazowego badania (…) skutków porozumienia mającego antykonkurencyjny cel niweczyłoby sens wyróżniania takich dwóch kategorii porozumień"[44]. Jednak krytykując relewantność badania kontekstu ekonomicznego na tym wczesnym etapie antymonopolowej oceny, SN błędnie uznaje, że taki model oznacza dla organu obowiązek badania rzeczywistych skutków rynkowych w każdym przypadku. Szerszy kontekst ekonomiczny sprawy powinien być bowiem badany przez organ, o ile odpowiednie dowody i argumenty zostaną przedstawione przez stronę.

Podsumowując przedstawione racje, opowiadam się za przyjęciem w polskim orzecznictwie następującego podejścia. **Rozpatrując sprawę porozumienia, które w świetle dotychczasowych doświadczeń orzeczniczych postrzegane jest jako ograniczenie ze względu na cel (np. porozumienia RPM), organ ochrony konkurencji nie może zignorować, tylko powinien uwzględniać przedstawiane przez stronę dowody ekonomiczne i argumentację odnoszącą się do takich czynników jak rzeczywiste warunki funkcjonowania porozumienia, kontekst gospodarczy i prawny, charakter produktów objętych porozumieniem, struktura rynku oraz udowodnione prokonkurencyjne skutki porozumienia. Ocena takiego szerokiego kontekstu powinna mieć miejsce już na etapie oceny charakteru porozumienia (art. 6 ust. 1 u.o.k.k.). Jej konsekwencją może być zaś wniosek, że konkretne porozumienie — mimo że w ogólnym ujęciu mieści się w kategorii uznawanej za ograniczenie co do celu — nie stoi w oczywistej sprzeczności z zasadami konkurencji (tzn. jego nieodzowną konsekwencją nie są skutki antykonkurencyjne). W takim przypadku stwierdzenie naruszenia art. 6 u.o.k.k. przez Prezesa UOKiK wymaga przeprowadzenia przez ten organ oceny porozumienia według standardów przewidzianych dla ograniczeń „ze względu na skutek".**

Przypisy/Notes

[1] Art. 6 ust. 1 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2020, poz. 1076) (dalej: u.o.k.k.).

[2] Art. 101 (1) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47) (dalej: TFUE).

[3] Wyrok SN z 14.01.2009 r. (III SK 26/08), OSNP 2010, nr 13–14, poz. 179; wyrok TS z 11.09.2014 r. w sprawie C-382/12 P MasterCard, EU:C:2014: 2201, pkt 184 i 185; wyrok TS z 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P Groupement des Cartes Bancaires, ECLI:EU:C: 2014: 2204, par. 50; wyrok TS z 13.12.2012 r. w sprawie C-226/11 Expedia, ECLI:EU:C:2012: 795, par. 36.

[4] Wyrok TS z 30.01.2020 r. w sprawie C-307/18 Generics (UK) Ltd, ECLI:EU:C:2020: 52, par. 64; wyrok SN z 25.10.2017 r. (III SK 38/16), LEX nr 2435635.

[5] Wyrok SN z 25.10.2017 r. (III SK 38/16), LEX nr 2435635.

[6] Por. wyrok SN z 20.02.2014 r. (III SK 26/13), Legalis nr 993264; wyrok SA z 13.02.2007 r. (VI ACa 819/06), Legalis nr 84042; wyrok TS z 26.11.2015 r. w sprawie C-345/14 Maxima Latvija, EU:C:2015:784, pkt 17; wyrok TS z 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, EU:C:2009:34, pkt 31.

[7] Por. wyrok TS z 20.11.2008 r. w sprawie C-209/07 Beef Industry Development Society i inni, ECLI:EU:C:2008:643, pkt 16 i 21; wyrok TS z 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08 T-Mobile Netherlands BV i inni, ECLI:EU:C:2009:343, par. 27.

[8] https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf

[9] Wyrok TS z 15.10.2002 r. w połączonych sprawach C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P Limburgse Vinyl Maatschappij NV, ECLI:EU:C:2002:582, par. 491; wyrok SA z 9.10.2015 r. (VI ACa 1058/14), niepubl.

[10] Decyzja KE z 24.07.2018 r. w sprawie AT. 40469 Denon & Marantz, par. 92; wyrok SN z 23.11.2011 r. (III SK 21/11), Legalis nr 473642

[11] W prawie polskim reguła *de minimis* wynika wprost z przepisów art. 7 u.o.k.k. W prawie UE wynika to ze stosowanego obwieszczenia Komisji (Komunikat Komisji — Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu) (OJ C 291, 30.8.2014, p. 1–4).

[12] Wyrok SN z 23.11.2011 r. (III SK 21/11), Legalis nr 473642.

[13] Tak np. wyrok TS z 2.04.2020 r. w sprawie C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal, ECLI:EU:C:2020:265, par. 41; wyrok SN z 25.10.2017 r. (III SK 38/16), LEX nr 2435635.

[14] Wyrok SN z 23.11.2011 r. (III SK 21/11), Legalis nr 473642.

[15] Przesłanki wyłączenia porozumienia wertykalnego spod zakazu porozumień obecnie określa rozporządzenie Rady Ministrów z 30.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 1012).

[16] Podobnie, np. postanowienie SN z 20.02.2014 r. (III SK 57/13), LEX nr 1455739.

[17] Wyrok SN z 9.10.2019 r. (I NSK 89/18), LEX nr 2727399.

[18] Wyrok SN z 15.02.2019 r. (I NSK 10/18), LEX nr 2643215; wyrok SN z 15.02.2019 r. (I NSK 11/18), LEX nr 2643255. Podobnie, wyrok SN z 15.10.2019 r. (I NSK 72/18), LEX nr 2772803; wyrok SN z 29.01.2019 r. (I NSK 3/18), OSNKN 2020/1/5.

[19] Wyrok SN z 9.10.2019 r. (I NSK 89/18), LEX nr 2727399.

[20] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10.01.2018 r. (VII AGa 828/18), niepubl.

[21] „Wobec stwierdzenia, że mimo wieloletniego istnienia porozumienia z zawartego w umowie uprawnienia powód nigdy nie skorzystał, kara nałożona na powoda powinna mieć charakter jedynie prewencyjny i w istocie powinna być określona w wysokości (…) symbolicznej". Tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 16.07.2013 r. (VI ACa 1615/12), LEX nr 1392119.

[22] Wyrok SN z 5.12.2019 r. (I NSK 1/19), LEX nr 2771345.

[23] Wyrok SN z 25.10.2017 r. (III SK 38/16), LEX nr 2435635.

[24] Wyrok SN z 15.02.2019 r. (I NSK 10/18), LEX nr 2643215. Por. wyrok SN z 15.10.2019 r. (I NSK 72/18), LEX nr 2772803; wyrok SN z 29.01.2019 r. (I NSK 3/18), OSNKN 2020/1/5.

[25] Wyrok SN z 29.01.2019 r. (I NSK 3/18), OSNKN 2020/1/5.

[26] Postanowienie SN z 20.02.2014 r. (III SK 57/13), LEX nr 1455739.

[27] Wyrok SN z 15.02.2019 r. (I NSK 10/18), LEX nr 2643215; wyrok SN z 29.01.2019 r. (I NSK 3/18), OSNKN 2020/1/5.

[28] Decyzja Prezesa UOKiK nr RKR-26/2008 z 11.09.2008 r.

[29] Postanowienie SN z 6.11.2012 r. (III SK 16/12), Legalis nr 561251.

[30] Wyrok SN z 25.10.2017 r. (III SK 38/16), LEX nr 2435635.

[31] Wyrok SN z 25.10.2017 r. (III SK 38/16), LEX nr 2435635, pkt 5–6.

[32] Wyrok TS z 28.03.1984 r. w sprawach połączonych 29/83 i 30/83, Compagnie Royale Asturienne des Mines SA, EU:C:1984:130, pkt 25–26.

[33] Wyrok Sądu z 15.09.1998 r. w połączonych sprawach T-374/94, T-375/94, T-384/94, T-388/94 European Night Services Ltd (ENS), ECLI:EU:T:1998:198, par. 136.

[34] Wyrok TS z 14.03.2013 r. w sprawie C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt., EU:C:2013:160, par. 51.

[35] Wyrok TS z 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P Groupement des cartes bancaires (CB), ECLI:EU:C:2014:2204, par. 78. Por. także: wyrok TS z 14.03.2013 r. w sprawie C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt., EU: C: 2013: 160, pkt 36.

[36] Wyrok TS z 2.04.2020 r. w sprawie C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal, ECLI: EU: C: 2020: 265, par. 54; wyrok TS z 30.01.2020 r. w sprawie C-307/18 Generics (UK) Ltd, ECLI:EU:C:2020:52, par. 67.

[37] Podobnie Komisja Europejska wskazuje, że „nawet najpoważniejsze ograniczenia mogą w wyjątkowych przypadkach być obiektywnie niezbędne ze względu na rodzaj lub charakter danego porozumienia i w ten sposób wykraczać poza zakres stosowania art. 101 (1) TFUE". Zob. Komunikat Komisji — Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz.Urz. UE C 130 z 19.5.2010, par. 60.

[38] Opinia Rzecznika Generalnego Michala Bobeka przedstawiona 5.09.2019 r. w sprawie C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal, ECLI:EU:C:2019:678, pkt 41–43.

[39] „Organ jest zobowiązany sprawdzić, czy domniemania o sprzeczności charakteru porozumienia z zasadami konkurencji, opartego na jego czysto formalnej ocenie, nie podważają względy związane z kontekstem prawnym i gospodarczym, w jakim owo porozumienie było stosowane" (pkt 43 opinii).

[40] W podobny, choć mniej kategoryczny sposób, wypowiada się Komisja, wskazując, że przy ocenie tego, czy celem danego porozumienia jest ograniczenie konkurencji czy nie, „może być" konieczne uwzględnienie kontekstu, w jakim stosowane jest (będzie) dane porozumienie. Zob. Komunikat Komisji -Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.Urz. UE C 101 z 27.4.2004, par. 97.

[41] Wyrok TS z 30.01.2020 r. w sprawie C-307/18 Generics (UK) Ltd, ECLI:EU:C:2020:52.

[42] Par. 103–111 wyroku.

[43] Art. 3 ust. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.Urz. UE nr L 1 z 4.01.2003 r.).

[44] Wyrok SN z 5.12.2019 r. (I NSK 1/19), LEX nr 2771345.

Bibliografia/References

Banasiński, C. (2015). *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Banasiński, C., Piontek, E. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.

Bellamy & Child (2013). *European Community Law of Competition, 7th Edition*. Oxford: Oxford University Press.

Fornalczyk, A., Skoczny, T. (red.) (2016). *Economics of Competition Protection. Vertical Restraints/Ekonomia ochrony konkurencji. Ograniczenia wertykalne*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe WZ UW.

Bolecki, A. (2012). Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek — aktualne tendencje orzecznicze w Unii Europejskiej. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *3*(1).

Jurkowska, A., Skoczny, T. (red.) (2008). *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe WZ UW.

Kohutek, K. (2014). Glosa do wyroku s. apel. z dnia 16 lipca 2013 r., VI ACa 1615/12, *LEX/el.*

Kohutek, K. (2020). Ujednolicanie cen w ramach franczyzy jako porozumienie mające antykonkurencyjny cel — uwagi krytyczne do wyroków Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10.01.2018 r., VII AGa 828/18 i Sądu Najwyższego z 9.10.2019 r., I NSK 89/18. *Glosa*, (3).

Materna, G. (2010). Wpływ prawa UE na polskie wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. *Europejski Przegląd Sądowy*, (5).

Materna, G. (2016). *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Materna, G. (2017). Wertykalne porozumienia cenowe — ewolucja orzecznictwa sądowego i praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK, *Glosa*, (2).

Miąsik, D. (2009). Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE. *Europejski Przegląd Sądowy*, (8).

Nagy, C. I. (2013). The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis? *World Competition*, (4).

Odudu, O. (2006). *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81*. Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199278169.001.0001

Peeperkorn, L. (2015). Defining „by object" restrictions. *Concurrences*, (3).

Podrecki, P. (2014). Porozumienia ograniczające konkurencję. W: M. Kepiński (red.) *System Prawa Prywatnego. Tom 15. Prawo konkurencji*. Warszawa: C.H. Beck.

Turno, B. (2012). Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji. *Kwartalnik Prawa Publicznego*, (2).

Whish, R., Bailey, D. (2012). *Competition Law, 7th edition*. Oxford: Oxford University Press.

Zawłocka-Turno, A., Turno, B. (2011). Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, (4).

Dr hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN

Kierownik Zakładu Prawa Konkurencji w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk; radca prawny w Kancelarii Hansberry-Tomkiel.

Dr hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN

The author is the Head of the Competition Law Department at the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences (INP PAN), an attorney at law at Hansberry-Tomkiel law firm

Klub książki PWE

Z myślą o swoich Czytelnikach Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne stworzyło **Klub książki PWE**.
W ramach członkostwa w Klubie proponujemy następujące udogodnienia i korzyści:
✔ szybkie zakupy;
✔ zakupy z rabatem;
✔ informacje o nowościach, promocjach, konkursach.

Po więcej informacji zapraszamy na stronę PWE: www.pwe.com.pl